

INHOUD

Prae-advies van Mr. C. D. van Boeschoten

	blz.
I. Inleidende beschouwingen	125
§ 1: De vraagpunten	125
§ 2: Het matigingsrecht in het ontwerp voor het zesde boek	127
§ 3: Taak van de praedviseurs	129
§ 4: Omlijning van het onderwerp	130
§ 5: Benaderingswijze	134
II. Het geldende Nederlandse recht	136
§ 6: Het beginsel van de integrale schade- vergoeding	136
§ 7: Uitzonderingen op het beginsel	137
a. artikel 1283 BW	138
b. wettelijke aansprakelijkheids- beperkingen	139
c. de artikelen 1406 en 1407 BW	142
d. andere wettelijke bepalingen die de rechter een matigingsbevoegd- heid geven	144
e. dienstbetoon	145
§ 8: Wijze van schadebegroting	147
III. Buitenlands recht	149
§ 9: Belang van rechtsvergelijking	149
§ 10: Frankrijk	149
§ 11: België	152
§ 12: Italië	153
§ 13: Spanje	154
§ 14: Engeland	155
§ 15: Duitsland	158
§ 16: Oostenrijk	159
§ 17: Zwitserland	161
§ 18: Conclusies	164
IV. Voor en tegen van het matigingsrecht	165
§ 19: Algemene aspecten	165
§ 20: Eigen standpunt	169
§ 21: Schuldgraad	171

§ 22: Schadeomvang en draagkracht.	
Mate van de matiging	173
§ 23: Onvoorzienbaarheid van het schade-	
bedrag	175
§ 24: Dienstverband en beroepsuitoefening	178
§ 25: Dienstbetoon	180
§ 26: Noodzaak om snel te beslissen . . .	181
§ 27: Aansprakelijkheid buiten schuld . .	182
§ 28: Overmachtstituaties	184
§ 29: Marginale causaliteit	186
§ 30: Eigen schuld en medeschuld van de	
benadeelde	188
§ 31: Wanprestatie en onrechtmatige daad	191
§ 32: Invloed van verzekering	194
§ 33: Conclusies	197

V. Nadere beschouwing van het matigingsrecht	
in het ontwerp zesde boek	198
§ 34: Algemene kritiek	198
§ 35: Bijzondere gevallen	206
§ 36: Medeschuld	207
§ 37: Slotbeschouwing	209

INHOUD

Prae-advies van Mr. V. A. D. M. van Haren

I. <i>Inleiding</i>	213
1. De gedachtenwisseling over vraagpunt 10	213
2. De matigingsbevoegdheid van de rechter in het ontwerp nieuw B.W.	215
II. <i>Begrenzing van het matigingsrecht</i>	218
3. Het belang van de gelaedeerde	218
4. Matiging en rechtszekerheid	221
5. Matigingsrecht blijve uitzonderingsrecht	225
6. Opzet en grove schuld	227
7. De financiële draagkracht van de schulde- naar en de benadeelde	228
III. <i>Het Zwitserse voorbeeld</i>	231
8. Art. 43 van het Zwitserse verbintenissen- recht	231
9. „Bestimmung des Ersatzes”	231
10. Voor en tegen van deze regeling	233
IV. <i>Nadere bepaling van een aan de rechter toe te kennen algemene matigingsbevoegdheid</i>	234
11. Wanneer mag de rechter matigen?	234
12. Hoe moet de rechter matigen?	237
13. Hoever kan matigen gaan?	238
14. Dwingend of aanvullend recht	241
15. Samenvatting	242
16. Een ruimere matigingsbevoegdheid in het ontwerp nieuw B.W.	243
V. <i>Conclusies</i>	245

In welke gevallen dient de wetgever de rechter te verplichten of hem de bevoegdheid te geven de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad te matigen?

Preadvies van Mr. C. D. van Boeschoten

I. INLEIDENDE BESCHOUWINGEN

§ I. *De vraagpunten.*

Bij brief van 13 november 1952 bood de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer een nota over het nieuwe BW en de eerste en tweede reeks vraagpunten aan¹. Vraagpunt 10 luidde:

Dient aan de rechter een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen?

De toelichting² verwees naar artikel 43 van het Zwitserse verbintenissenrecht³, onder opmerking dat deze bepaling in Zwitserland zeer bevredigend werkt en dat klachten over rechterlijke willekeur bij de uitoefening van dit matigingsrecht de regering onbekend waren. Artikel 44 OR dat, gelijk hierna zal blijken, uiteindelijk op de regeling in het ontwerp zesde boek van het nieuwe BW meer invloed heeft gehad, werd in de toelichting niet genoemd⁴. In de toelichting werden voorts een aantal omstandigheden genoemd die als verlichtende omstandigheden aanleiding tot matiging zouden kunnen geven: geringe mate van schuld, het hoge bedrag van de schade onevenredig aan de mate van schuld, de noodzakelijkheid waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen, een dienstverband dat de noodzakelijkheid met zich brengt om risico's op zich te nemen, die men voor zichzelf niet kan of zou willen lopen, wettelijke

¹ Kamerstukken 1952-53 no. 2846, no's 1, 2 en 3.

² *ibidem* no. 3, blz. 9/10.

³ Obligationenrecht (OR). Code Fédéral des Obligations.

⁴ Voor de tekst van de artt. 43 en 44 OR zie men § 17.

aansprakelijkheid buiten schuld. Minister Donker gaf het volgende voorlopige antwoord op het vraagpunt:

Aan de rechter dient een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen. Zulks met het voorbehoud dat geen matiging toegelaten is, voorzover de schuldenaar door verzekering zijn aansprakelijkheid heeft gedekt, daartoe verplicht was of zodanige dekking gebruikelijk is ⁵.

Dit antwoord van de Minister heeft doorgewerkt in zijn beantwoording van de vraagpunten 14, 14A, 15 en 16, die betrekking hadden op de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren en ondergeschikten, op de bijzondere aansprakelijkheid van eigenaars van automobielen en andere gevaarlijke voorwerpen, en op de aansprakelijkheid van geestelijk gestoorden ⁶. De Minister blijkt telkens van oordeel dat bezwaren verbonden aan de aanvaarding van een (onbeperkte) aansprakelijkheid in deze gevallen door het algemene rechterlijke matigingsrecht ondervangen kunnen worden.

Bij de behandeling van het tiende vraagpunt in de Tweede Kamer heeft daarover geen volstrekte eenstemmigheid bestaan. Wel heeft de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht in haar voorlopig verslag ⁷ ten aanzien van schade uit onrechtmatige daad een rechterlijk matigingsrecht eenstemmig wenselijk geoordeeld. Een minderheid wilde dit echter voor de schadevergoedingsplicht wegens wanprestatie niet aanvaarden, terwijl over de wenselijkheid van de in het voorlopig antwoord van de Minister gemaakte voorbehouden verschil van mening bestond en de gehele commissie van oordeel was, dat financieel on- of minvermogen van de vergoedingsplichtige niet zo gemakkelijk als b.v. de (gcringe) mate van zijn schuld als een bijzondere omstandigheid zou kunnen worden aangemerkt. In de Memorie van Antwoord ⁸ handhaafde de Minister zijn voorlopig ant-

⁵ Kamerstukken 2846 no. 3 blz. 10

⁶ i.a.p. blz. 13/14.

⁷ Kamerstukken 2846 no. 9 (23 april 1952), blz. 2.

⁸ Kamerstukken 2846 no. 11 (23 mei 1953), blz. 2/3.

woord. Daarop volgde op 30 juni 1953 de mondelinge behandeling⁹. Daarbij bleken niet alle aan het woord gekomen leden even enthousiaste voorstanders van het matigingsrecht. Zo meende het lid van Rijckevorsel dat een matigingsrecht in de zin van de regeringsconclusie afbreuk zou kunnen doen aan het „beginsel van de natuurlijke zedenwet: dat hij die, door wiens schuld aan iemand schade is gerokkend, verplicht is om deze schade ten volle aan het slachtoffer of de benadeelde te vergoeden”¹⁰. Het lid van der Feltz sloot zich bij dit betoog aan en noemde het matigingsrecht „in beginsel fout”¹¹. De leden Lemaire en Oud keerden zich meer in het bijzonder tegen het matigingsrecht bij wanprestatie¹². Niettemin werd de ongewijzigde regeringsconclusie na de verdediging daarvan door Meijers, als tijdelijk raadadviseur voor het nieuwe burgerlijk wetboek, zonder hoofdelijke stemming aangenomen¹³. Het is dit kamervotum waarmee de ontwerpers van het nieuwe burgerlijk wetboek rekening hadden te houden. Daaraan gebonden waren zij niet. Wel had de regering toegezegd dat zij afwijkingen van een in de vraagpuntenprocedure door de kamer uitgesproken oordeel motiveren zou¹⁴.

§ 2. *Het matigingsrecht in het ontwerp voor het zesde boek.*

De regeling van het matigingsrecht in het ontwerp van het driemanschap draagt een beperkt karakter. Een matigingsbevoegdheid wordt de rechter gegeven in artikel 6.1.9.7, dat als volgt luidt:

1. Indien toekenning van volledige schadevergoeding de schuldenaar in een noodtoestand zou brengen, kan de rechter de schadevergoedingsplicht matigen, tenzij de schade door opzet of grove schuld van de schuldenaar is veroorzaakt.

⁹ Handelingen IIe Kamer, zitting 1952-53, blz. 2717-2734.

¹⁰ t.a.p. blz. 2718.

¹¹ t.a.p. blz. 2722.

¹² t.a.p. blz. 2717/18 en 2720/21.

¹³ t.a.p. blz. 2734.

¹⁴ zie de regeringsnota van 13 november 1952, Kamerstukken 2846, no. 2 blz. 3.

2. Deze bevoegdheid ontbreekt voor zover de schuldenaar zijn aansprakelijkheid niet door verzekering heeft gedekt, hoewel hij daartoe verplicht was.
3. Ieder beding in strijd met het in het eerste lid bepaalde is nietig.

Algemeen is de hier verleende matigingsbevoegdheid in die zin, dat de rechter haar kan uitoefenen bij iedere verbintenisrechtelijke verplichting tot schadevergoeding, onverschillig of deze voortvloeit uit het niet nakomen van een verbintenis, uit onrechtmatige daad, uit onge-rechtvaardigde verrijking, uit zaakwaarneming of uit andere feiten waaraan de wet een verplichting tot schade-vergoeding verbindt, met uitzondering echter van rechts-handelingen waaruit, zoals bij de verzekeringsovereen-komst, een primaire verplichting tot schadevergoeding voortvloeit. Dit volgt uit de plaatsing van het artikel in afdeling 9 (de verplichting tot schadevergoeding) van boek 6 en blijkt uit de toelichting¹⁵. Beperkt is de bevoegdheid, die het artikel geeft, echter daardoor dat het slechts één grond voor matiging erkent: dreigende noodtoestand van de schuldenaar.

Intussen: tot dit voorschrift beperkt de regeling in het 6de boek zich niet; voor enkele bijzondere gevallen is een verdergaande matigingsbevoegdheid aan de rechter toegedacht. Art. 6.1.9.12 regelt de schadevergoedings-plicht indien iemand is overleden tengevolge van een ge-beurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is; krachtens lid 5 van dit artikel kan de rechter de schadevergoedingsplicht matigen, „indien dit op grond van bijzondere omstandigheden billijk is.” Art. 6.3.17, heeft betrekking op gevallen dat iemand krachtens de wet aansprakelijk is „zonder dat hem een onrechtmatige daad is toe te rekenen;” dan kan de rechter de vergoeding matigen „naar gelang der omstandigheden.” In weer enigszins andere vorm wordt een matigingsbevoegdheid verleend door art. 6.3.6, dat voorziet in een aansprakelijkheid krachtens de wet van kinderen en geestelijk of lichamelijk gehandicap-ten, wie een gedraging niet als onrechtmatige daad kan worden toegerekend. Zij zijn (binnen de grenzen die

¹⁵ zie de Toelichting, blz. 561.

art. 6.3.2 voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad trekt) tot schadevergoeding gehouden „voorzover de billijkheid met inachtneming van alle omstandigheden zulks medebrengt.” Tenslotte moet worden vermeld, dat eveneens als een matigingsbevoegdheid geformuleerd lijkt de regel, dat de benadeelde geen of geen volledige vergoeding van zijn schade kan vorderen, indien deze geheel of ten dele te wijten is aan een omstandigheid, die hem kan worden toegerekend (medeschuld, mederisico, verplichting tot beperking van schade). Alsdan wordt, bepaalt art. 6.1.9.6, „de vergoedingsplicht gematigd of vervalt deze geheel.”

Buiten het eigenlijke onderwerp van het preadvies, de matiging van een uit onrechtmatige daad of wanprestatie voortvloeiende schadevergoedingsplicht, vallen de art. 6.1.8.18 lid 1 en 6.4.1.2 lid 2, die onderscheidenlijk betrekking hebben op de bedongen boete en de zaakwaarneming. Volgens de eerste bepaling kan de rechter de bedongen boete op verzoek van de schuldenaar verminderen „indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist.” De schadevergoedingsplicht wegens niet behoorlijke zaakwaarneming kan worden gematigd „indien dit, gezien de omstandigheden die tot de waarneming hebben geleid, billijk is.”

§ 3. *Taak van de preadviseurs.*

Het is duidelijk dat de aan de preadviseurs voorgelegde vraag rechtstreeks verband houdt met de tegenstelling tussen het kamervotum ten aanzien van het 10e vraagpunt en de regeling die het ontwerp voor het zesde boek inhoudt. Uit het voorafgaande overzicht blijkt, dat het driemanschap aan de aanvaarde conclusie op het vraagpunt slechts in zeer beperkte mate gestalte heeft gegeven¹⁶. Wat het ontwerp geeft, is niet een algemene rechterlijke bevoegdheid om in bijzondere gevallen de schadevergoedingsplicht te matigen. Behoudens bij de aansprakelijkheid wegens dood, de wettelijke aansprakelijkheid buiten schuld en de aansprakelijkheid uit quasi-onrechtmatige daad van kinderen en onvolwaardigen, zal mati-

¹⁶ Evenzo oordeelt J. M. M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (Nijmeegs proefschrift 1962) blz. 16/17 en 212.

ging van de schadevergoeding alleen kunnen plaatsvinden, wanneer betaling van volledige schadevergoeding de schuldenaar in een noodtoestand zou brengen. Of nu een wettelijke regeling juist voor dit geval in een behoefte voorziet en of het matigingsrecht daarvoor de meest aangewezen oplossing is, zijn vragen waarover men van mening kan verschillen. Voorts ligt de matigingsbevoegdheid die het ontwerp in artikel 6.1.9.6 geeft voor gevallen van medeschuld en aanverwante rechtsfiguren buiten het terrein van het eigenlijke matigingsrecht en kan men de vraag stellen of niet de aan dat artikel ten grondslag liggende rechtsregel op andere wijze moet worden uitgedrukt ¹⁷.

Derhalve moet het voor de primaire taak van preadviecers worden gehouden dat zij hun standpunt bepalen ten opzichte van deze tegenstelling tussen de door de Tweede Kamer aangenomen conclusie op het 10de vraagpunt en het ontwerp van het driemanschap. Dit brengt mede, dat zij zich hebben bezig te houden met de vraag welke plaats een eventueel rechterlijk matigingsrecht zal innemen in het stelsel van het nieuwe BW eerder dan met de vraag of er onder het geldende recht aan een matigingsrecht in meerdere of mindere mate behoefte is. Dit betekent natuurlijk niet, dat aan het geldende recht geen aandacht hoeft te worden geschonken, doch wel dat de betekenis daarvan voor de beantwoording van de ons gestelde vraag betrekkelijker is dan zij zonder het ontwerp voor een nieuw BW geweest zou zijn.

§ 4. *Omlijning van het onderwerp.*

In deze paragraaf worden enkele opmerkingen omtrent de begrenzing van het onderwerp gemaakt.

De vraagstelling behelst dat de preadviezen zullen handelen over de rechterlijke matiging van *schadevergoeding*, wegens *wanprestatie* of *onrechtmatige daad* verschuldigd. Daarmede is het onderwerp voldoende nauwkeurig bepaald om te weten waarover de discussie lopen zal, ook al zullen sommigen de grens wellicht enger willen

¹⁷ zie hierna § 31 en 36.

trekken of wijder willen uitzetten dan in het navolgende geschied is.

Buiten het eigenlijke onderwerp vallen schadevergoedingsverplichtingen, die hun grond vinden in andere rechtsfeiten dan het niet-nakomen van verbintenissen of onrechtmatige daad¹⁸, zoals de primaire schadevergoedingsplicht van de verzekeraar, de zaakwaarneming, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. Het boetebeding behoort evenzo niet tot het onderwerp, omdat men daarbij niet met een eigenlijke schadevergoedingsplicht te doen heeft, ook al is de boete een sanctie op wanprestatie van de debiteur.

Intussen zullen deze aangrenzende rechtsfiguren niet geheel buiten beschouwing kunnen blijven, zowel omdat zij soms feitelijk zeer verwante situaties betreffen — men denke aan de schadevergoedingsplicht wegens onduidelijke zaakwaarneming vergeleken met die wegens wanprestatie van een lasthebber —, als omdat de aan de verplichting tot schadevergoeding gewijde afdeling van het ontwerp (6.1.9) in het systeem daarvan ook van toepassing zal zijn op het merendeel van deze vergoedingsplichten¹⁹.

Het boetebeding neemt een eigen plaats in. Eensdeels kan en zal de bedongen boete veelal een schadevergoedingsfunctie vervullen. Zowel volgens het geldende recht als volgens het ontwerp²⁰ treedt de bedongen boete in de plaats van de wettelijke schadevergoeding, tenzij anders is overeengekomen²¹. Anderzijds behoeft de schuld-

¹⁸ De opvatting van *Maeijer*, a.w. blz. 36-40, dat ook bij onrechtmatige daad moet worden uitgegaan van een tevoren tussen de partijen bestaande primaire verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking, die zich bij niet-nakoming oplost in een subsidiaire verplichting tot schadevergoeding wordt hier niet gevolgd, omdat, al zou deze opvatting op theoretische gronden verdedigbaar zijn, het geen aanbeveling verdient aan een preadvies voor de NJV een rechtsopvatting ten grondslag te leggen, die van de in Nederland gebruikelijke sterk verschilt. Cf. intussen H. C. F. Schoordijk in WPNR 4810/12.

¹⁹ cf. blz. 561 van de Toelichting.

²⁰ cf. art. 1285 en 1343 BW, en art. 6.1.8.17 lid 2 ontwerp. Zie hierover ook Ph. A. N. Houwing. Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6.1.8. De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis, WPNR 4795-4797, onder 11. in WPNR 4797.

²¹ Voor het ontwerp volgt dit uit de tekst van art. 6.1.8.17 lid 2 („tenzij anders is bepaald”). Voor het geldende recht moet het

eiser, die ageert uit een boetebeding, niet te bewijzen dat en hoeveel schade hij geleden heeft ²², wordt soms overeengekomen, dat boete én schadevergoeding verschuldigd zullen zijn, en blijkt niet zelden, dat de bedongen boete geheel onevenredig is aan het belang dat de schuldenaar heeft bij nakoming ²³. Om deze redenen kan men matiging van een contractuele boete niet op één lijn stellen met matiging van schadevergoeding. Waarschijnlijk is dat velen, die het matigingsrecht in het algemeen afwijzen, het hier niettemin aanvaarden willen. Het geldende recht kent in art. 1345 BW reeds een beperkte matigingsbevoegdheid, die echter, wanneer men de uitlegging van de HR volgt, naar de heersende opvatting tekort schiet ²⁴.

Een zekere gelijkenis met het boetebeding vertoont de door de rechter opgelegde dwangsom, geregeld in de artt. 611a en 611b Rv. De vraag of de rechter de bevoegdheid behoort te hebben een verbeurde dwangsom te matigen behoort tot het procesrecht en zal om die reden hier buiten beschouwing worden gelaten. Hetzelfde geldt voor de op een dwangsom gelijkende dwanguitoefening krachtens art. 772 lid 3 Rv. in geval aan een veroordeling tot het doen van rekening en verantwoording geen gevolg wordt gegeven.

Vervolgens enkele opmerkingen over het begrip schadevergoeding, waarvan wij zullen uitgaan. Ook hiervoor geldt, dat discussie over ons onderwerp mogelijk is zonder dat wij ons op bepaalde begripsomschrijvingen van schade en schadevergoeding vastleggen. Voor en tegen van een rechterlijk matigingsrecht kunnen worden besproken, ook al bepalen wij niet dadelijk een standpunt ten opzichte van de vragen of schade een juridisch ²⁵ of

evenzeer worden aangenomen, omdat art. 1343 BW geen dwingend recht is, cf. Hof Den Haag 8 juni 1917 NJ 1918, 419; Asser-Rutten III, 1 (2e dr.), blz. 242; Hofmann-van Opstall I (8e dr. 1959) blz. 249.

²² cf. HR 17 april 1924, NJ 686: het ontbreken van werkelijk geleden schade staat aan de verschuldigdheid van de boete niet in de weg.

²³ Toelichting, blz. 558; Houwing t.a.p.

²⁴ cf. Hofmann-van Opstall blz. 247/248; Asser-Rutten III, 1 blz. 252/256. Rutten, a.w. blz. 253/254, wil de debiteur beschermen door een beperkende uitlegging van het boetebeding. Hij ziet art. 1345 BW als een toepassing van deze uitleggingsplicht van de rechter, niet, zoals de HR, als een uitzondering op de hoofdregel.

²⁵ Zo met name R. J. Polak, Aanspraak en aansprakelijkheid uit

veeleer een feitelijk begrip ²⁶ is, en of schadevergoeding in beginsel beoogt de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de toestand, waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de schadetoebrengende gebeurtenis niet had plaats gevonden ²⁷, dan wel daarin veeleer is te zien een *compensatie*, die niet noodzakelijk herstel en de vorige toestand beoogt ²⁸. Voorshands kunnen wij daarom volstaan met het uitgangspunt dat schadevergoeding de prestatie is, die de schuldenaar aan de schuldeiser dient te voldoen om het door deze als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad geleden nadeel van vermogensrechtelijke of ideële ²⁹ aard binnen de door de wet gestelde grenzen goed te maken.

Bij rechterlijke matiging van schadevergoeding denkt men het eerst aan schadevergoeding in geld. Naar het geldende recht moet schade wegens wanprestatie altijd door een geldsom worden goedgeemaakt ³⁰, terwijl bij door onrechtmatige daad veroorzaakte schade vaststelling der vergoeding op andere wijze, met name in feitelijk herstel, geoorloofd is ³¹. Het ontwerp laat dit onderscheid vallen ³². Het stelt als hoofdregel voorop, dat schadevergoeding in geld voldaan moet worden tenzij de rechter anders bepaalt, zonder daarbij tussen wanprestatie, on-

onrechtmatige daad (1949), blz. 17 v., cf. ook II. van Goudoever, Gedenkboek BW 1938, blz. 471.

²⁶ Heersende leer, cf. o.m. Hofmann-Drion-Wiersma blz. 136/137; Asser-Rutten III,2 blz. 474/475; Slagter, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, blz. 2 v.

²⁷ Asser-Rutten III,1 blz. 204; III,2 blz. 477; zie ook Macijer, blz. 77.

²⁸ cf. Maeijer, blz. 79/80, met instemming een betoog van die strekking citerende, te vinden bij Lucienne Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle (1933), blz. 18 v.

²⁹ vanzelfsprekend ga ik er van uit dat in bepaalde gevallen ook ideële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Men zou daarvoor misschien een andere term moeten kiezen (zoals in het Zwitserse recht de „Genugtuung“ van art. 47 OR tegenover de „Schadenersatz“ van art. 41-42 OR) doch dit is een kwestie van terminologie. Art. 6.1.9.11 van het ontwerp noemt ook de vergoeding voor ideële schade: schadevergoeding.

³⁰ Asser-Rutten III, 1 blz. 202; HR 21 dec. 1923, NJ 1924, 121; 22 jan. 1925, NJ 357; Toelichting ad art. 6.1.9.9, blz. 568.

³¹ Asser-Rutten III,1 blz. 202/203, III,2 blz. 500; HR 13 maart 1903, W. 7899; 13 juni 1913, NJ 982; 24 mei 1918, NJ 637; Toelichting t.a.p.

³² Art. 6.1.9.9.

rechtmatige daad of andere bronnen van schadevergoedingsplichten onderscheid te maken ³³. Het hiernavolgende is met dit normale geval voor ogen geschreven, ook al is matiging van een verplichting tot schadevergoeding in natura op zichzelf niet ondenkbaar.

Het begrip rechterlijke matiging tenslotte kan moeilijk tot misverstand aanleiding geven. Daarvan is sprake zodra de rechter de debiteur veroordeelt tot betaling van een minder bedrag dan wat art. 6.1.9.7 „volledige schadevergoeding” noemt ³⁴.

5. *Benaderingswijze.*

Men kan een tegenstelling maken tussen enerzijds het rechterlijke matigingsrecht, anderzijds het beginsel van de volledige schadevergoeding. Zo stelt J. M. M. Maeijer ³⁵ de billijkheidsrechtspraak, waartoe een algemene matigingsbevoegdheid de rechter in staat zal stellen tegenover het minder soepele wettelijke stelsel zoals wij dat thans kennen, waarin de rechter in de wet de regels vindt, waarnaar hij de omvang van de schadevergoeding moet bepalen, in beginsel zonder de bevoegdheid daarvan in bijzondere gevallen af te wijken. Met een matigingsbevoegdheid zou men een genuanceerde en „inzichtelijke” rechtspraak krijgen, die de rechter niet noodzaakt te kiezen tussen „alles of niets,” maar het hem mogelijk maakt buiten de in wetsregels „gestolde” billijkheid de „overblijvende, vloeibare billijkheid” in zijn uitspraak tot uitdrukking te brengen. Een stelsel zonder matigingsbevoegdheid zou daarentegen leiden tot „automatisme en materialisme in het civiele vermogensrecht” ³⁶.

Naar mijn mening moet men met deze wijze van benadering oppassen. Zij leidt er gemakkelijk toe een onzuivere vergelijking te maken tussen de starre wet, die op de hand van de schuldeiser is, en de billijkheid, waarop de schuldenaar zich beroept. Aldus krijgt men een rechts-

³³ Volgens de Toelichting, blz. 568, is het inderdaad de bedoeling van het ontwerp het volgens het geldende recht bestaande onderscheid „waarvoor de jure constituendo moeilijk een goede grond kan worden aangegeven”, niet te handhaven.

³⁴ zie de Toelichting, blz. 566.

³⁵ J. M. M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen, 1962).

³⁶ a.w. blz. 23/24, 32/33, 90, 126/128, 133 en passim.

beschouwing waarin de schuldeiser de traditionele Shylock-rol speelt³⁷ en de rechter de taak heeft de schuldenaar tegen hem te beschermen. Echter, voor de vraag of men met een streng en ongenueanceerd dan wel met een toegeeflijker en soepeler schuldrecht te doen heeft, komt het niet alleen aan op het wel of niet bestaan van een rechterlijk matigingsrecht. Evenmin is een rechtsstelsel dat het beginsel van integrale schadevergoeding huldigt ethisch inferieur vergeleken bij een, dat de rechter veroorlooft met gebruikmaking van een matigingsbevoegdheid een deel van de schade voor rekening van de debiteur te laten. En tenslotte is op zichzelf het standpunt van de benadeelde, die zijn schade graag vergoed wil zien, niet materialistischer dan de wens van de aansprakelijke om er zo goedkoop mogelijk af te komen. Het gaat in het vermogensrecht om *financiële* belangen en om *geldelijke* vergoeding van geleden nadeel, niet, althans niet in de eerste plaats, om bloot ideële genoegdoening. Voor een diskwalificatie bij voorbaat van een stelsel van integrale schadevergoeding, zonder rechterlijke matigingsbevoegdheid, is m.i. geen grond.

Beter doet men de vraag wel of geen matigingsrecht te beschouwen als een kwestie van wetssystematiek en doelmatigheid. Geen rechtsstelsel stelt zich op het standpunt, dat alle schade die uit een wanprestatie of onrechtmatige daad is voortgevloeid, steeds volledig door de debiteur moet worden vergoed. Men kan echter onderscheiden wegen bewandelen om een grens aan de vergoedingsplicht van de debiteur te stellen en daarvan is het matigingsrecht er slechts één. Zo zal, ook zonder matigingsrecht, de vergoedingsplicht meer of minder uitgebreid zijn al naar gelang de eisen die worden gesteld aan de voorzienbaarheid van aard en omvang van de schade, naar gelang van de schadefactoren die volgens de wet voor vergoeding in aanmerking komen, naar gelang de rechter de bevoegdheid heeft de inhoud van de verbintenissen wegens veranderde omstandigheden te wijzigen, naar gelang de wet exoneratieclausules toelaat of

³⁷ „A stony adversary, an inhuman wretch incapable of pity, void and empty from any dram of mercy”

Shakespeare, Merchant of Venice,
Act IV, Scene I.

wettelijke schadevergoedingsmaxima bevat, naar gelang de eisen die aan het bewijs van de schade worden gesteld en de vrijheid die de rechter bij de begroting daarvan geniet. Of in een gegeven rechtsstelsel aan een rechterlijk matigingsrecht behoefte is, hangt er dus mede van af hoe genuanceerd in dat stelsel het schadevergoedingsrecht overigens is, en in hoeverre dat rechtsstelsel het beginsel van de integrale schadevergoeding huldigt en uitzonderingen daarop kent. Het verdient daarom aanbeveling het geldende Nederlandse recht en het recht van enkele naburige landen aan een nader onderzoek te onderwerpen, alvorens tot de behandeling van het matigingsrecht en de regeling daarvan in het nieuwe BW over te gaan. Vanzelfsprekend moet in het kader van dit preadvies dit onderzoek zich tot hoofdzaken beperken. Wel zal hierbij ter sprake komen in hoeverre de rechter naar het geldende Nederlandse recht en in de besproken buitenlandse rechtsstelsels thans reeds een matigingsbevoegdheid heeft.

II. HET GELEDENDE NEDERLANDSE RECHT

§ 6. *Het beginsel van de integrale schadevergoeding.*

Naar geldende opvattingen volgt uit de artikelen 1282-1284 en 1401-1402 BW, dat de door de benadeelde als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad geleden schade hem volledig moet worden vergoed; met de vaststelling van de schadeomvang is tevens de hoogte van de schadevergoeding bepaald³⁸. Ook de HR leert, dat aan de artt. 1282-1284 BW „het beginsel van volledige schadevergoeding” ten grondslag ligt³⁹. Deze bepalingen zijn op de onrechtmatige daad niet rechtstreeks van toepassing⁴⁰, maar mogen daarop wel analogisch worden toegepast⁴¹, met uitzondering van art. 1283 BW, dat alleen

³⁸ cf. Asser-Rutten III, 1 blz. 204; idem III, 2 blz. 483; Hofmann-Drion-Wiersma blz. 154/155; Macijer, blz. 86; G. J. Scholten, De beperkingen van aansprakelijkheid met het gehele vermogen en de matigingsbevoegdheid van de rechter (inaug. rede 1962) blz. 12.

³⁹ HR 17 jan. 1964, R. v. d. W., blz. 30.

⁴⁰ HR 28 dec. 1906, W. 8477; 23 jan. 1922, W. 10948.

⁴¹ Asser-Rutten III, 2 blz. 477.

voor contractuele verbintenissen geschreven is ⁴². Toekenning van volledige schadevergoeding betekent naar een gebruikelijke formule, dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien de verbintenis behoorlijk was uitgevoerd (c.q. de onrechtmatige daad niet had plaatsgevonden) ⁴³.)

Dat het voorgaande geen onbeperkte schadevergoedingsplicht medebrengt, behoeft geen nader betoog. Beperkingen van de voor vergoeding in aanmerking komende schade kunnen voortvloeien uit de eis van oorzakelijk verband, de toerekening van voordeel, het achterwege laten van schadebeperkende maatregelen door de benadeelde, medeschuld, regelen omtrent de vergoedbaarheid van ideële schade, omtrent de vergoeding van compensatoire en moratoire interessen, kortom uit het geheel van regels waaruit het schadevergoedingsrecht bestaat. Dit alles mag bekend worden verondersteld. Met het beginsel van volledige schadevergoeding wordt dan ook niet meer bedoeld, dan dat de benadeelde als schadevergoeding niet minder mocht ontvangen dan zijn volgens de toepasselijke rechtsregels berekende of begrote schade.

Dit beginsel brengt mede dat de rechter de schade niet in volle vrijheid naar billijkheid mag begroten of de schadevergoeding door matiging tot beneden de volgens de wet berekende ⁴⁴ schade terugbrengen.

§ 7. *Uitzonderingen op het beginsel.*

In deze paragraaf worden de belangrijkste gevallen gezien, waarin reeds onder het geldende recht inbreuk op het beginsel van integrale schadevergoeding wordt gemaakt. Het belang van dit onderzoek ligt voor de hand. Voordat men zich op grond van het beginsel van integrale schadevergoeding tegen een rechterlijk matigings-

⁴² Het oordeel van de HR in het arrest van 27 nov. 1919, NJ 1920, 70, dat „volledige schadevergoeding onder alle omstandigheden nu eenmaal niet het stelsel van art. 1283 BW is”, is met het arrest van 17 jan. 1964 niet in tegenspraak. Het ging hier om de vraag of het onvoorzienbaarheidsvereiste ook op de omvang van de schade betrekken moet worden.

⁴³ Asser-Rutten III, 1 blz. 204.

⁴⁴ Asser-Rutten III, 2 blz. 483; Hofmann-Drion-Wiersma blz. 154/157; Maeijer, blz. 90.

recht uitsprekt, moet men weten van hoeveel gewicht de afwijkingen van dit beginsel zijn, die reeds thans door onze rechtsorde worden aanvaard. Men kan die afwijkingen als volgt rubriceren:

- a) de voorzienbaarheidseis van art. 1283 BW;
- b) de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen;
- c) de artt. 1406 en 1407 BW;
- d) andere wettelijke bepalingen die de rechter een matigingsbevoegdheid geven;
- e) matiging op grond van dienstbetoon.

a. artikel 1283 BW.

Dit artikel bepaalt, dat bij niet „arglistige” wanprestatie de schuldenaar geen verdere schade behoeft te vergoeden dan hij reeds bij het aangaan van de verbintenis, voorzien heeft of heeft kunnen voorzien. De regel is ontleend aan art. 1150 van de Code Civil. Behalve bij ons geldt zij dus ook in Frankrijk en België, en voorts in Italië⁴⁵ en Engeland⁴⁶. Het Duitse, Zwitserse en Oostenrijkse recht kennen de regel niet.

Welke de gedachte is die aan de bepaling ten grondslag ligt kan hier grotendeels onbesproken blijven⁴⁷. Van belang is thans slechts vast te stellen, dat ten gunste van de debiteur de wet bij wanprestatie een beperking van de omvang van de schadevergoeding voorschrijft die ten aanzien van de schade uit onrechtmatige daad ontbreekt, een beperking die deze eigenaardigheid vertoont dat zij slechts kan worden ingeroepen door de schuldenaar wien men geen ernstig verwijt kan maken: aldus maakt voor de grootte van de schadevergoeding de schuldgraad verschil, een criterium dat bij de bespreking van het matigingsrecht nog herhaaldelijk te voorschijn zal komen.

⁴⁵ art. 1225 Codice Civile: „Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”.

⁴⁶ Waar de rechtspraak een vergelijkbare regel ontwikkeld heeft; leidende precedenten zijn: *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Ex. 341 en *Victoria Laundry v. Newman* (1949) 2 K.B. 528 (Court of Appeal). Cf. *Mayne and Mc. Gregor, On Damages* (12e dr. 1961), blz. 123 v.

⁴⁷ cf. Asser-Rutten III, 1 blz. 224/226; Macijer blz. 45/51. De voorzienbaarheidseis heeft ook betrekking op de omvang der schade, niet alleen op de schadeelementen, zie HR 27 nov. 1919, NJ 1920, 70 en 21 dec. 1923, NJ 1924, 121.

Tussen art. 1283 BW en het matigingsrecht van de rechter is reeds eerder verband gelegd. Bij de mondelinge behandeling van het tiende vraagpunt heeft Meijers er op gewezen dat art. 1283 BW de grond legt voor een matiging van de schadevergoeding op een naar zijn mening minder goede basis⁴⁸. Daarom wilde hij daarvoor de algemene matigingsbevoegdheid van de rechter in de plaats stellen. De consequenties van het feit dat in het ontwerp van het driemanschap enerzijds een algemene matigingsbevoegdheid niet is opgenomen, anderzijds ook de regel van art. 1283 BW niet is gehandhaafd, zullen nog ter sprake komen.

b. Wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen

De wettelijke beperkingen van aansprakelijkheid⁴⁹ vindt men vooral in het recht betreffende varen, vliegen en rijden. De maatstaf voor de maximale aansprakelijkheid verschilt: een bedrag per ton of per m³ inhoud in het zeerecht en de binnenvaart, een bedrag per kg vervoerd goed in het luchtrecht en bij het vervoer over de weg of per spoor wanneer het schade aan goederen betreft, een bedrag per persoon wanneer het personenschade betreft, de waarde van het voertuig zelf bij sommige gevallen van aanrijdingsschade⁵⁰. Veelal zijn de beperkingen fors. Zo beperkt de Wet Luchtvervoer⁵¹ overeenkomstig het verdrag van Warschau⁵² de aansprakelijkheid van de vervoerder bij luchtvervoer van personen tot een bedrag van 125.000 goudfrancs (ca. f 30.000,—) per reiziger. Dat de werkelijke schade een veelvoud van deze som kan bedragen spreekt vanzelf. Ook bij de andere wettelijke vergoedingsmaxima kan een wanverhouding tussen werkelijke schade en vergoedingsplicht van de aansprakelijke zich gemakkelijk voordoen. Op het hier besproken terrein zal dus van het beginsel van de integrale schadevergoeding dikwijls weinig terecht komen.

⁴⁸ Handelingen blz. 2724/2725; cf. ook Meijers, La révision du code civil néerlandais, Verz. Privaatr. Opstellen I blz. 194 v. in het bijzonder blz. 199/202; Maeijer t.a.p.

⁴⁹ zie hierover G. J. Scholten, redc.

⁵⁰ art. 31 lid 5 WVW.

⁵¹ art. 30 lid 1.

⁵² Verdrag van 12 okt. 1929, Stbl. 1933 no's 149 en 365, Fruin, Ned. Wetboeken (1959) blz. 1434 v. Zie art. 22 van het verdrag.

Een viertal aspecten van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen verdienen voorts de aandacht.

In de eerste plaats gaat het hier om de exploitatie van vervoermiddelen waaraan een aanzienlijk, niet zelden onberekenbaar en onbegrensd risico inhaerent is, dat, als het zich verwerkelijkt, tot grote schade kan leiden, doch die anderzijds een onmisbare rol in de samenleving spelen. Waar deze factoren samengaan is een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid door de wetgever of krachtens contractueel beding het gebruikelijke expedient. De oude regel, dat men aan de zee niet meer behoefde te verliezen dan men haar toevertrouwd had⁵³, zal er wel de historische verklaring van zijn, dat juist op het terrein van het vervoer de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen zo talrijk zijn, en dat de wetgever ten aanzien van andere min of meer riskante bedrijven soortgelijke regels niet gesteld heeft⁵⁴.

In de tweede plaats kunnen deze risico's door de wederpartijen van de vervoerders veelal tegen niet prohibitieve premies verzekerd worden, terwijl die verzekering voor de vervoerders niet altijd even gemakkelijk is, omdat assuradeuren een zekere afkerigheid tonen van het dekken van contractuele aansprakelijkheden. Daarbij komt, dat met name de transportschade aan goederen beter geregeld kan worden langs de weg van een door de ladingbelanghebbende gesloten transportverzekering, die hem vergoeding van zijn schade waarborgt ongeacht of de vervoerder daarvoor aansprakelijk is of niet, dan langs de weg van een aansprakelijkheidsverzekering van de vervoerder.

In de derde plaats vertonen de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen veelal het kenmerk dat zij bij opzet of grove schuld vervallen. Voorbeelden: 1) de artt. 472-475 W.v.K.⁵⁵ beperken de aansprakelijkheid van de zee-

⁵³ cf. Scholten a.w. blz. 4.

⁵⁴ Scholten, a.w., blz. 11 wijst er terecht op dat de ratio van de betrokken regelingen bij b.v. de binnenvaart niet erg spreekt. De kernenergie is een nieuw terrein dat wegens de daaraan verbonden risico's eveneens tot aansprakelijkheidsbeperkingen gaat leiden, zie het verdrag van 29 juli 1960 (Tribl. 1961 no. 27) art. 7, Scholten blz. 7/8.

⁵⁵ cf. ook het KB van 5 september 1960, S. 374, tot wijziging van

vervoerder; art. 476 W.v.K. bepaalt dat bij opzet of grove schuld van de vervoerder zelf volledige schadevergoeding kan worden gevorderd; 2) art. 527 W.v.K. bevat dezelfde bepaling voor de aansprakelijkheid van de vervoerder jegens reizigers; 3) de artt. 819 en 923 W.v.K. geven materieel gelijke regelingen voor het goederen- en personenvervoer in de binnenvaart; 4) art. 541 W.v.K. beperkt de aansprakelijkheid van de reder wegens aanvaring „behoudens in geval van diens opzet of grove schuld;” 5) art. 944 W.v.K. geeft dezelfde regel voor de binnenaanvaring; 6) art. 30 Wet Luchtvervoer beperkt de aansprakelijkheid van de luchtvervoerder; art. 34 doet deze beperking vervallen, indien de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van de vervoerder of van een van degenen die in verband met het vervoer te werk zijn gesteld. Art. 25 van het verdrag van Warschau bevat een voorschrift van materieel gelijke strekking voor het internationale luchtvervoer; 7) art. 31 lid 5 WWV beperkt de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van het motorrijtuig voor schade aan niet door het motorrijtuig vervoerde goederen tot de waarde van het motorrijtuig, tenzij schuld van de eigenaar of houder of iemand voor wie deze aansprakelijk is wordt aangetoond: hier is dus reeds het bewijs van de lichtste schuld voldoende om de aansprakelijkheidsbeperking te doen vervallen.

Tenslotte moet worden opgemerkt, dat de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen zowel op aansprakelijkheid krachtens overeenkomst als op aansprakelijkheid krachtens de wet betrekking hebben. Voorbeelden: art. 473a W.v.K. bepaalt, dat de vervoerder voor schade aan door hem vervoerde goederen tegenover derden niet verder aansprakelijk is dan hij dit tegenover zijn wederpartij bij de vervoerovereenkomst zijn zou; art. 524 W.v.K. bepaalt hetzelfde voor het personenvervoer; de aansprakelijkheidsbeperking van art. 541 wegens aanvaringsschade geldt alleen voor de wettelijke aansprakelijkheid en niet voor de contractuele (sleepovereenkomst)⁵⁶, doch art. 932

het bedrag waartoe de aansprakelijkheid van de reder, als bedocid in de artt. 474, 525, en 541 W.v.K. is beperkt.

⁵⁶ HR 12 maart 1954, NJ 1955, 386 (noot H.B. in *Ars Aequi* III blz. 178); anders Hof Arnhem 15 jan. 1952, NJ 393.

lid 1 W.v.K. (nog niet in werking getreden) verklaart de aansprakelijkheidsbeperkingen voor de binnenaanvaring ook op de sleepovereenkomst van toepassing; de aansprakelijkheid van de luchtvervoerder jegens de nabestaanden van de reiziger, valt, hoewel niet contractueel van aard, onder de aansprakelijkheidsbeperking van art. 30 lid 1 Wet Luchtvervoer. Een en ander is voldoende om aan te tonen dat men de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen zowel op het terrein van de wanprestatie als op dat van de onrechtmatige daad vindt, zonder dat daarbij principieel onderscheid wordt gemaakt.

*c. De artikelen 1406 en 1407 BW*⁵⁷

Deze twee wetsartikelen schrijven voor, dat de schadevergoeding wegens „moedwillige of onvoorzichtige” doding of verwonding moet worden gewaardeerd naar „de wederzijdse stand en fortuin der personen en naar de omstandigheden.” Deze bepalingen⁵⁸ behoren tot de geprononceerde afwijkingen van het beginsel van de integrale schadevergoeding. Daarin gaat het eerste van de beide artikelen het verst. Hoe de daarin voorkomende woorden „die door zijnen arbeid plegen te worden onderhouden” er toe hebben geleid dat de schadevergoedingsaanspraak van de nabestaanden door de rechtspraak is beperkt tot het uit het arbeidsinkomen van de overledene verkregen levensonderhoud, voorzover zij daaraan, in verband met hun verdere financiële omstandigheden, nog behoefte hebben, is bekend en behoeft niet opnieuw uiteengezet te worden⁵⁹. Wel wil ik hier als mijn overtuiging neerschrijven, dat het door de HR ontwikkelde stelsel, gekoppeld aan onze praktijk van exacte schadeberekening

⁵⁷ Over de geschiedenis van deze bepalingen zie men F. J. de Jong in de Meijersbundel (1935) blz. 500/516.

⁵⁸ Het gelijksoortige voorschrift dat art. 1408 BW voor de belediging geeft kan hier buiten beschouwing blijven.

⁵⁹ Cf. o.m. HR 27 febr. 1925, NJ 566; 19 nov. 1943, NJ 1944, 21; 11 jan. 1946, NJ 90; 22 dec. 1950, NJ 1951, 222; 21 mei 1954, NJ 460; 23 jan. 1959, NJ 190; 30 jan. 1959, NJ 1960, 85; Asser-Rutten III, 2 blz. 556/559; Hofmann-Drion-Wiersma blz. 274/276; F. J. de Jong preadvies NJV blz. 14v; H. Mulderije, idem blz. 100 v.; J. Drion, Schadevergoeding wegens het veroorzaken van cens anders dood, preadv. Ver. Verg. Studie v.h. recht v. België en Nederland, Jaarboek VI (1935-56), blz. 217/218.

op grond van deugdelijk bewijs daarvan, veelal tot gevolg heeft, dat de achterblijvenden een belangrijk deel van hun schade zelf moeten dragen. De huidige regeling is bepaald te schriel. In het bijzonder wanneer de omgekomenen inkomen uit arbeid en uit vermogen had en de weduwe bij de berekening van haar schade op het te vergoeden arbeidsinkomen de door haar behouden inkomsten uit vermogen in mindering moet brengen (of rekening moet houden met een nalatenschap die haar anders ook ten deel gevallen zou zijn) gaat zij er financieel niet zelden aanzienlijk op achteruit. Deze beperking van de schadevergoedingsplicht kan tegenwoordig nauwelijks meer gerechtvaardigd worden met het argument dat het risico onberekenbaar en onbegrensd is en een kleine fout de dader tot de bedelstaf zou kunnen brengen. De overgrote meerderheid van de acties op grond van de artt. 1406 en 1407 BW liggen op een terrein waar de aansprakelijkheid van de dader door verzekering gedekt pleegt te zijn.

Dat de verwijzing naar de wederzijdse stand en fortuin en naar de omstandigheden bedoelt de rechter een *matigingsrecht* te geven wordt algemeen aanvaard en ook door de HR geleerd ⁶⁰. De wet geeft de in aanmerking komende matigingsgronden aan: stand, fortuin en omstandigheden. Daarvan mogen stand en fortuin (sc: van beide partijen) niet vereenzelvigd worden. Fortuin verwijst naar de inkomens- en vermogenspositie van de betrokken personen en meer in het bijzonder naar de draagkracht van de aansprakelijke ⁶¹. Stand moet echter niet uitsluitend verstaan worden als welstand, maar verwijst mede naar de maatschappelijke kring waartoe de verwonde of omgekomenen en diens nabestaanden behoorde en behoren ⁶².

Op welke factoren hiernaast nog de vage en ruime term *omstandigheden* doelt is omstrede. F. J. de Jong ⁶³

⁶⁰ HR 2 jan. 1931, NJ 348; 20 febr. 1936, NJ 420; 2 nov. 1962, NJ 1963, 61; Asser-Rutten III, 2 blz. 559 en 564; Hofmann-Drion-Wiersma blz. 276.

⁶¹ die zonder meer gegeven is voorzover de aansprakelijkheid door verzekering is gedekt, cf. HR 20 febr. 1936, NJ 420.

⁶² HR 23 jan. 1959, NJ 190.

⁶³ in zijn artikel in de Meijersbundel, blz. 511 v. en zijn preadvies NJV 1940 blz. 20/21.

heeft met een beroep op de wetsgeschiedenis⁶⁴ betoogd, dat hierbij te denken is aan de omstandigheden waaronder de doodslag (of verwonding) heeft plaats gehad, en mitsdien aan de *schuldgraad*. Dat bij de artt. 1406 en 1407 BW matiging op grond van lichte schuld mogelijk is wordt voorts aangenomen door H. Drion⁶⁵, Langemeijer⁶⁶, Mulderije⁶⁷ en Maeijer⁶⁸; tegen zijn Wolfsbergen⁶⁹, Rutten⁷⁰ en G. J. Scholten⁷¹. Een met zoveel woorden aldus gemotiveerde matiging wegens lichte schuld is in de rechtspraak zeldzaam⁷². In hoeverre de rechter de vrijheid, die hij dikwijls bij de schadebegroting in deze zaken heeft⁷³, gebruikt door toch zonder dat dit uit zijn uitspraak blijkt met lichte schuld van de gedaagde rekening gehouden, onttrekt zich aan de beoordeling.

De conclusie uit het voorafgaande is in de eerste plaats, dat art. 1406 BW een afwijking van het beginsel van de volledige schadevergoeding bevat die zover gaat, dat de benadeelde dikwijls geen volledige schadevergoeding ontvangt, en in de tweede plaats dat de besproken artikelen aan de rechter een echt matigingsrecht toekennen, bij de uitoefening waarvan draagkracht, en, waarschijnlijk, schuldgraad meetellen.

d. Andere wettelijke bepalingen die de rechter een matigingsbevoegdheid geven.

Ook buiten de artt. 1406 en 1407 BW kent reeds onze huidige wetgeving aan de rechter in enkele gevallen een matigingsbevoegdheid toe. Niet steeds heeft deze echter op een verplichting tot schadevergoeding betrekking. De vermelding van verwante gevallen in het burgerlijk recht heeft echter zin, omdat daaruit de bereidheid van de wetgever spreekt de nadere bepaling van

⁶⁴ Voorduin V blz. 93/94.

⁶⁵ Hofmann-Drion-Wiersma blz. 278/279.

⁶⁶ NJB 1929, blz. 345/346.

⁶⁷ precadv. NJV 1940 blz. 125.

⁶⁸ blz. 125 v.

⁶⁹ Onrechtmatige Daad, blz. 232/233.

⁷⁰ Asser-Rutten III, 2 blz. 361.

⁷¹ rede, blz. 12.

⁷² cf. Hof Amsterdam 27 april 1939, NJ 709. Welke de de chauffeur „ten dele disculperende omstandigheden” waren, blijkt helaas niet uit het arrest. Anders Hof Amsterdam 16 mei 1963, NJ 1964, 116.

⁷³ zie § 8.

de inhoud der verbintenis aan de rechter over te laten.

Wel betrekking op een verplichting tot schadevergoeding heeft art. 1392 lid 2 BW dat de rechter veroorlooft de vergoeding van kosten, schaden en interessen verschuldigd door een nalatige zaakwaarnemer te matigen „naar gelang de omstandigheden die hem tot de waarneming der zaak bewogen hebben.” In § 2 is reeds art. 6.4.1.2 lid 2 van het ontwerp genoemd, dat de bedoelde regel in soortgelijke bewoordingen overneemt.

Voorts heeft de rechter een wettelijk matigingsrecht in de volgende gevallen waarin de schadevergoeding of een andere door de debiteur verschuldigde prestatie door de wet of door partijen is gefixeerd, n.l.: 1) art. 1345 BW betreffende de matiging van een bedongen boete ⁷⁴; 2) art. 1683q BW: de verhoging wegens niet tijdige betaling van het loon kan door de rechter gematigd worden ⁷⁵; 3) art. 1639r lid 5 BW: een tussen werkgever en werknemer overeengekomen hogere dan de wettelijke schadeloosstelling kan door de rechter worden gematigd „zo deze hem met het oog op de omstandigheden van het geval bovenmatig voorkomt;” 4) art. 26 lid 2 Huurwet: de rechtsvordering tot terugbetaling van te veel betaalde huur kan de rechter „tot een verminderd bedrag toewijzen, indien de billijkheid zulks vergt.”

Over de vraag of de artt. 1733/1744 en 1838 BW de rechter een matigingsbevoegdheid geven zie men hieronder.

e. *Dienstbetoon*

Hier kan art. 1392 BW opnieuw genoemd worden. Krachtens art. 1394 BW geschiedt zaakwaarneming steeds om niet. Onder de „omstandigheden” die volgens art. 1392 lid 2 grond tot matiging kunnen opleveren kan met name het geval worden gerekend, dat de zaakwaarnemer slechts uit belangeloos dienstbetoon heeft gehandeld. De wet aanvaardt hier dus het dienstbetoon als matigingsgrond.

Men kan er over twijfelen of zij dit ook doet ten aanzien van de bewaarneming en de lastgeving, die, als

⁷⁴ zie § 4.

⁷⁵ een bevoegdheid waarvan de kantonrechters geregeld gebruik maken.

geen loon bedongen is, evenzeer uit dienstbetoon kunnen voortkomen. De artt. 1743/1744 en 1838 BW hebben gemeen, dat het voor de aansprakelijkheid verschil maakt of al dan niet loon bedongen is; of dit verschil echter ook tot uitdrukking mag komen in matiging van de schadevergoeding dan wel alleen een rol speelt bij de vraag of de debiteur aansprakelijk is, is een andere vraag. Art. 1838, bepalende dat de verantwoordelijkheid wegens verzuimen bij de lasthebber om niet minder streng wordt toegepast, laat wellicht ruimte voor de uitleg dat hierop ook een matigingsbevoegdheid gegrond kan worden ⁷⁶. Bij de artt. 1743/1744 lijkt dit echter stellig niet verantwoord; art. 1743 bepaalt slechts tot welke mate van zorg de bewaarnemer om niet gehouden is en daaraan voegt art. 1744 toe, dat die bepaling met meerdere strengheid moet worden toegepast o.m. indien de bewaarnemer loon bedongen heeft.

In het 2e kosteloos meerijden-arrest ⁷⁷ heeft de HR zijn beslissing, dat bij vervoerovereenkomsten om niet de aansprakelijkheid van de vervoerder voor verzuimen in het algemeen minder streng zal moeten worden toegepast dan bij vervoerovereenkomsten tegen beloning gemotiveerd met een beroep op de artt. 1743/1744 en 1838 BW. In het 1e kosteloos meerijden-arrest ⁷⁸ besliste de HR enerzijds, dat ook bij de kosteloos meerijden moet worden uitgegaan van het beginsel van de aansprakelijkheid krachtens art. 1401 BW ook voor de gevolgen van lichte verkeersfouten, doch anderzijds dat de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval — waaronder ook het kosteloos meerijden — kunnen meebrengen dat de benadeelde kosteloze passagier de voor hem schadelijke gevolgen van zekere fouten niet aan de bestuurder kan verwijten of *niet op hem mag verhalen*. Of de HR met de gecursiveerde woorden op de mogelijkheid van matiging van schadevergoeding heeft willen zinspelen is dubieus ⁷⁹,

⁷⁶ cf. Macijer blz. 84 en Diephuis XIII blz. 55; anders Asser-Kamp-huisen blz. 725 en Hof Amsterdam 29 jan. 1948, NJ 239.

⁷⁷ HR 11 april 1958, NJ 467 (L.E.H.R.)

⁷⁸ HR 20 december 1957, NJ 1958, 68, (L.E.H.R.), Ars Acqui VII, 180 (J.H.B.)

⁷⁹ zie de noot van J. H. Beekhuis op blz. 184 en die van Rutten, welke laatste schrijver in de geciteerde woorden een verwijzing naar de leer van het rechtsmisbruik ziet.

en zelfs als dit zo zou zijn, is wellicht toch slechts gedacht aan een reeds uit de artt. 1406 en 1407 voortvloeiende matigingsbevoegdheid ⁸⁰.

Niettemin is het voor de toekomstige rechtsontwikkeling van belang, dat in beide arresten het dienstbetoon ook buiten de artt. 1392, 1743/1744 en 1838 BW is erkend als een factor die voor de beoordeling van de aansprakelijkheid verschil kan maken. Een ontwikkeling in de richting van aanvaarding van het dienstbetoon als grond voor matiging kan hiermede zijn ingezet.

8. *Wijze van schadebegroting.*

In welke mate in een gegeven rechtsstelsel het beginsel van volledige schadevergoeding verwerkelijkt wordt, hangt voor een deel mede af van regels van procesuele aard. Naar mate de rechter bij de schadebegroting groter vrijheid geniet, kan hij enerzijds door schatting of begroting naar billijkheid vergoeding toekennen voor niet exact berekenbare of bewijsbare schadeposten, anderzijds daarin ook een mogelijkheid tot matiging van schadevergoeding vinden, die niet onomwonden uit de uitspraak behoeft te blijken ⁸¹.

In de Nederlandse praktijk overheerst de exacte schadeberekening met dienovereenkomstige bewijsvoering. Wij berekenen de schade graag nauwkeurig en wij schrikken er voor terug een veroordeling tot schadevergoeding te doen luiden in een rond bedrag van f 5.000,—, f 10.000,— of meer, vreemde, dat dat verraden zal dat wij alle schadeposten niet zo precies hebben berekend als wel gekund had. Zo zullen bij een aanrijdingsschade, die leidt tot het vorderen van b.v. reparatiekosten van de auto, kosten van verloren kleding, gedeelde inkomsten en smartegeld, de meeste rechters ten aanzien van de

⁸⁰ cf. ook nog Hofmann-Drion-Wiersma blz. 156/157, en H. Drion, Kosteloos meedijden, in VR 1958 blz. 109 v. en 133 v., die (op blz. 135) voor het niet op overeenkomst berustende kosteloos meedijden de zaakwaarnemingsconstructie verdedigt en daarom matiging op grond van art. 1392 lid 2 BW mogelijk acht. M.J. wordt het begrip zaakwaarneming hier overtrokken en heeft deze constructie het bezwaar dat zij niet kan worden toegepast in gevallen dat een overeenkomst wel moet worden aangenomen.

⁸¹ cf. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI (1938), onder Schadenersatz, no. 74.

eerste drie schade-elementen specificatie en bewijs verlangen, ook al zinken deze in het niet bij het smartegeld, dat zij binnen vrij ruime marges naar billijkheid zullen moeten begroten. In een dergelijk geval zou begroting van de gehele schade in een rond bedrag geen der partijen wezenlijk tekort doen en voorkomen, dat tijd en geld besteed moeten worden aan becijfering en bewijs van naar verhouding ondergeschikte onderdelen van de schaderekening.

Naar de rechtspraak van de HR heeft de rechter m.i. grotere vrijheid tot het volgen van een dergelijke gedragslijn dan hij doorgaans neemt. De rechter kan immers bij de begroting van de schade zelfstandig te werk gaan, zonder daarbij aan de wettelijke bewijsregels gebonden te zijn, en hij mag daaraan feitelijke gegevens ten grondslag leggen waarop niet door één der partijen beroep is gedaan ⁸².

Tot zelfstandige begroting *moet* de rechter overgaan, indien vaststaat dat schade geleden is, doch deze niet voor nauwkeurige becijfering en bewijs vatbaar is: toekomstige schade, ideële schade, schade door octrooi- of merkinbreuken, door oneerlijke concurrentie, bij van onzekere factoren afhankelijke inkomsten- of winstderving.

In al deze gevallen moet de rechter schatten of naar billijkheid begroten. Dit brengt mede, dat hij bij al dergelijke schade-elementen een vrijheid van waardering heeft, die hem in feite de mogelijkheid geeft tot matiging van schadevergoeding b.v. in verband met de mate van verwijtbaarheid en met de draagkracht van de partijen. Evenzo is het waar de wet met zoveel woorden voorschrijft een schadeloosstelling naar billijkheid te begroten, zie b.v. de artt. 1639s (schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag) en 1639t BW (afkoopsom bij veroordeling tot herstel der dienstbetrekking). De ene rechter zal dit echter eerder doen dan de ander, al naar gelang bij zijn streven naar een billijk resultaat zijn juridisch geweten een kleinere of grotere stem in het kapittel heeft.

De vaststelling lijkt mij dus gerechtvaardigd, dat bij tal van schadevergoedingsaanspraken de rechter ook buiten het door de artt. 1406 en 1407 BW bestreken

⁸² HR 23 maart 1933, NJ 888; 25 april 1958, NJ 417.

terrein mogelijkheden tot matiging van de schadevergoeding vindt. De vraag is echter of men niet beter doet die mogelijkheden door regeling van het matigingsrecht te kanaliseren ⁸³.

III. BUITENLANDS RECHT

§ 9. *Belang van rechtsvergelijking.*

Het ontwerp zesde boek berust evenals de voorafgaande vijf boeken in belangrijke mate op rechtsvergelijkende voorstudien. Bij de behandeling van het 10de vraagpunt heeft in het bijzonder het Zwitserse recht invloed gehad. Het heeft daarom nut het voor en tegen van een matigingsrecht te bezien tegen de achtergrond niet alleen van het Nederlandse recht maar ook van de rechtsstelsels van enkele naburige landen, waaronder uiteraard het Zwitserse. Binnen het kader van dit preadvies moet dit rechtsvergelijkende onderzoek een summier karakter behouden. De aandacht zal telkens hoofdzakelijk worden gericht op de vraag of het betrokken vreemde recht het beginsel van volledige schadevergoeding huldigt en al dan niet daartegenover aan de rechter een bevoegdheid tot matiging toekent. Achtereenvolgens zullen mededelingen worden gedaan omtrent het recht van Frankrijk, België, Italië, Spanje, Engeland, Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland.

§ 10. *Frankrijk.*

Het Franse recht berust op het beginsel van de volledige schadevergoeding. De grondslagen zijn dezelfde als bij ons. De artt. 1282-1284 en 1401 v. BW vinden hun pendant en voorbeeld in de artt. 1149-1151 en art. 1382 v. van de Code Civil, behoudens dat voor de schadevergoeding wegens doodslag of verwonding de artt. 1406 en 1407 BW een bijzondere regeling geven die in de Code Civil ontbreekt.

Het vaststellen van de schadevergoeding valt naar Franse opvatting samen met de begroting van de schade:

⁸³ cf. Macijer blz. 74/75 en voor de Franse praktijk Mazeaud-Tunc no. 2365.

„les exceptions mises à part, fixer les dommages-intérêts, c'est, en effet, uniquement évaluer le dommage" ⁸⁴. De schadevergoeding mag niet meer en niet minder dan de schade bedragen. Noch de schuldgraad, noch de voorzienbaarheid van de schade-omvang mogen op de schadevergoeding van invloed zijn ⁸⁵.

De belangrijkste uitzondering alleen geldend voor de aansprakelijkheid uit overeenkomst, vormt art. 1150 CC, dat bij niet-opzettelijke wanprestatie de vergoeding beperkt tot de schade, die reeds bij het sluiten van de overeenkomst te voorzien was ⁸⁶.

Een matigingsbevoegdheid heeft de Franse rechter in het algemeen niet. Dit neemt niet weg dat hij zich in de praktijk wel vrijheden met de schadebegroting veroorlooft die ten onzent onbekend zijn. De mogelijkheid daartoe vindt hij in de meer globale wijze van schadebegroting die in de Franse praktijk gebruikelijk is. De rechter is niet verplicht afzonderlijke bedragen voor de verschillende schade-elementen vast te stellen en mag een „condamnation globale" uitspreken waarbij hij b.v. de vergoeding van materiële en ideële schade in één bedrag kan samenvoegen zonder dat uit het vonnis blijkt hoe het toegewezen totaal bedrag over de onderdelen van de schadeberekening verdeeld is ⁸⁷. De Cour de Cassation heeft deze praktijk gesanctioneerd ⁸⁸. Bovendien behoort de schadevaststelling tot het domein van de „pouvoir souverain" van de feitelijke rechter ⁸⁹ zodat zij niet voor toetsing in cassatie vatbaar is ⁹⁰.

⁸⁴ Mazeaud-Tunc no. 2358, cf. ook Planiol-Ripert-Esmelin, *Traité pratique de droit civil français* VI (2e dr. 1952) no. 682.

⁸⁵ Mazeaud-Tunc no's 2364, 2366, 2370. Heersende leer, anders echter: Laurent, *Principes de droit civil français* XX no 530; Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, 6e dr., I no 659; Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile* no 59; Bette-mieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français* (1921), no's 61-67; Voisenet, *La faute lourde en droit privé français* blz. 295-319.

⁸⁶ Mazeaud-Tunc no's 2373-2375-2391; Planiol-Ripert-Radouant VII (1954) no. 862 v.

⁸⁷ Mazeaud-Tunc no 2360.

⁸⁸ rechtspraak bij Mazeaud-Tunc no 2360 noot 4.

⁸⁹ Mazeaud-Tunc no 2365, cf. ook *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* VI, voce *Schadenersatz* no 76.

⁹⁰ cf. Planiol-Ripert-Radouant VII no 855, met opgave van rechtspraak; Planiol-Ripert-Esmelin VI no. 682.

Dit heeft er toe geleid, dat in de Franse praktijk het beginsel van de volledige schadevergoeding door de rechter soms meer met woorden beleden dan in de vaststelling van de schadevergoeding tot uitdrukking gebracht wordt: „le principe (nl. dat van de „non-proportionalité des dommages-intérêts à la culpabilité et à la prévisibilité”) est certain. Et pourtant les juges ne l'affirment bient souvent que pour mieux le violer” schrijven Mazeaud-Tunc⁹¹. In feite wordt met de schuldgraad wel rekening gehouden: „sous couleur d'évaluer le préjudice, ils (de rechters) ont tendance à le gonfler ou le réstreindre suivant la gravité de la faute,” en: „usant de leur pouvoir souverain d'appréciation du préjudice les tribunaux faussent volontairement cette évaluation; ils chiffrent le dommage en pesant la faute”⁹².

Mazeaud-Tunc veroordelen deze tendentie en wijzen er op dat de Cour de Cassation in gevallen dat hij hierover beslissen kon, heeft geoordeeld dat de schuldgraad niet in aanmerking mag worden genomen⁹³. Niettemin kan men zich de vraag stellen of het gesignalcerde verschijnsel er niet op wijst, dat de wettelijke regels van schadebegroting daarom door de rechter omgaan worden, omdat deze hem niet voldoende vrijheid laten met de omstandigheden van het concrete geval rekening te houden. Wanneer hieruit een zekere spanning tussen de strenge regelen des rechts en het billijkheidsgevoel van de rechter (of van sommige rechters) spreekt, doet men dan niet beter aan de rechter een gereguleerde matigingsbevoegdheid te geven, die hem tevens verplicht zich in zijn vonnis van zijn beweegredenen zuiverder rekenschap te geven? Gelijk hiervoor reeds werd opgemerkt kan men dezelfde vraag ook voor de Nederlandsche rechter stellen, al heeft deze in mindere mate de mogelijkheid en de neiging om hetzelfde als zijn Franse collega te doen.

⁹¹ no. 2365; cf. ook Planiol-Ripert-Esmein VI no. 683.

⁹² citaten naar Mazeaud-Tunc no. 2365.

⁹³ Zie b.v. C. de C. 21 oct. 1946, Sem. Jur. 1946 II, 3348: „que les circonstances de nature à atténuer la gravité d'une faute n'exercent pas d'influence sur la réparation qui est due à la victime du délit civil”; en cf. Mazeaud-Tunc no. 2368.

§ 11. België.

Het Belgische recht⁹⁴ komt in grote trekken met het Franse overeen. Ook daar stelt men zich op het standpunt dat de benadeelde, behoudens de werking van art. 1150 CC⁹⁵, aanspraak heeft op volledige schadevergoeding: de benadeelde moet worden gebracht in de toestand waarin hij verkeerd zou hebben indien de schadeveroorzakende handeling niet had plaatsgevonden⁹⁶: maatstaf voor de schadevergoeding is de schade. Een matingsrecht heeft de rechter niet⁹⁷, met de schuldgraad mag hij geen rekening houden⁹⁸.

Anderzijds is het verwijt van Mazeaud-Tunc aan het adres van de Franse rechtspraak, dat zij in feite bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met de mate van verwijtbaarheid wel rekening houdt voor de Belgische rechtspraak niet of minder gegrond⁹⁹. Daarbij speelt mogelijk een rol, dat in België meer nadruk dan in Frankrijk wordt gelegd op de primaire verplichting van de rechter de schade zo mogelijk nauwkeurig te berekenen¹⁰⁰, hetgeen medebrengt, dat hij pas tot begroting *ex aequo et bono* mag overgaan na de onmogelijkheid van nauwkeurige berekening te hebben vastgesteld¹⁰¹. Voorts maakt verschil, dat weliswaar ook naar Belgische opvatting de rechter in beginsel de gehele schade globaal in één bedrag begroten mag, doch zulks niets geldt wanneer een der partijen heeft gevorderd dat de onder-

⁹⁴ Zie hierover ook J. Ronse, Aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van de dood van een ander naar Belgisch en Nederlands recht, preadvies voor de Vereniging v. d. vergel. studie van het recht van België en Nederland, jaarboek VI (1955 en 1956) blz. 184 v.

⁹⁵ dat in België beperkter wordt uitgelegd dan in Frankrijk, cf. Ronse a.w. 187; de voorzienbaarheidseis betreft slechts de schade wat haar ontstaan geenszins wat haar omvang betreft.

⁹⁶ Ronse, preadvies blz. 201; dezelfde Aanspraak op schadevergoeding uit onrechtmatige daad (1954) blz. 249; dezelfde Schade en schadevergoeding (1957) no. 220; Roger O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile* II (1962) no's 4138-4140; de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge* II (2de dr. 1948 met supplément 1951) no 1023.

⁹⁷ uitdrukkelijk Ronse preadvies blz 201 no 32.

⁹⁸ Dalcq no 4146; de Page no 1022.

⁹⁹ cf. Dalcq no 4147.

¹⁰⁰ Dalcq no 4231

¹⁰¹ Dalcq no's 4231 en 4232, met opgave van rechtspraak.

scheiden schade-elementen afzonderlijk worden vastgesteld ¹⁰².

§ 12. Italië.

Het Italiaanse recht is ook na de vervanging van de Codice Civile van 1865 door die van 1942 met het Franse recht zeer verwant gebleven ¹⁰³. Ook hetgeen in dit wetboek met betrekking tot aanspraken op schadevergoeding is bepaald, vertoont grote overeenkomst met de Code Civil en ons BW. Art. 1223 bepaalt, dat de schadevergoeding bij wanprestatie geleden verlies en gederfde winst omvat, voorzover deze het onmiddellijk en dadelijk gevolg van de wanprestatie zijn ¹⁰⁴. Bij niet-opzettelijke wanprestatie behoeft slechts de bij het aangaan van de verbintenis voorzienbare schade vergoed te worden ¹⁰⁵. Wanneer het schadebeloop niet nauwkeurig kan worden bewezen, wordt dit door de rechter naar billijkheid begroot ¹⁰⁶.

Deze bepalingen, met uitzondering van art. 1225, zijn eveneens van toepassing op de berekening van de wegens oprechtmatige daad verschuldigde schadevergoeding ¹⁰⁷. Een matigingsrecht heeft de Italiaanse rechter niet. Weliswaar bevatten de artikelen betreffende de onrechtmatige daad (*fatto illecito*) van het wetboek een bijzonder voorschrift betreffende de waardering van de gederfde winst, bepalende dat deze begroot wordt met billijke waardering van de omstandigheden van het ge-

¹⁰² Dalcq 4237 en 4238 met verwijzing naar Hof van Verbreking, 8 maart 1948, Pas. I 148. Verdere Belgische rechtspraak over deze vraag ook bij Mazeaud-Tunc no 2360 noot 4.

¹⁰³ cf. P. Arminjon-B. Nolde-M. Wolff, *Traité de droit comparé* I (1950) no's 78-80.

¹⁰⁴ art. 1223 Cod. Civ.: „Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

¹⁰⁵ art. 1225 Cod. Civ., zie noot 45.

¹⁰⁶ art. 1226 Cod. Civ.: „Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”.

¹⁰⁷ art. 2056 lid 1 Cod. Civ.: „Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227”.

val¹⁰⁸ en zou men daaruit naar de letter een beperkt matigingsrecht kunnen afleiden, doch aldus wordt deze bepaling in Italië niet uitgelegd. Men ziet daarin slechts een gewoon waarderingsvoorschrift met bewijsverlichting, dat, ook zonder dat de wet dit met zoveel woorden zegt bij wanprestatie evenzeer moet worden toegepast¹⁰⁹. Wel wordt aldaar in de doctrine het standpunt verdedigd dat de bevoegdheid die art. 1225 geeft om bij de bepaling van de vergoedbare schade (*danno risarcibile*) in geval van wanprestatie met de schuldgraad rekening te houden, ook bij onrechtmatige daad zou behoren te gelden, doch men erkent tevens dat de huidige wet generlei mogelijkheid daartoe biedt¹¹⁰. Ook het Italiaanse recht berust dus op het beginsel van volledige schadevergoeding.

§ 13. *Spanje.*

Ook de Spaanse *Codigo Civil* van 1889 is tot stand gekomen onder overwegende invloed van het Franse voorbeeld, met ontleeningen aan de oudere Italiaanse (1865) en Portugese (1867) codes¹¹¹. Ook de bepalingen die men daarin omtrent het recht op schadevergoeding aantreft vertonen met de reeds besproken regelingen grote overeenkomst. De artt. 1101 v. regelen de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie. Volgens art. 1106 omvat de schadevergoeding geleden verlies en gederfde winst¹¹². Art. 1107 bevat materieel dezelfde regel als art. 1283 BW en art. 1150 CC: de debiteur te goeder trouw is slechts aansprakelijk voor de schade die hij bij het aangaan van de verbintenis voorzien heeft of heeft kunnen voorzien en het noodzakelijk gevolg van die wanprestatie is, doch bij opzettelijke wanprestatie (en caso de dolo) is de debiteur aansprakelijk voor alle schade

¹⁰⁸ art. 2056 lid 2 *Cod. Civ.*: „Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso”.

¹⁰⁹ cf. Antonio Scialoja, Giuseppe Branca e.a., *Commentario del Codice Civile*, libro IV, art. 1992-2059 (1960), blz. 352.

¹¹⁰ a.w. blz. 350 v., aant. 3 ad art. 2056.

¹¹¹ Arminjon-Nolde-Wolff, a.w. I no. 85.

¹¹² art. 1106 *Codigo Civile*: „La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”

die kennelijk uit de wanprestatie voortvloeit ¹¹³. De onrechtmatige daad is afzonderlijk geregeld in de artt. 1902 v. De daar bedoelde verplichting tot schadevergoeding schijnt zich naar Spaanse opvatting niet steeds tot gederfde winst uit te strekken ¹¹⁴.

Het belangrijkste komt echter nog. Art. 1103 van de *Código Civil* geeft de rechter een matigingsrecht bij contractuele aansprakelijkheid die slechts op schuld (*negligencia*) berust ¹¹⁵. Concrete maatstaven voor de uitoefening van dit matigingsrecht bevat de wet niet behoudens het voorschrift dat de matiging naar gelang van omstandigheden (*según los casos*) moet plaatsvinden. Dit laatste betekent wel dat deze rechterlijke bevoegdheid niet arbitrair en discretionair is, doch moet worden uitgeoefend met in aanmerkingneming van de omstandigheden en de toepasselijke wettelijke bepalingen ¹¹⁶.

Het is niettemin duidelijk dat het voorschrift de rechter een weinig omschreven bevoegdheid geeft, die een belangrijke inbreuk op het beginsel van de volledige schadevergoeding oplevert.

§ 4. *Engeland* ¹¹⁷.

Slechts enkele aspecten die voor ons onderwerp van belang zijn, kunnen hier behandeld worden. Zij betref-

¹¹³ Art. 1107 *Cod. Civ.*: „Los danos y perjuicios de que responde el dueñor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el dueñor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.”

¹¹⁴ Tribunal Supremo 23 maart 1954, *Rep. Jurisp. Aranzadi* 1299, aangehaald bij M. R. Navarro, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo* III (1961) blz. 6125.

¹¹⁵ Art. 1103 *Cod. Civ.*: „la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos „cf. ook *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* VI (1938), blz. 142/143 onder no. 77.

¹¹⁶ Tribunal Supremo 3 april 1940, *Rep. Jurisp. Aranzadi* 283, Navarro a.w. II blz. 3540.

¹¹⁷ men zie ook de gegevens bij *Mazcaud-Tunc* no 2358, noot 2; het verschil dat daar gemaakt wordt tussen de schadevergoedingsmaatstaf bij wanprestatie (*breach of contract*) en onrechtmatige daad (*tort*) lijkt mij intussen niet zonder meer juist, cf. *Mayne & Mc. Gregor, On Damages* (12e dr. 1961), blz. 325/332.

fen de invloed van de schuldgraad op de omvang van de schadevergoeding, de voorzienbaarheid van de schade bij het aangaan van de verbintenis, en de vrijheid van de rechter bij de waardering.

In beginsel heeft ook naar Engels recht de schadevergoeding ten doel vergoeding, „pecuniary compensation,” voor werkelijk nadeel te zijn. Dit geldt met name voor de schadevergoeding in normale gevallen, die men aanduidt als „real,” „ordinary” of „substantial damages” ¹¹⁸. Hiernaast staan echter de „exemplary damages,” die een ten dele poenaal en preventief karakter hebben en verband houden zowel met het laakbare gedrag van de aansprakelijke als met de „wounded feeling and injured pride” ¹¹⁹ van de benadeelde. Aldus kunnen aanzienlijke bedragen als „damages” worden toegekend, hoewel het werkelijk ondervonden nadeel gering is of ontbreekt. Deze vorm van schadevergoeding komt alleen voor op het terrein van de onrechtmatige daad ¹²⁰ en dan nog beperkt zij zich vrijwel geheel tot de zich tegen de persoon richtende onrechtmatige daden omdat zij haar grondslag vindt in een krenkende bejegening van de wederpartij of een algehele onverschilligheid voor diens persoon, eer, reputatie of belang. „They can apply only where the conduct of the defendant merits punishment, which is only considered to be so where his conduct is wanton, as where it discloses fraud, malice, violence, cruelty, insolence or the like, or, as it is sometimes put, where he acts in contumelious disregard of the plaintiff's rights” ¹²¹. Het belang van deze instelling voor ons onderzoek is, dat zij de rechter veroorlooft bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding met de schuldgraad rekening te houden. De gedachte waarop zij berust lijkt voor ons echter niet aanvaardbaar, omdat zij burgerrechtelijke en strafrechtelijke begrippen verwart en leidt tot vergoeding van meer dan de werkelijke schade. Dat kan men niet rechtvaardigen met de rhetorische vraag „in a case where a man disregards every principle which

¹¹⁸ cf. Halsbury's Laws of England (2e dr., editie Simonds) dl. II (1955) no's 385 en 388; Mayne & Mc. Gregor, blz. 9 en 201-206.

¹¹⁹ Halsbury a.w. no. 391; cf. ook Mayne & Mc. Gregor blz. 196 v.

¹²⁰ en bij verbroken trouw beloften, Mayne & Mc. Gregor, blz. 211.

¹²¹ Mayne & Mc. Gregor, blz. 196

actuates the conduct of gentlemen, what is to restrain him except large damages? ¹²²

Voor de schadevergoeding wegens wanprestatie geldt in het Engelse recht een regel die zich met art. 1283 BW vergelijken laat ¹²³. Vergoedbaar is slechts de schade die „at the time of the contract” was „reasonably foreseeable as liable to result from the breach.” Of de wanprestatie echter „arglistig” is of niet maakt geen verschil. De regel bevat een beduidende afwijking van het beginsel van de volledige schadevergoeding, zeker wanneer men in aanmerking neemt dat gederfde winst lang niet altijd als „reasonably foreseeable” wordt beschouwd ¹²⁴.

Tenslotte iets over de mate van vrijheid die de Engelse rechter bij de schadebegroting geniet. Deze begroting geschiedt in beginsel door de jury niet door de judge, maar kan door deze laatste verricht worden als hij zonder jury oordeelt ¹²⁵. De toewijzing, de „award” bestaat doorgaans in een „lump sum,” maar de schadevergoeding kan in zijn samenstellende delen gesplitst worden en dit is regel bij acties wegens persoonlijk letsel. Doordat de mogelijkheid om de beslissing over de schadevergoeding in appel aan te tasten slechts beperkt is, hebben jury of judge aanzienlijke vrijheid in het bepalen van de omvang der vergoeding. Heeft de jury de schadevergoeding vastgesteld, dan is niet voldoende aan te tonen, dat het toegewezen bedrag onjuist berekend is, doch moet de appelrechter tot de overtuiging worden gebracht, dat de schadevergoeding zo veel te hoog of te laag is dat „no twelve men could reasonably have given them.” Dat de appelrechter zelf een ander bedrag zou hebben vastgesteld, is op zichzelf geen grond om de uitspraak vernietigd te krijgen ¹²⁶. Bij begroting van de schade door de judge geldt een soortgelijk criterium. Vernietiging volgt slechts

¹²² Lord Chief Justice Gibbs in de zaak *Merest v. Harvey* (1814), aangehaald bij Mayne & Mc. Gregor blz. 196; cf. echter bij ons W. F. Wertheim, Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst (1930), blz. 20-42, met betoog voor de preventieve werking van de schadevergoeding, en Maeijer, blz. 132/133.

¹²³ cf. de uitspraken aangehaald in noot 46 en Mayne & Mc. Gregor blz. 123 v.

¹²⁴ Mayne & Mc. Gregor blz. 128/130.

¹²⁵ Mayne & Mc. Gregor blz. 832.

¹²⁶ Mayne & Mc. Gregor blz. 852/853.

als het toegewezen bedrag een „entirely erroneous estimate of the damage” oplevert¹²⁷. De Engelse rechter kan derhalve binnen vrij ruime grenzen naar eigen inzicht de omvang der schadevergoeding bepalen. Dat in een dergelijk stelsel van procesrecht aan een afzonderlijk matigingsrecht geen grote behoefte is, ligt in de rede.

§ 15. *Duitsland.*

Het Duitse recht huldigt het beginsel van de volledige schadevergoeding, neergelegd in art. 249 BGB¹²⁸. Deze bepaling stelt behoudens de uitzonderingen in de tweede zin, de verplichting tot herstel in natura voorop. Men moet dit echter lezen in verband met de artt. 250 en 251, volgens welke bepalingen in bepaalde gevallen, of na afloop van een termijn, de crediteur schadeloosstelling in geld kan verlangen, dan wel de debiteur daartoe bevoegd is. Daardoor zal ook in Duitsland de schadevergoeding in natura wel uitzondering blijven.

Art. 252 BGB bepaalt — ten overvloede — dat ook de gedeelde winst vergoed moet worden¹²⁹. Aanspraak op vergoeding in geld van ideële schade bestaat alleen in de door de wet bepaalde gevallen¹³⁰, met name bij bepaalde onrechtmatige daden¹³¹.

Ook de doctrine staat op het standpunt van de volledige schadevergoeding. De vraag naar de omvang van de schadevergoeding valt samen met die naar het causaal verband¹³². Beperkingen van de aanspraak op vergoeding

¹²⁷ Mayne & Mc. Gregor blz. 859.

¹²⁸ art. 249 BGB: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger stat der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.”

¹²⁹ art. 252 BGB: „Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.”

¹³⁰ art. 253 BGB

¹³¹ art. 847 BGB voor verwonding en vrijheidsberoving, cf. ook art. 1300 BGB over het zogenaamde „Kranzgeld”.

¹³² Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht (14e dr. 1954) blz. 77. cf. ook K. Larenz, Schuldrecht I (1962), blz. 145 v.

zijn het BGB vreemd ¹³³, met uitzondering van de beperkingen die liggen opgesloten in de regeling van de aanspraken bij verwonding en overlijden ¹³⁴. Ook daarbij heeft de Duitse rechter echter geen matigingsrecht en moet hij de draagkracht en omstandigheden van de vergoedingsplichtige buiten beschouwing laten ¹³⁵.

De Duitse rechter is bij de waardering van de omvang van de schade niet aan vaste bewijsregels gebonden, doch kan hieromtrent beslissen naar vrije overtuiging met inaanmerkingneming van alle omstandigheden ¹³⁶. Dat de rechter die vrijheid gebruiken zou om in verband met de schuldgraad of andere omstandigheden minder dan de werkelijke schade als vergoeding toe te kennen blijkt niet uit de literatuur. Het Duitse recht behoort aldus tot de stelsels waar het beginsel van volledige schadevergoeding het zuiverst wordt toegepast ¹³⁷.

§ 16. Oostenrijk.

Het Oostenrijkse schadevergoedingsrecht vertoont enkele eigenaardigheden, die betekenen dat niet in alle gevallen aanspraak op volledige schadevergoeding kan worden gemaakt. Hoofdstuk 30 van het ABGB „Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung” regelt in de artt. 1293-1341 de verplichting tot schadevergoeding zowel op grond van wanprestatie als uit onrechtmatige daad ¹³⁸. Dit deel van het wetboek wordt ingelcid met

¹³³ Enneccerus-Lehmann blz. 81.

¹³⁴ zie de artt. 842, 844, 845 en 847.

¹³⁵ Palandt, BGB (20e dr. 1961), aant. 6 ad art. 844. Bij overlijden komt de aanspraak op een periodieke uitkering toe aan degenen, die ten opzichte van de overledene onderhoudsgerechtigd waren. Toch beschouwt de doctrine haar als zuivere schadevergoeding. „Sie ist Schadenersatz, und zwar Ersatz des tatsächlichen Ausfalls”, Palandt t.a.p., men vgl. ook de artt. 1603 en 1610 over de omvang van de familierechtelijke onderhoudsplicht.

¹³⁶ art. 287 ZPO, cf. voorts Stein-Jonas, ZPO (18e dr. 1953) ad art. 287; Enneccerus-Lehmann blz. 61; Palandt, Vorbem. 8 ad art. 249; Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI, blz. 142/143 no. 75.

¹³⁷ art. BGB geldt gelijkelijk voor wanprestatie en onrechtmatige daad, Palandt aant. 12 ad art. 823; Enneccerus-Lehmann blz. 965.

¹³⁸ cf. art. 1295 lid 1 dat voor de schuldaansprakelijkheid wanprestatie en onrechtmatige daad op één lijn stelt, en de artt. 1324 v. die onder het opschrift „Arten des Schadenersatzes” algemene bepalingen bevatten die niet tussen wanprestatie en onrechtmatige daad onderscheiden.

een definitie van het begrip schade, die winstderving daarbuiten doet vallen ¹³⁹. Dit onderscheid wordt uitgewerkt in de artt. 1323 en 1324 ¹⁴⁰.

Wordt alleen „Schade” vergoed dan heeft men te doen met „Schadloshaltung,” heeft de vergoeding ook betrekking op de gedeefde winst dan is er „volle Genugtuung.” Deze laatste vorm van vergoeding is alleen verschuldigd bij opzet of grove schuld ¹⁴¹; in alle overige gevallen wordt winstderving niet vergoed tenzij de wet anders bepaalt ¹⁴². Bij aansprakelijkheid voor door derden veroorzaakte schade geldt in de regel de grove schuld van de derde niet als grove schuld van de aansprakelijke ¹⁴³.

Het voorschrift heeft geleid tot een beperkte uitlegging van het begrip „entgangener Gewinn” en het vrij gemakkelijk aannemen van grove schuld („grobe Fahrlässigkeit”). „Verdienstentgang” wordt beschouwd als positieve

¹³⁹ art. 1293: „Schade heiszt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.” Ten onrechte rekent de Toelichting op het ontwerp 6e bock, blz. 561 noot 3, deze bepaling tot de buitenlandse wetsvoorschriften krachtens welke ook de gedeefde winst tot de vergoedbare schade behoort.

¹⁴⁰ art. 1323: „Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, musz alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dies nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung, wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn, und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugtuung genannt.” Art. 1324: In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Sadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurteilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sei.”

¹⁴¹ Dr. H. Klang e.a., Kommentar zum ABGB VI (2e dr. 1951), blz. 124.

¹⁴² Dit doet de wet voor het gehele handelsrecht, zie de Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Oesterreich, (RGBl. 1938 1 blz. 1919, 1939 1 blz. 23), waarmee het Duitse Handelsgesetzbuch van 1897 na de Anschluss in Oostenrijk werd ingevoerd; artikel 8 no. 2 van deze verordening bepaalt onder het opschrift „Umfang des Schadenersatzes”: Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn”. Cf. ook Dr. H. Demelius, Handelsgesetzbuch (25e dr. 1957) blz. 128 en 219 v.; Klang a.w. blz. 127.

¹⁴³ Klang blz. 127.

schade, niet als winstderving¹⁴⁴. Niettemin blijft, dat naar Oostenrijks recht de omvang van de schadevergoeding ten dele afhangt van de schuldgraad en bij het ontbreken van grove schuld als regel geen aanspraak op volledige schadevergoeding bestaat. De doctrine keurt dit stelsel af. „Die in Par. 1324 angeordnete Abstufung des Ersatzes nach der Schwere des Verschuldens ist zu missbilligen, da sie eine Vermengung von Strafe und Schadenersatz beinhaltet“¹⁴⁵.

Het onderscheid wordt nog in andere bepalingen toegepast, zie b.v. de artt. 1331 en 1332: bij moedwillig toegebrachte vermogensschade moet soms ook de affectiewaarde worden vergoed. Bij mindere schuld wordt echter de schade berekend „nach dem gemeinen Werte, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte“¹⁴⁶.

De conclusie mag zijn dat het Oostenrijkse recht bij de bepaling van de omvang der schadevergoeding in belangrijke mate met de schuldgraad rekening houdt en in beginsel slechts bij grove schuld of opzet volledige schadevergoeding toekent. Een algemeen matigingsrecht heeft de Oostenrijkse rechter echter niet.

§ 17. *Zwitserland.*

De omvang van de schadevergoedingsplicht naar Zwitsers burgerlijk recht wordt beheerst door de artt. 43-47 en 99 OR (Obligationenrecht). De eerst bedoelde bepalingen staan in de aan de onrechtmatige daad gewijde afdeling doch zijn krachtens art. 99 lid 3 bij wanprestatie van overeenkomstige toepassing. Daarvan bevatten de artt. 45-47 bijzondere voorschriften betreffende schadevergoeding en smartegeld bij dood en verwonding. Van algemene strekking zijn de artt. 43, 44 en 99 waarvan de tekst hieronder volgt:

¹⁴⁴ cf. Klang a.w. blz. 2/3, 125, 131; Dr. H. Kapfer, ABGB (27e dr. 1963), blz. 1008 en 1086, Oberster Gerichtshof 23.5.1956, SZ XXIX, 43 (SZ: Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen), verdere rechtspraak bij Kapfer t.a.p.

¹⁴⁵ Klang, blz. 125.

¹⁴⁶ toepassing van de abstracte schadeberekening, cf. Klang, blz. 168.

Art. 43.

Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat. Wird Schadenersatz in Gestalt einer Rente zugesprochen, so ist der Schuldner gleichzeitig zur Sicherheitsleistung anzuhalten.

Art. 44.

Hat der Geschädigte in die Schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden. Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermässigen.

Art. 99.

Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden.

Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt. Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung ¹⁴⁷.

In de artt. 43 en 44 vindt men een regeling van het rechterlijk matigingsrecht. Bij de beschouwing daarvan kan men echter niet voorbijgaan aan het verschil in formulering tussen de beide artikelen. Terwijl art. 44 met zoveel woorden van een bevoegdheid tot matiging spreekt geeft art. 43 een waarderingsvoorschrift naar de omstandigheden en de schuldgraad, waardoor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding reeds aanstonds niet

¹⁴⁷ voor de niet steeds nauwkeurig vertaalde Franse tekst zie men Virgile Rossel, *Code Civil Suisse et Code Fédéral des Obligations* (9e dr. 1962).

aan wettelijke regels maar aan het „richterliches Ermessen” wordt overgelaten¹⁴⁸. Dit betekent dat althans voor de op schuld berustende aansprakelijkheid het Zwitserse recht niet het beginsel van de volledige schadevergoeding huldigt, doch uitgaat van de regel dat bij geringe schuld in de regel niet de gehele schade ten laste van de aansprakelijke komt, doch voor een deel door de benadeelde gedragen moet worden.

„Dieses Prinzip entspricht der wahren Billigkeit, die auch im Schadenersatzrecht nicht duldet, dass schwere und leichte Vergehen eine gleich schwere rechtliche Sanktion nach sich ziehen... (post alia). Für den Gläubiger, der bei leichtem Vergehen des Schädigers nun einen Teil des Schadens selbst tragen soll, kann diese Eriedigung zwar hart sein: gerechterweise kann er aber doch nicht verlangen, dass der Schädiger um diese Wirkung abzuwenden, strenger beurteilt werde, als es dem Verschulden entspricht”¹⁴⁹. De Zwitserse doctrine vindt de door het eigen rechtssysteem geboden oplossing in het algemeen van een vanzelfsprekende billijkheid en deelt dus niet de kritiek op het leggen van verband tussen schuldgraad en schadevergoeding die o.a. door de Franse en Oostenrijkse doctrine geoefend werd¹⁵⁰.

Hoewel art. 43 meer is ingericht als een waarderingsvoorschrift krachtens hetwelk de rechter naar billijkheid moet begroten en art. 44 meer een wettelijke bevoegdheid geeft tot matiging van een schadevergoeding waarvan de omvang in beginsel reeds gegeven is, moet men deze tegenstelling niet al te scherp zien. In de praktijk worden uit de beide artikelen tesamen met art. 99 RO en voorschriften in bijzondere wetten matigingsfactoren afgeleid die als volgt gerubricceerd worden:¹⁵¹

¹⁴⁸ cf. Macijer blz. 86/87; H. Becker e.a. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Bernier Kommentar) VI (2e dr. 1941) blz. 240; Th. Gubli, Das schweizerische Obligationenrecht (5e dr. 1956), blz. 76; Karl Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (1958) blz. 233. Over de plaats van het rechterlijk „Ermessen” in het Zwitsers burgerlijk recht zie men ook Otfinger I blz. 443/447, met uitvoerige literatuuropgave, en hierna § 19.

¹⁴⁹ Bernier Kommentar t.a.p.

¹⁵⁰ men vergelijke de in noot 148 geciteerde auteurs met de beschouwingen van Mazeaud-Tunc en Klang, vermeld in de §§ 10 en 16.

¹⁵¹ Otfinger I blz. 233.

1. (geringe) schuldgraad;
2. medeschuld;
3. noodtoestand van de aansprakelijke;
4. ongewoon hoog inkomen van de benadeelde; ¹⁵²
5. andere omstandigheden.

Naast de aan het „Ermessen” van de rechter toebedeelde functie staat de vrije bewijswaardering door de rechter. In dit opzicht bestaat in Zwitserland nog geen volstreekte uniformiteit. Sommige federale wetten ¹⁵³ geven de rechter de bevoegdheid tot vrije bewijswaardering, doch het Obligationenrecht geeft die bevoegdheid niet ¹⁵⁴. Voorzover een federaal wettelijk voorschrift ontbreekt hangt het telkens van het kantonale procesrecht af hoever de bevoegdheid tot vrije bewijswaardering door de rechter gaat ¹⁵⁵. De processuele vrijheid van de rechter moet echter in een stelsel dat de rechter materieelrechtelijk zo grote vrijheid geeft een minder grote rol spelen dan b.v. in Frankrijk waar de feitelijke rechter zich door zijn „pouvoir souverain” soms een vrijheid van waardering verschaft die het toepasselijke materiele recht hem niet geeft ¹⁵⁶.

In ieder geval vormt het Zwitserse recht het sprekendste voorbeeld van een stelsel waarin rechterlijk „Ermessen” en matigingsbevoegdheid een essentiële rol spelen en men het beginsel van volledige schadevergoeding principieel heeft losgelaten.

§ 18. *Conclusies.*

In hoofdstuk II werd uiteengezet dat het geldende Nederlandse recht niet steeds op het standpunt van volledige schadevergoeding staat, doch in bepaalde gevallen,

¹⁵² cf. art. 62 lid 2 Strassenverkehrsgesetz 1958: „Hatte der Getötete oder Verletzte ein ungewöhnlich hohes Einkommen, so kann der Richter die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände angemessen ermässigen”. In dezelfde zin Atomgesetz 1959, art. 15 lid 3. Zie voorts Oftinger I blz. 244 en II, 2 blz. 645.

¹⁵³ b.v. art. 86 Strassenverkehrsgesetz 1958, art. 20 Eisenbahnhaltspflichtgesetz 1905 en art. 38 Elektrizitätsgesetz 1902, cf. Oftinger I blz. 447 en II, 2 blz. 696.

¹⁵⁴ opvatting van het Bundesgericht, BGE (Bundesgericht-entscheidungen) 54 II blz. 195/196; anders Oftinger I blz. 447/448.

¹⁵⁵ Oftinger I blz. 449.

¹⁵⁶ cf. § 10

in verband met o.m. schuldgraad en draagkracht, de schuldeiser een deel van zijn schade zelf laat dragen. Het met deze paragraaf besloten hoofdstuk heeft laten zien dat in een aantal naburige landen evenzeer afwijkingen van het bedoelde beginsel voorkomen. Zwitserland gaat daarin het verst terwijl daartegenover het Duitse recht zich het zuiverste voor integrale schadevergoeding verklaart. In Frankrijk, België, Nederland, Engeland en Oostenrijk vindt men afwijkingen van het beginsel van matericelrechtelijke of procesrechtelijke aard die hoofdzakelijk met schuldgraad en voorzienbaarheid verband houden. Dat men zich niet te gemakkelijk op het standpunt moet stellen dat integrale schadevergoeding een „beginsel van de natuurlijke zedenwet” en een matigingsrecht „in beginsel fout” ¹⁵⁷ zouden zijn, is al de minste conclusie die men hieruit trekken mag.

IV. VOOR EN TEGEN VAN HET MATIGINGS- RECHT

§ 19. *Algemene aspecten.*

Bij de toelichting op het 10de vraagpunt ¹⁵⁸ werden als gronden voor matiging van schadevergoeding genoemd: geringe mate van schuld, het hoge bedrag van de schade onevenredig aan de mate van schuld, de noodzakelijkheid waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen, een dienstverband dat de noodzakelijkheid met zich brengt risico's op zich te nemen, die men voor zichzelf niet kan of zou willen lopen, wettelijke aansprakelijkheid buiten schuld. De omstandigheden dat de risico's die men tegenwoordig door de sterk toegenomen intensiteit van het verkeer loopt veel groter zijn dan vroeger en iedereen zich daarbij wel eens aan een onvoorzichtigheid of nalatigheid schuldig maakt en daardoor plotseling aan anderen zeer grote schade kan berokkenen en dat men daarnaast voor de daden van anderen aansprakelijk kan zijn, werden genoemd als motief voor moderne wetgevers om niet steeds de toegebrachte schade voor het geheel ten laste van de aansprakelijke persoon te brengen.

¹⁵⁷ cf. § 1.

¹⁵⁸ Zie § 1.

Deze stelling leidt tot twee vragen, n.l. 1) of inderdaad gronden als deze ¹⁵⁹ voldoende reden voor afwijking van het beginsel van volledige schadevergoeding zijn en 2) of, bij bevestigende beantwoording van de eerste vraag, beperking verkregen moet worden door een rechterlijk matigingsrecht dan wel door een genuanceerd stelsel van wettelijke schadevergoedingsregels, bij welke laatste oplossing de wet zelf maatstaf en wijze van reductie zou moeten inhouden. Nu reeds onze huidige wet niet op een standpunt van volledige schadevergoeding onder alle omstandigheden staat en de algemene tendens van onze rechtsontwikkeling leidt tot het steeds verder onderscheiden naar de bijzondere aspecten van het concrete geval, lijkt de eerste vraag mij er hoofdzakelijk een van gradatie, en komt het hoofdzakelijk op de tweede vraag aan: beperking door een rechterlijk matigingsrecht of door vaste wettelijke normen? Dit is een vraag deels van doelmatige wetssystematiek, deels van persoonlijke voorkeur.

Om met het laatste te beginnen: het matigingsrecht offert een deel van de rechtszekerheid op ten gunste van een mate van vrije rechterlijke waardering. Naar gelang die vrijheid groter is, wordt het moeilijker de beslissing des rechters te voorspellen, wordt het verleidelijker voor de debiteur op de gunst des rechters te speculeren, wordt het een hachelijker zaak voor de crediteur en zijn advocaat een aanbod tot vergoeding van een deel van de schade van de hand te wijzen, zal de proceslust van de debiteur worden vergroot, het adviseren worden bemoeilijkt. Voel ik de in de advocatuur levende opvattingen goed aan, dan zal men daar slechts met een zeker onbehagen wettelijke normen met concrete inhoud door vrije rechterlijke waardering vervangen zien, beducht als men is dat dan gunst en ongunst des rechters, zijn soms onvermijdelijke persoonlijke sympathien of antipathien meer dan tot dusverre invloed zullen gaan uitoefenen. Niet te loochenen valt, dat er naast goede en slechte advocaten goede en slechte rechters zijn, en dat een matigingsrecht een sterke wissel op het verantwoordelijkheidsgevoel en juridisch geweten van de rechter trekken zal. Behalve aan een voorkeur voor het beginsel van

¹⁵⁹ die men natuurlijk niet tot het *wegverkeer* behoeft te beperken.

volledige schadevergoeding zal men aan dergelijke overwegingen moeten toeschrijven, dat tot dusverre het matigingsrecht zich ten onzent niet in de onverdeelde gunst van de doctrine heeft mogen verheugen ¹⁶⁰.

Wordt een algemeen matigingsrecht in ons recht geïntroduceerd, dan zal de rechter zich er bewust van moeten blijven, dat zijn taak rechtspraak is, niet het verlenen of weigeren van gunsten op grond van zuiver persoonlijk inzicht. „Wenn das Gesetz im Haftpflichtrecht dem Ermessen so weiten Raum gibt, so vertraut es darauf, dass *Recht* gesprochen und nicht auf das Gefühl und andere ausserrechtliche Quellen und Motive, wie namentlich die Kommiseration, abgestellt wird" ¹⁶¹. De rechter heeft aanspraak op dit vertrouwen en zou men menen dat hij dit niet waard is, dan helpen de beste wetten niet ¹⁶². Natuurlijk zou hij moeten leren met het matigingsrecht te werken maar even zeker zouden zich in de rechtspraak ongeschreven rechtsregels ontwikkelen, die zelfs aan een ruim geformuleerd matigingsrecht grenzen zouden stellen, evenals zich in de ruim 20 jaar die verstreken zijn sedert de HR de smartegeld aanspraak erkend heeft ¹⁶³, normen voor de begroting daarvan ontwikkeld hebben ¹⁶⁴. Tekenend is in dit opzicht wat Oftinger ¹⁶⁵ uit het gezichtspunt van de Zwitserse praktijk hierover schrijft: „Ein unerlässliches Hilfsmittel ist das Studium der führenden Gerichtspraxis; aus ihr lassen sich die erforderlichen Massstäben und Anhaltspunkte zum Vergleichen gewinnen. Wer unverdrossen diesen Weg geht, wird bemerken, dass feste Prämissen und sichere Deduktionen viel weiter führen als er anzunehmen geneigt

¹⁶⁰ cf. Beckhuis a.w. blz. 18 en 26; Slagter a.w. 219/220, 253/267, 354; F. J. de Jong, preadv. blz. 64/67, met daartegenover als meest gepromonceerde voorstanders Meijers, *La révision du code civil néerlandais*, Verz. Prv. Opst. I blz. 199/202 en bij de behandeling van het 10de vraagpunt in de 2e kamer, en Macijer, proefschrift, passim.

¹⁶¹ Oftinger I blz. 444.

¹⁶² Meijers in de 2e Kamer, *Handelingen* blz. 2732; Macijer blz. 100.

¹⁶³ HR 21 mei 1943, NJ 455.

¹⁶⁴ zij het dat m.i. de te geringe omvang waarin de betreffende rechtspraak wordt gepubliceerd onzekerheid in de hand werkt; men vergel. hiertegenover de uitvoerige gegevens over de Belgische rechtspraak bij Dalcq a.w. no's 3728-3763, 3793-3828, 3840-3841.

¹⁶⁵ a.w. I blz. 446.

war, und dass das imponderabile Element der Ermessensentscheide die kleinere Rolle spielt als dem ersten Anschein entspricht."

Bij deze overwegingen voegt zich het gezichtspunt van de doelmatige wetgevingsrechttniek. Tenzij men de meerderheid van de hierna te bespreken matigingsfactoren geheel afwijst, is het ondenkbaar, dat de wetgever met voldoende nuance, klaarheid en precisie in de wet zou kunnen omschrijven onder welke omstandigheden volledige schadevergoeding niet verschuldigd is en naar welke maatstaven beperking zou moeten plaats vinden. Art. 1283 BW is een voorbeeld van zo'n wettelijke regel, maar of het daarin vervatte criterium van voorzienbaarheid bij het aangaan van de verbintenis een juiste verminderingsmaatstaf oplevert, is aan twijfel onderhevig, o.m. omdat deze regel geen rekening houdt met de verhouding tussen schadeomvang en draagkracht van de debiteur enerzijds, met het belang van de crediteur bij volledige schadevergoeding anderzijds: deze factoren kunnen zich zo verhouden, dat ook vergoeding van aanvankelijk niet voorzienbare schade gerechtvaardigd is. Evenzo zou het grote moeilijkheden geven om de beperking van de vergoedingsplicht b.v. in bepaalde gevallen van geringe schuld, bij bijzondere aansprakelijkheidsvormen (risicoaansprakelijkheid, geestelijk gestoorde), bij kosteloos meerijden en andere gevallen van dienstbetoon, in vaste wettelijke formules te vangen. Wenst men in bepaalde gevallen een verminderde aansprakelijkheid, dan heeft men daarom in feite slechts de keus tussen wettelijke schadevergoedingsmaxima en het rechterlijk matigingsrecht. Voor deze keuze gesteld, zou men m.i. aan het soepeler en meer genuanceerde matigingsrecht de voorkeur moeten geven.

Keren wij tenslotte terug tot de vraag in hoeverre men in ons rechtsstelsel dergelijke afwijkingen van het beginsel van de volledige schadevergoeding introduceren moet, dan lijkt enige behoedzaamheid wel geboden. Een overtuigd voorstander van het matigingsrecht als Maeijer geeft overal in zijn boek blijk van de opvatting dat men door matiging billijke resultaten bereiken kan. Dit lijkt mij deels een kwestie van persoonlijke smaak en rechtsgevoel. Niet voor ieder zal het billijkheidsgehalte van

het de debiteur begunstigende matigingsrecht onmiddellijk evident zijn: het leidt tot compromisoplossingen, die een deel van de schade voor rekening van de crediteur laten, en die men niet al te gemakkelijk op het voetstuk van een hogere billijkheid of gerechtigheid moet plaatsen. Niet zelden zullen, wat Macijer en anderen „zwart-wit” of „alles of niets” uitspraken noemen, de voorkeur verdienen.

§ 20. *Eigen standpunt.*

In het voorafgaande ben ik reeds min of meer op het eigen standpunt vooruitgelopen en ik wil dit nader bepalen alvorens na te gaan in welke gevallen een matigingsrecht op zijn plaats zou kunnen zijn. Het gaat hier om vragen waarbij ieders zienswijze mede wordt bepaald door zijn instelling ten opzichte van de verhouding tussen rechtszekerheid en billijkheid, tussen streng recht en soepel recht, crediteursrecht en debiteursrecht. Aan de hier geformuleerde mening, die niet zonder aarzeling gevormd is, kan een zekere relativiteit dan ook niet ontzegd worden. De eigen psychologische structuur van de jurist speelt bij zijn meningsvorming mee.

Onder dit voorbehoud zou ik menen, dat een beperkt rechterlijk matigingsrecht een nuttige rol in onze rechtspleging vervullen kan. Deze mening is in hoofdzaak door drie overwegingen bepaald: in de eerste plaats, dat zich inderdaad soms bij de beoordeling van het concrete geval een spanning tussen algemene rechtsregel en persoonlijk billijkheidsoordeel van de rechter kan voordoen, die men niet steeds kan afdoen met de tegenwerping, dat zij aan buitenjuridische gevoelens van sympathie, antipathie of medelijden moet worden toegeschreven. In de tweede plaats, dat zich zowel in het Nederlandse als in buitenlandse rechtstelsels afwijkingen van het beginsel van volledige schadevergoeding voordoen, die men m.i., bij alle onderlinge verschil, kan terugvoeren op een gemeenschappelijke, zij het niet overal even sterke, West-Europese rechtsovertuiging, dat men niet onder alle omstandigheden van de debiteur volledige schadevergoeding kan verlangen. In de derde plaats, dat het uitgesloten lijkt om in vaste rechtsregels te omschrijven in welke gevallen en naar welke maatstaf de ver-

schuldigde schadevergoeding verminderd zal moeten worden.

De slotsom hieruit is, dat men beperking slechts bereiken kan door de rechter een zekere mate van beoordelingsvrijheid te geven, evenals hij deze heeft wanneer hij aan de hand van criteria als billijkheid, goede trouw, openbare orde, goede zeden, onrechtmatigheid, onredelijkheid omtrent bestaan en omvang van een verbintenis moet oordelen. Deze vrijheid zal echter niet zo ver mogen gaan, dat de rechter in het algemeen naar billijkheid over de omvang van de schadevergoeding oordeelt. Integendeel, men moet niet terugschrikken voor de consequentie, dat wanneer de rechter de aansprakelijkheidsvraag, zij het ook na aarzeling, bevestigend beantwoordt, de vergoedingsplicht in beginsel volledig is. Deze consequentie kan men niet als ethisch inferieur kwalificeren door haar terug te voeren op een aan de wet ten grondslag liggende materialistische opvatting, op automatisme of iets dergelijks. Wie zich onbevredigd voelt omdat het in het vermogensrecht alleen om geld lijkt te gaan, brengt daarin geen verbetering door de schade meer dan tot dusverre tussen partijen te verdelen. De schade verdwijnt daardoor niet en als men te veel deze kant opgaat, kan men tot oplossingen komen, die geen van beide partijen bevredigen en die de van de rechter gevraagde rechtsbeslissingen verlagen tot een kwestie van loven en bieden.

Wenselijk is dus m.i. een stelsel, dat, uitgaande van volledige schadevergoeding bij volledige aansprakelijkheid, matiging alleen toestaat wanneer, met inaanmerkingneming van het belang van de crediteur bij volledige schadevergoeding, daarvoor zeer sterk sprekende billijkheidsargumenten zijn aan te voeren. De wettelijke formulering zal daarbij moeten uitsluiten dat de rechter zijn matigingsbevoegdheid als zuiver discretionair opvat. Bij de uitoefening van zijn matigingsbevoegdheid geeft de rechter een rechtsbeslissing, afhankelijk van de wet en van door de rechtspraak te ontwikkelen ongeschreven rechtsregels, die in cassatie voor een althans marginale toetsing vatbaar zijn ¹⁶⁶.

¹⁶⁶ cf. H. K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (rede, 1963), blz. 15; *Oftinger* I blz. 443/477.

Een aldus geregeld matigingsrecht zal het enerzijds de rechter mogelijk maken met de omstandigheden van het concrete geval rekening te houden, wanneer de spanning tussen algemene rechtsregel en concrete billijkheid te groot wordt, en dit op een wijze waarvoor hij in zijn vonnis kan uitkomen, anderzijds de rechter nopen zich van zijn beslissing en haar draagwijdte volledig rekenschap te geven, in het bewustzijn dat matiging wat anders moet zijn dan gunstbetoon op kosten van de benadeelde. Voorts zal deze escape-mogelijkheid de rechterlijke verantwoordelijkheid minder zwaar doen wegen, wanneer de aansprakelijkheidsvraag op de punt van een naald ligt, de consequenties van volledige aansprakelijkheid voor de gedaagde uitzonderlijk ernstig zouden zijn, en sterke billijkheidsargumenten rechtvaardigen dat de benadeelde een deel van de schade zelf draagt. De mogelijkheid van matiging kan dan voorkomen dat de rechter bezwijkt voor de verleiding een andere beslissing te geven dan hij in juridisch opzicht de juiste acht.

Op de omstandigheden die bij een beroep op matiging een rol kunnen spelen wordt in de volgende paragrafen ingegaan.

§ 21. *Schuldgraad.*

Bij de matiging waartoe de Zwitserse rechter bevoegd is, speelt de schuldgraad een belangrijke rol. Tussen schuld en schadevergoedingsomvang moet evenredigheid bestaan¹⁶⁷. Deze opvatting leidt ertoe, dat bij lichte schuld de schade niet volledig wordt vergoed. Tot haar verdediging wordt meestal aangevoerd, dat de billijkheid vergt verband te leggen tussen de ernst van het vergrijp en de zwaarte van de sanctie. Hiernaast is gewezen op de betekenis van het meewerkende toeval: schade die geheel aan toeval te wijten is wordt geheel door de benadeelde gedragen, schade die in zo grote mate aan schuld van een derde te wijten is dat de toevalsfactoren daarnaast betekenis verliezen moet geheel door de schuldige worden vergoed. In het tussen deze uitersten gelegen gebied waarin naast lichte schuld belangrijke toevalselementen tot het ontstaan van de schade bijdroegen, zou de bena-

¹⁶⁷ Otfinger I blz. 233, 235; Berner Kommentar blz. 240.

deelde met gedeeltelijke vergoeding genoeg moeten nemen ¹⁶⁸.

De evenredigheidsleer is in Nederland met overtuiging verdedigd door A. J. Marx ¹⁶⁹.

Maeijer ¹⁷⁰, die een meer genuanceerd standpunt inneemt, meent toch dat het erkennen van lichte schuld als matigingsgrond in uitzonderingsgevallen het gevaar van „automatisme en materialisme in het schadevergoedingsrecht doeltreffend zal bestrijden.”

Door de meeste schrijvers ten onzent wordt de evenredigheidsleer echter verworpen en matiging op grond van lichte schuld alleen niet wenselijk geacht, terecht m.i. ¹⁷¹ In de eerste plaats lijkt het mij juist, dat het eisen van evenredigheid tussen het vergrijp en de schadevergoeding als sanctie daarop een onwenselijk strafrechtelijk element in het burgerlijk recht zou brengen, ook al bestaat die sanctie nimmer in het moeten vergoeden van meer dan de werkelijke schade. In de tweede plaats wordt de onhoudbaarheid van de evenredigheidsleer n.m.m. bepaald door het feit, dat in geval van burgerrechtelijke aansprakelijkheid nu eenmaal gelijke fouten niet tot gelijke sancties kunnen leiden. De omvang van de sanctie wordt primair bepaald door de grootte van de schade en soms veroorzaken kleine fouten grote schade en grote fouten slechts kleine schade ¹⁷². In de derde plaats is er een groot terrein, waarop de eis van evenredigheid tussen schuld en vergoedingsplicht onvermijdelijk faalt: daar waar de aansprakelijkheid niet op schuld berust of schuld niet bewezen behoeft te worden, het terrein niet alleen van de risicoaansprakelijkheid en de schuldvermoedens, maar ook van die gevallen van wanprestatie waarbij persoonlijke verwijtbaarheid van de debiteur ont-

¹⁶⁸ cf. Beekhuis, rede, blz. 21/24, Maeijer blz. 184 v; Oftringer I blz. 246/249.

¹⁶⁹ Vaststelling der schuldmaten in de burgerlijke rechtspleging. W. 12404, zie ook W. 12426; bestreden door A. Wolfsbergen, W. 12411 en 12438, en L. D. Pels Rijcken W. 12423.

¹⁷⁰ a.w. blz. 133. -

¹⁷¹ cf. o.m. J. J. Hijmans van den Bergh, Redelijkheid of gebruikelijkheid van aansprakelijkheidsverzekering in verband met de vraagpunten 10 en 12 in zake een nieuw BW, Het Verzekeringsarchief XXXI (1954), blz. 141 v., in het bijzonder blz. 146/147; Slagter a.w. blz. 258/260.

¹⁷² cf. Beekhuis, rede, blz. 22.

breekt doch deze niettemin op overmacht geen beroep kan doen, zoals bij het tekortschieten van „Hilfspersonen”, bij garantieplichten en bij verhindering van de prestatie door omstandigheden die voor risico van de debiteur zijn. Tenslotte vraagt men zich af hoe de evenredige vermindering van aansprakelijkheid wegens medeschuld zou moeten worden ingepast in een stelsel, waarin reeds geringe schuld zonder enige medeschuld van de benadeelde tot vermindering van de vergoedingsplicht leidt.

Daarom moet de regel worden gehandhaafd, dat ook lichte schuld volledige aansprakelijkheid medebrengt en de schuldgraad zonder meer geen invloed heeft op de omvang van de schadevergoeding. Dit betekent intussen niet, dat de schuldgraad voor het matigingsrecht zonder betekenis zou zijn. Met toepassing van de gedachte die ten grondslag ligt aan art. 1283 BW en de bestaande wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen, zou men als regel moeten aanvaarden, dat het bestaan van niet meer dan lichte schuld voorwaarde is voor matiging op grond van andere bijkomende omstandigheden, zoals de grootte en onvoorzienbaarheid van de schade in verband met de draagkracht van de aansprakelijke ¹⁷³.

§ 22. *Schadeomvang en draagkracht. Mate van de matiging.*

De vraag of matiging wenselijk is zal zich veelal pas opdringen wanneer de schadeomvang groot is in verhouding tot de draagkracht van de aansprakelijke. Zelfs schijnt mij bij lichte schuld of bij aansprakelijkheid buiten eigen schuld een onevenredige verhouding tussen het schadebedrag en de draagkracht van de debiteur de matigingsgrond bij uitstek: als „stand, fortuin en omstandigheden” is hij ons reeds uit de artt. 1406 en 1407 BW bekend. Hoe ver moet de draagkracht tekort schieten wil men haar als matigingsgrond in aanmerking nemen? Art. 44 Zwitsers OR, nagevolgd door art. 6.1.9.7 van het ontwerp, noemt „Notlage” als afzonderlijke matigingsgrond en daarvan zou naar Zwitserse opvatting niet gesproken kunnen worden „solange pfändbares Vermögen

¹⁷³ idem blz. 24/25.

vorhanden" ¹⁷⁴. Hierbij moet men echter bedenken dat de artt. 43 en 44 OR ook zonder dat van „Notlage" sprake is op andere gronden matiging toestaan. M.i. behoort de rechter de verminderde draagkracht van de debiteur in aanmerking te kunnen nemen, voordat de noodtoestand-limiet bereikt wordt. Of en in hoeverre hij dat zal doen zal afhangen van de verdere omstandigheden van het geval, zoals de aard van de verbintenis, de persoon van de debiteur ¹⁷⁵, de draagkracht van de crediteur en diens belang bij volledige schadevergoeding ¹⁷⁶. Een schadevergoeding van f 25.000,— verschuldigd door een schuldenaar zonder vermogen en een inkomen uit arbeid van f 15.000,— 's jaars zal eerder gematigd worden wanneer zij voortkomt uit een voor een kapitaalcrachtige crediteur voordelige transactie in onroerend goed, dan wanneer zij voor een weduwe en haar kinderen het verlies van de kostwinner goed moet maken.

Intussen zal men in de matigingsbevoegdheid niet een instituut mogen zien, dat ieder verschil tussen de draagkracht van de debiteur en de omvang van de schade kan overbruggen. Het toegewezen bedrag zal in een redelijke verhouding tot de werkelijke schade moeten staan; matiging mag niet ontaarden in kwietschelding. Al naar gelang de omstandigheden kan een beperking met 10 tot 50% nog aanvaardbaar zijn, doch veel verder zal de rechter niet kunnen gaan zonder zijn uitspraak tot een volledige miskenning van de rechten van de crediteur te maken. Hetzelfde geldt in versterkte mate wanneer de debiteur inderdaad aanvoert dat betaling van volledige schadevergoeding hem in een noodtoestand zou brengen. Dikwijls zal de rechter dan de tegenstrijdige belangen van partijen niet door uitoefening van zijn matigingsrecht op redelijke wijze met elkaar kunnen verzoenen. Boven-

¹⁷⁴ Oftinger 1 blz. 242, met verwijzingen naar arresten van het Bundesgericht.

¹⁷⁵ cf. G. J. Scholten, rede blz. 19, die de matiging geheel op barmhartigheid terugvoert en meent dat deze ten aanzien van een rechtspersoon niet past.

¹⁷⁶ cf. Boekhuis, rede blz. 17: het vorderen van volledige schadevergoeding voor een crediteur die door eigen welstand slechts gering belang bij volledige vergoeding heeft, zou rechtsmisbruik kunnen opleveren; zie ook de noot van Rutten bij HR 20 dec. 1957, NJ 1958, 68.

dien kan men zich daarvoor andere oplossingen dan het matigingsrecht denken. Reeds thans verklaart de wet bepaalde vermogens- en inkomensbestanddelen niet vatbaar voor beslag om aan de debiteur een zeker bestaansminimum te waarborgen. Aanvaardt men dat de schadevergoeding door de rechter niet mag worden teruggebracht tot een bedrag dat niet meer in redelijke verhouding tot de schade staat, dan zou men wel kunnen overwegen de rechter de bevoegdheid te geven in zijn uitspraak te bepalen dat deze slechts tot zeker bedrag ten uitvoer kan worden gelegd tenzij hij later anders beslist. Een zelfde bevoegdheid zou kunnen worden toegekend aan de president in kort geding indien de debiteur niet voor het vonnis op zijn onvoldoende vermogenstoestand beroep gedaan heeft. Langs deze weg zou tevens een moeilijkheid ondervangen kunnen worden die aan de matiging wegens beperkte draagkracht of noodtoestand verbonden is: zij moet zich richten naar de financiële positie van de debiteur op het moment van de uitspraak, doch de debiteur kan later tot meerdere welstand geraken. In Zwitserland is op deze grond de mogelijkheid van een „Nachklage” bepleit¹⁷⁷. Natuurlijk kan de rechter matiging weigeren wanneer te voorzien valt, dat er in de financiële omstandigheden van de debiteur verbetering zal komen, b.v. omdat deze een nalatenschap in het vooruitzicht heeft of nog slechts aan het begin van zijn carrière staat¹⁷⁸.

Tenslotte verdient opmerking dat bijzondere voorzichtigheid met matiging wegens beperkte draagkracht wenselijk is, wanneer faillissement van de debiteur mogelijk lijkt. De crediteur wordt nog eens extra benadeeld, wanneer de uitkering die hij uit het faillissement of krachtens accord ontvangt, berekend moet worden over een reeds door de rechter gematigde schadevergoeding.

§ 23. *Onvoorzienbaarheid van het schadebedrag.*

De vraag naar de voorzienbaarheid van schadeoorzaak en schadebedrag kan op verschillende wijzen een rol spelen. In de eerste plaats bij de beoordeling van

¹⁷⁷ cf. Oftinger I blz. 243; Beekhuis blz. 18.

¹⁷⁸ cf. Macijer blz. 137/138.

schuld en oorzakelijk verband: dan beslist het antwoord over de aansprakelijkheid voor de schade of onderdelen daarvan. In de tweede plaats als van schuld en oorzakelijk verband losgemaakt zelfstandig vereiste ter bepaling van de vergoedbare schade: aldus doet art. 6.1.9.4. van het ontwerp het ¹⁷⁹. In deze beide gevallen is de voorzienbaarheid op het ogenblik van de handeling beslissend en behoeft men tussen wanprestatie en onrechtmatige daad geen onderscheid te maken. In de derde plaats echter kan de onvoorzienbaarheid van de schade een factor zijn die leidt tot beperking van de vergoedingsplicht tot beneden hetgeen de wet overigens als vergoedbare schade beschouwt. Dit aspect komt in art. 1283 BW naar voren.

In hoeverre in enig rechtssysteem onvoorzienbaarheid van de schade als matigingsfactor in aanmerking kan komen hangt van verschillende factoren af. Stelt de wet zonder beperking de eis van voorzienbaarheid op het ogenblik van wanprestatie of onrechtmatige daad, niet alleen wat de schadeoorzaak betreft, doch ook wat de schadeomvang aangaat, dan kan alleen nog onvoorzienbaarheid op een eerder tijdstip, d.w.z. bij het aangaan van de verbintenis, een rol spelen. Dan heeft onvoorzienbaarheid als matigingsfactor alleen nog voor wanprestatie betekenis. In de toelichting op art. 6.1.9.4. is door het driemanschap gesteld, dat reeds naar geldend recht de beperking van de vergoedingsplicht tot de voorzienbare gevolgen van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet slechts op de elementen van de schade doch ook op het bedrag daarvan betrekking heeft ¹⁸⁰. Deze opvatting is door Maeijer ¹⁸¹ m.i. terecht bestreden. Rechtspraak en doctrine bieden een meer genuanceerd beeld. Met name bij lichamelijk letsel en dood zal, als de onrechtmatige daad van dien aard was, dat letsel niet geheel buiten de sfeer van redelijkerwijs te verwachten gevolgen lag, het feit dat de concrete gevolgen van het letsel door b.v. de ziekelijke aanleg van het slachtoffer ernstiger blijken dan zich liet voorzien, de

¹⁷⁹ cf. de Toelichting blz. 562.

¹⁸⁰ Toelichting blz. 563, met beroep op HR 27 nov. 1919, NJ 1920, 70, dat echter alleen over art. 1283 BW handelde; cf. ook de Toelichting blz. 650 ad art. 6.3.2. lid 1.

¹⁸¹ a.w. blz. 216.

aansprakelijkheid van de dader voor de daaruit voortkomende grotere schade niet snel doen vervallen¹⁸². Dat het driemanschap bedoeld zou hebben voorzienbaarheid van de schade in al zijn onderdelen en tot op het werkelijke schadebedrag te verlangen, kan ik niet aannemen. Ik veronderstel, dat ook onder het nieuwe BW de mogelijkheid behouden blijft, dat de vergoedbare schade meer beloopt dan op het ogenblik van de handeling te voorzien was.

Of bij wanprestatie onvoorzienbaarheid van de schade bij het aangaan van de verbintenis een matigingsfactor moet zijn, hangt er o.m. van af of de wet het mogelijk maakt bij veranderde omstandigheden de primaire prestatieplicht te wijzigen of te doen vervallen. Naar mate deze mogelijkheid ruimer is, is de kans kleiner, dat wanprestatie financiële consequenties heeft, die de schuldenaar aanvankelijk niet heeft kunnen voorzien. Onder het geldende recht kan bij veranderde omstandigheden in het algemeen niet met een beroep op een „*clausula rebus sic stantibus*” of op goede trouw en billijkheid het overeengekomene geheel of gedeeltelijk terzijde worden gesteld¹⁸³. Daartegen vindt de niet-arglistige schuldenaar soms een beperkte bescherming in art. 1283 BW. Echter ook als de wet in dit opzicht verruimd wordt en wijziging van het overeengekomene op grond van onvoorziene omstandigheden mogelijk wordt¹⁸⁴, zal schade kunnen ontstaan, die bij het aangaan der verbintenis niet, maar bij de wanprestatie wel voorzienbaar was. Daarvoor is reeds voldoende, dat bijzondere schade voortvloeit uit omstandigheden die na het aangaan van de verbintenis aan de schuldenaar bekend zijn geworden, zoals b.v. een door zijn wederpartij met diens schuld-eiser overeengekomen onereus boetebeding.

Ik zou daarom menen, dat ook onder een andere dan onze huidige wet bij de beoordeling of in concreto matiging van de schadevergoeding moet plaatsvinden, de onvoorzienbaarheid van de schade in aanmerking zal kunnen

¹⁸² cf. Hofmann-Drion-Wiersma blz. 118, met rechtspraak.

¹⁸³ Asser-Rutten III, 2 blz. 265/273 en Hofmann-van Opstall, blz. 115/116 en 445/446, beiden met opgave van rechtspraak; Macijer blz. 155/156.

¹⁸⁴ art. 6.5.3.11.

worden genomen, tesamen met andere factoren. Een op zichzelf reeds voldoende matigingsgrond, los van draagkracht en andere omstandigheden, zou ik er niet van willen maken. Evenmin deel ik de mening van Maeijer¹⁸⁵, dat deze matigingsgrond zou kunnen opgaan in de lichte schuld, die ik als zelfstandige matigingsgrond afwijs.

§ 24. *Dienstverband en beroepsuitoefening*¹⁸⁶.

In de toelichting op het 10de vraagpunt is het risico verbonden aan een dienstverband als grond voor matiging genoemd. Hierbij valt te denken zowel aan de ambtenaar in dienst van de overheid als aan de werknemer in dienst van een particuliere werkgever, rechtspersoon of niet. Een sprekend voorbeeld is de chauffeur, die bij aanrijdingsschaden het voorwerp kan zijn zowel van een actie tot schadevergoeding van benadeelde derden als van een regresactie van zijn principaal¹⁸⁷. Heersende opvatting is thans, dat ambtenaren en organen van privaatrechtelijke rechtspersonen voor door hen in hun functie begane onrechtmatige daden persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn¹⁸⁸. Wanneer de rechtspersoon door zijn orgaan wanprestatie pleegt, kan die handeling tevens een onrechtmatige daad zijn van de natuurlijke persoon die als orgaan optreedt¹⁸⁹. Bij de door art. 1403 BW beheerste aansprakelijkheid van de werkgever is naar de heersende leer de eigen aansprakelijkheid van de ondergeschikte voorwaarde en dus steeds gegeven¹⁹⁰. Soms maakt het regresrecht van de werkgever plaats voor zijn spiegelbeeld, n.l. wanneer uit de arbeidsovereenkomst of ambtenaarsverhouding voortvloeit dat de werkgever de scha-

¹⁸⁵ a.w. blz. 152.

¹⁸⁶ cf. Maeijer blz. 161/171.

¹⁸⁷ niet steeds wordt de aansprakelijkheid van de chauffeur door verzekering gedekt.

¹⁸⁸ cf. Asser-Rutten III, 2 blz. 579/583; preadviezen NJV 1939 van P. W. Kamphuisen en F. M. Westcrouen van Meeteren; HR 25 nov. 1927, NJ 1928, 364, noot P.S.; 6 jan. 1933, NJ 593, noot P.S. (houtvester); 26 mei 1933, NJ 870, noot E.M.M. (faill. curator).

¹⁸⁹ HR 31 jan. 1958, NJ 251, noot Kingma Boltjes.

¹⁹⁰ cf. G. H. A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (1963), blz. 291.

delijke gevolgen van bepaalde lichte fouten van de werknemer voor zijn rekening neemt ¹⁹¹.

In al deze gevallen gaat het om vragen van aansprakelijkheid in het normale maatschappelijk verkeer en de daaraan verbonden risico's behoren niet op zichzelf grond voor beperking van schadevergoeding op te leveren. Voorzover een gegeven rechtsorde persoonlijke aansprakelijkheid van handelend orgaan of ondergeschikte aanneemt, vergt m.i. geen overweging van billijkheid matiging van schadevergoeding toe te laten, wanneer daarop niet in verband met algemeen geldende gronden, als draagkracht, schade-omvang en onvoorzienbaarheid bij lichte schuld, beroep gedaan zou kunnen worden ¹⁹². Dit doet niet af aan het feit, dat het anderzijds van het wel of niet bestaan van een algemeen matigingsrecht kan afhangen of er behoefte aan is bijzondere bepalingen betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van als orgaan, ambtenaar of ondergeschikte handelende personen in de wet op te nemen. In het antwoord op de vraagpunten 14 en 14A werden bijzondere bepalingen voor deze gevallen op grond van het algemeen matigingsrecht overbodig geoordeeld ¹⁹³. Het algemeen matigingsrecht is echter uit het ontwerp verdwenen, zonder dat daarvoor bijzondere bepalingen voor deze categorie van personen in de plaats zijn gekomen.

Het vorenstaande berust op de opvatting, dat men vragen van aansprakelijkheid en van matiging van schadevergoeding niet te veel doorren moet halen. Het matigingsrecht moet niet een panacée voor moeilijke gevallen worden, die het de rechter mogelijk maakt principiële beslissingen uit de weg te gaan. Dit geldt nog in sterkere mate voor de aansprakelijkheid van beoefenaars van vrije beroepen. Wanneer die aansprakelijkheid wordt

¹⁹¹ het omgekeerd regres is m.i. de consequentie van HR 26 juni 1959, NJ 551, noot L.E.H.R.; cf. ook art. 6.3.8 lid 3 en de Toelichting, blz. 675/676.

¹⁹² anders Beekhuis blz. 20, die echter een algemeen matigingsrecht destijds van de hand wees, en Westerouwen van Meeteren, preadv. blz. 47, 49 en 50, die van het niet bestaan van een algemeen matigingsrecht moest uitgaan.

¹⁹³ Kamerstukken 2846 no. 3 blz. 13 no. 9 blz. 3, no. 11 blz. 5/6, Handelingen 2e Kamer 1952/'53 blz. 2751.

aangenomen¹⁹⁴, dient de vergoedingsplicht in beginsel volledig te zijn en niet op grond van de risico's van het vrije beroep alleen gematigd te worden¹⁹⁵. Een reden te meer voor deze opvatting is, dat de benadeelde nergens anders dan bij de beroepsbeoefenaar of diens aansprakelijkheidsverzekeraar¹⁹⁶ verhaal voor zijn schade kan vinden, en dat te onzent in de praktijk slechts bij min of meer aanmerkelijke fouten of verzuimen tot aansprakelijkstelling wordt overgegaan.

§ 25. *Dienstbetoon*.¹⁹⁷

Het gaat hier om gevallen als kosteloos meerijden, zaakwaarneming, lastgeving en bewaarneming om niet, kosteloos verstrekte adviezen en dergelijke handelingen uit welwillendheid¹⁹⁸. Hierin is m.i. een typische matigingsgrond gelegen. Het rechtsgevoel zegt, dat de belangeloosheid van de schuldenaar bij de beoordeling van de gevolgen van zijn fouten niet buiten beschouwing mag blijven, doch het zal dikwijls te ver gaan op deze grond iedere aansprakelijkheid te doen vervallen. Een beperking van de vergoedingsplicht biedt dan een billijke tussenoplossing. In § 7 onder e. is reeds op tendensen in deze richting gewezen. Anders dan bij de in de vorige paragraaf besproken gevallen, waarbij het accent veel meer valt op de principiele vraag of aansprakelijkheid wel of niet bestaan moet, acht ik hier een compromis tussen volledige en in het geheel geen vergoeding wel aanvaardbaar.

In aanvulling op het in § 17 medegedeelde wordt hier nog vermeld dat de mogelijkheid van matiging bij de „Gefälligkeitsfahrt” in het Zwitserse recht buiten de artt. 43 en 44 OR regeling heeft gevonden, eerst in

¹⁹⁴ op de vraag welke mate van schuld daarvoor vereist is, ga ik hier niet in.

¹⁹⁵ anders oordelen Beekhuis blz. 21 en Maeijer blz. 166 v.

¹⁹⁶ bij sommige vrije beroepen is verzekering vrij gebruikelijk.

¹⁹⁷ cf. Maeijer blz. 188/195.

¹⁹⁸ vanzelfsprekend betekent het feit dat geen beloning bedongen is niet steeds, dat de handeling uitsluitend het belang van de crediteur diende: een lastgeving om niet kan in het belang van de lasthebber zijn; het kosteloos vervoer kan uit een dienstbetrekking voortvloeien of anderszins het belang van de vervoerder dienen.

art. 37 lid 4 Motorfahrzeuggesetz 1932, thans in art. 59 lid 3 Strassenverkehrsgesetz 1958¹⁹⁹. Naar Zwitserse opvatting is de toepassing van welwillendheid als matigingsgrond niet tot het wegverkeer beperkt. Bij andere schadevergoedingsverplichtingen kan matiging uit deze hoofde worden gegrond op het woord „Umstände” in de artt. 43 en 44 OR²⁰⁰.

§ 26. Noodzaak om snel te beslissen.

Bij de toelichting op het 10de vraagpunt werd als grond voor matiging ook genoemd de noodzaak waarin de aansprakelijke verkeerde om snel een beslissing te nemen. Uit het oogpunt van matiging van schadevergoeding zijn deze gevallen natuurlijk alleen van belang als de genomen beslissing achteraf zo onjuist blijkt, dat op grond daarvan aansprakelijkheid moet worden aangenomen. De noodzakelijkheid om in een kritieke situatie snel te handelen, kan immers ook tot de conclusie leiden dat schuld ontbreekt, ook al is schade ontstaan. Vooral uit het verkeersrecht is de rechtspraak bekend, dat wie door een fout van een ander gedwongen wordt een onmiddellijke beslissing te nemen en daarbij een minder gelukkige keus doet om het gevaar te bezweren, in het algemeen geen schuld heeft²⁰¹.

Waren de feiten niet van dien aard, dat aansprakelijkheid geheel ontbreekt, dan zie ik geen grond om aan de omstandigheid, dat de aansprakelijke snel moest handelen meer betekenis toe te kennen dan aan andere factoren die de mate van verwijtbaarheid bepalen. Als zelfstandige matigingsgrond lijkt het mij onvoldoende. Wel kan er soms aanleiding zijn tot de conclusie, dat er slechts

¹⁹⁹ „Ist der Verletzte oder Getötete aus Gefälligkeit unentgeltlich mitgeführt worden oder war ihm das Fahrzeug aus Gefälligkeit unentgeltlich überlassen, so kann der Richter die Entschädigung ermässigen oder, bei besonderen Umständen, ausschliessen; dies gilt auch für den Schaden an Sachen, die der Geschädigte mitführte”. zie voorts Oftinger I blz. 245/246; II,2 blz. 638/645; Maeijer blz. 193.

²⁰⁰ Oftinger I blz. 240.

²⁰¹ cf. HR 6 nov. 1959, NJ 1960, 104 (noot L.E.H.R. met vermelding van verdere rechtspraak); Asser-Rutten III, 2 blz. 472; Hofmann-Drion-Wiersma, blz. 111.

geringe of lichte schuld is en kan deze tesamen met typische matigingsgronden ontleend aan de omvang en voorzienbaarheid van de schade en de financiële omstandigheden der partijen matiging rechtvaardigen. Bovendien zal in veel gevallen van onjuiste snelle beslissingen ook de wederpartij schuld hebben en dus reeds op grond van medeschuld de schade over partijen worden verdeeld ²⁰².

§ 27. *Aansprakelijkheid buiten schuld.*

Men kan de gevallen waarin iemand voor schade aansprakelijk is zonder dat zijn schuld bewezen moet worden, verdelen in drie groepen:

1. gevallen waarin de schuldenaar voor de niet-nakoming van een verbintenis aansprakelijk is, hoewel persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt, b.v. omdat de niet-nakoming bestaat in de schending van een garantieplicht, te wijten is aan gedragingen van personeel of andere „Hilfspersonen”, moet worden toegeschreven aan omstandigheden waarvoor de debiteur het risico draagt.
2. gevallen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad krachtens een vermoeden van schuld: ouders en voogden voor de daden van minderjarige kinderen, onderwijzers en werkmeesters voor de daden van hun pupillen, schade door dieren aangericht.
3. risico-aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de werkgever voor de onrechtmatige daden van zijn ondergeschikten, schade door instorting van een gebouw, de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van een automobiel ²⁰³.

Deze onderscheidingen kan men maken niet alleen voor het geldende recht, maar ook voor het ontwerp zesde boek, men zie de artt. 6.1.8.1., 6.1.8.2. en 6.1.8.3. voor de mogelijkheid, dat de schuldenaar aansprakelijk is hoewel de niet-nakoming van de verbintenis hem niet te verwijten valt; de artt. 6.3.7. en 6.3.11. voor de aansprakelijkheid voor kinderen en dieren, de artt. 6.3.8., 6.3.9., 6.3.10., 6.3.14., 6.3.15. en 6.3.16. voor de aansprakelijkheid voor ondergeschikten en voor niet-onder-

²⁰² cf. ook Toelichting blz. 566 en hieronder § 35.

²⁰³ aan de vraag of deze laatste naar geldend recht als een echte risico-aansprakelijkheid moet worden beschouwd ga ik voorbij.

geschikte opdrachtnemers, voor gebouwen, voor automobielen en voor andere gevaarlijke voorwerpen of producten.

N.m.m. mag aansprakelijkheid zonder persoonlijke verwijtbaarheid op zichzelf geen grond tot matiging zijn²⁰⁴. De grond waarop de aansprakelijkheid berust en die waarom matiging plaats vindt, kunnen niet samenvallen zonder dat de wetgever met zichzelf in tegenspraak komt. De matiging moet worden gerechtvaardigd door een bijkomende factor, die maakt dat de, in normale gevallen aanvaardbare, onbeperkte aansprakelijkheid zonder schuld in concreto met het billijkheidsgevoel in strijd komt. Natuurlijk kan de spanning tussen billijkheid en algemene rechtsregel bij aansprakelijkheid buiten schuld wel eens een meer geprononceerd karakter hebben. Anderzijds kan men zich heel goed gevallen van schuldaansprakelijkheid voorstellen, waarin men matiging zou wensen, en gevallen van aansprakelijkheid zonder schuld waar deze ongemotiveerd lijkt. Voor de matigingsvraag komt het aan op de bijkomende omstandigheden: grote of kleine schadeomvang, mate van voorzienbaarheid, financiële omstandigheden van partijen, belang van de benadeelde, handelen uit welwillendheid. Deze zijn het die bepalen of er in concreto spanning tussen recht en billijkheid optreedt. Laat men de invloed van verzekering buiten beschouwing, is er dan zoveel meer reden tot matiging bij de risico-aansprakelijkheid van de automobieleigenaar dan bij de schuldaansprakelijkheid van de wielrijder, die door een lichte verkeersfout even grote schade heeft veroorzaakt? Ik meen dus, dat er onvoldoende grond is onderscheid te maken naar gelang de aansprakelijkheid al dan niet op (bewezen) schuld berust en ik zou ook bij aansprakelijkheid buiten schuld alleen op voor het matigingsrecht karakteristieke factoren willen letten²⁰⁵.

Behandeling verdient hier nog de vraag of bij aansprakelijkheid voor de handelingen van anderen, matiging

²⁰⁴ evenzo Maetjier blz. 134 en 218.

²⁰⁵ Beekhuis, blz. 25 en de Toelichting op art. 6.3.17., blz. 702/703 menen dat de aansprakelijkheid buiten schuld wel afzonderlijke behandeling verdient, doch zij brengen daarbij anderzijds onmiddellijk „het al te hoog oplopen van de schadevergoeding”, onderscheidenlijk de „vermogenstoestand van beide partijen” ter sprake.

alleen mogelijk is op grond van factoren bij de aansprakelijke of ook op grond van factoren bij de handelende persoon. Deze vraag beantwoord ik in eerstbedoelde zin. Zo doet m.i. voor de omvang van de vergoedingsplicht van de werkgever niet ter zake dat de ondergeschikte uit welwillendheid heeft gehandeld evenmin als het verschil moet maken of aan de ondergeschikte opzet, grove schuld of slechts lichte schuld verweten kan worden. De gezindheid van de dader mag in de verhouding tussen aansprakelijke en benadeelde noch ten gunste noch ten ongunste gewicht in de schaal leggen. Hetzelfde geldt a fortiori voor de draagkracht van de dader: of de schade zo groot is, dat matiging moet plaats vinden kan slechts naar de draagkracht van de aansprakelijke worden beoordeeld. Alleen matigingsgronden ontleend aan het schadeveroorzakende feit zelf, zoals een verwijderd oorzakelijk verband, gesteld dat men dergelijke matigingsgronden aanvaarden wil, zouden in aanmerking kunnen worden genomen ongeacht of de dader dan wel de aansprakelijke derde is aangesproken ²⁰⁶.

§ 28. *Overmachtsituaties.*

Hiervoor is er reeds op gewezen, dat de behoefte aan matiging van schadevergoeding in verband met onvoorziene schadeomvang mede bepaald wordt door de mogelijkheid om bij onvoorziene omstandigheden het overeengekomene geheel of gedeeltelijk ter zijde te stellen of te wijzigen. Onder het geldende recht is dit in het algemeen niet mogelijk, noch langs de weg van de goede trouw noch langs die van de overmacht. Volgens art. 6.5.3.11 van het ontwerp zal de rechter echter bevoegd zijn op vordering van een van de partijen een overeenkomst te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden „op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn, dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten”, en die omstandigheden niet „krachtens de in het verkeer geldende

²⁰⁶ cf. Maeijer blz. 174 en 178, die het handelen uit welwillendheid echter beschouwt als een factor die op de schadeveroorzakende daad zelf betrekking heeft.

opvattingen voor ... rekening (van de debiteur) komen". Daarnaast bepaalt art. 6.5.3.10 dat het overeengekomene buiten toepassing blijft „voorzover in de gegeven omstandigheden een beroep op het in een overeenkomst bepaalde onbetamelijk zou zijn". De grenzen van de toepassingsgebieden van de beide artikelen zullen in de praktijk wellicht niet scherp te trekken zijn evenmin als het verschil in nuance tussen de beide criteria (onbetamelijkheid tegenover maatstaven van redelijkheid en billijkheid) in de praktijk gemakkelijk tot zijn recht zal komen²⁰⁷. Niettemin zullen deze bepalingen aanpassing van de overeenkomst in aan overmacht grenzende situaties mogelijk maken, niet alleen wanneer de nakoming, zonder bepaald onmogelijk te worden, uitermate bezwaarlijk is, doch ook reeds wanneer bij een wederkerige overeenkomst de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties in ernstige mate is verstoord²⁰⁸. Deze mogelijkheid van aanpassing van de inhoud van de primaire verbintenis, zal de kans op wanprestatie met bij het aangaan van de verbintenis onvoorzienbare schade aanmerkelijk verkleinen. Niettemin zullen er grensgevallen blijven, waar de onvoorziene omstandigheden voor rekening van de debiteur komen en noch beroep op overmacht gedaan noch wijziging van de overeenkomst gevorderd kan worden. Moet nu in gevallen op het randgebied van de overmacht op die grond matiging mogelijk zijn? Het is betoogd door Maeijer²⁰⁹, die naast de mogelijkheid van wijziging van de primaire prestatieplicht ook wil „nuanceren via de schadevergoedingsplicht". Daarbij betreft hij in zijn argumentatie de opvatting van Meijers, dat in overmachtsgevallen de keus niet behoort te gaan tussen het geheel in stand laten van de prestatieplicht — met eventuele vervangende schadevergoeding bij wanprestatie — en het geheel laten vervallen daarvan zonder enigerlei vergoeding voor de crediteur, maar dat de mogelijkheid moet bestaan op gronden van billijkheid een gedeeltelijke schadevergoeding toe te kennen, hoewel de prestatie zelf

²⁰⁷ cf. J. C. van Oven, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek, Goede trouw, redelijkheid, billijkheid, betamelijkheid; WPNR 4718, op blz. 171/172.

²⁰⁸ cf. Toelichting, blz. 772/773.

²⁰⁹ a.w. blz. 155/161

niet meer geleverd kan worden ²¹⁰. Deze opvatting heeft geleid tot art. 6.1.8.4. van het ontwerp, dat bepaalt dat bij overmacht de schuldenaar aan de schuldeiser diens schade vergoeden moet voor zover hij „in verband met de tekortkoming voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad” ²¹¹. M.i. gaat het hier om twee verschillende vragen. Maeijer wil de mogelijkheid van matiging van schadevergoeding in grensgevallen waarin het beroep op overmacht faalt, Meijers en art. 6.1.8.4. hebben het oog op gevallen waarin ondanks het bestaan van overmacht de billijkheid vergt de schade niet geheel voor rekening van de schuldeiser te laten.

Ik gevoel er weinig voor in gevallen dat geen beroep op overmacht gedaan kan worden matiging van de schadevergoeding toe te laten op de enkele grond dat het een grensgeval was. Op deze wijze zou men wederom een verwarring van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsvragen krijgen, die het matigingsrecht zou maken tot een panacée voor moeilijke gevallen. Ook al kan de aansprakelijkheidsvraag dikwijls moeilijk zijn, de rechter behoort aan bevestigende beantwoording daarvan in beginsel volledige schadevergoeding als gevolg te verbinden. De moeilijkheid van de beslissing is geen rechtvaardiging voor een tussenoplossing, die poogt kool en geit te sparen.

§ 29. *Marginale causaliteit.*

Op het voetspoor van Zwitserse rechtspraak en doctrine heeft Maeijer ²¹² bepleit dat in „moeilijk liggende causaliteitsgevallen” tussenoplossingen door matiging van de schadevergoeding mogelijk moeten zijn. Daarbij heeft deze schrijver voornamelijk het oog op door gepredisponeerdheid verergerde gevolgen van lichamelijk letsel, doch tot deze rubriek rekent hij ook de beschadiging van voorwerpen van buitengewone, aan de dader onbekende,

²¹⁰ E. M. Meijers, preadvies NJV 1918, blz. 162/174; Hofmann-van Opstall, blz. 118/119 en 126.

²¹¹ cf. over deze bepaling ook Ph. A. N. Houwing, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek, afdeling 6.1.8., De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis, De overmacht, in WPNR 4739/4740, op blz. 438/439.

²¹² a.w. blz. 181/188.

waarde²¹³. Matiging zou in dergelijke gevallen daardoor worden gerechtvaardigd dat de schade ten dele moet worden toegeschreven aan medewerkende overmachtsfactoren, die de oorzaak van de schade zijn en daardoor het causaliteitsverband verzwakken²¹⁴.

Nu moet men vooropstellen, dat het hier alleen kan gaan om gevallen, waarin het deel van de schade dat nog in discussie is als door de dader veroorzaakt moet gelden. Vanzelfsprekend kunnen de eis van oorzakelijk verband of die van voldoende voorzienbaarheid als zelfstandig vereiste²¹⁵ er toe leiden, dat een deel van de in feite ingetreden schade voor rekening van de benadeelde wordt gelaten. Gepredisponeerdheid van de gekwetste zal dan van betekenis zijn als ernstig letsel geheel buiten de kring lag van wat men als gevolg van de handeling nog verwachten kon²¹⁶. Bij een verkeersongeval — waarbij dood en ernstig letsel als gevolg ook van lichte verkeersfouten steeds mogelijk zijn — zal men dit b.v. minder snel willen aannemen dan bij een in drift gegeven niet al te harde klap.

De vraag is dus of men na bevestigende beantwoording van de vragen betreffende aansprakelijkheid, oorzakelijk verband en voorzienbaarheid de mogelijkheid van verdere beperking van de schadevergoeding wenst op grond van het marginale karakter van het oorzakelijk verband. M.i. moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

In de eerste plaats is het niets bijzonders dat een schade behalve aan het feit waarop de aansprakelijkheid berust nog aan andere factoren — die men desgewenst als de oorzaken mag aanduiden — moet worden toegeschreven. Iedere schade kan mede worden toegeschreven aan een aantal feiten die als *condicio sine qua non* voorwaarde voor haar intreden waren. De zogenaamde „moeilijk liggende causaliteitsgevallen” onderscheiden zich alleen

²¹³ idem blz. 185; cf ook Ribbuis, De omvang van de te vergoeden schade bij niet nakomen van verbintenissen en bij onrechtmatige daad (1906) blz. 219/220; Beekhuis blz. 9/10.

²¹⁴ cf ook Oftinger I blz. 246/248.

²¹⁵ art. 6.1.9.4.: „Voor vergoeding komt slechts in aanmerking de schade die op het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien”.

²¹⁶ cf. Hofmann-Drion-Wiersma blz. 118.

door het wat meer geprononceerde karakter van deze medeoorzaken. Nu kan men zich natuurlijk een stelsel voorstellen waarin medeoorzaken op dezelfde wijze als thans eigen schuld of medeschuld van de benadeelde tot vermindering of opheffing van de schadevergoedingsplicht leiden. Dat zou betekenen dat men in verdergaande mate dan tot dusverre het risico van bepaalde omstandigheden door de benadeelde doet dragen. Dit is echter m.i. een vraag van aansprakelijkheid, die met behulp van de criteria van voorzienbaarheid en waarschijnlijkheid, niet door het rechterlijk matigingsrecht, moet worden opgelost. Is met toepassing van deze criteria aansprakelijkheid in beginsel gegeven dan moeten de verweren van het ontbreken van oorzakelijk verband of van de vereiste voorzienbaarheid, die langs de voordeur niet hebben kunnen binnenkomen, niet langs de achterdeur van het matigingsrecht toch worden binnengelaten. Ook dan dreigt dat de rechter op onwenselijke wijze door het matigingsrecht tussenoplossingen geeft en daarmee principiële beslissingen uit de weg gaat.

Slaat men deze weg toch in, dan komt men onvermijdelijk tot een afweging van de fout van de dader tegen de meewerkende overmachtsfactoren of deelloorzaken. Bij een op schuld berustende aansprakelijkheid gaat deze matigingsgrond dan als twee druppels water lijken op die wegens geringe schuld. De Zwitserse doctrine vereenzelvigt dan ook inderdaad deze twee matigingsgronden²¹⁷. Hiervoor is echter reeds betoogd, dat de schuldgraad op zich zelf geen matigingsgrond behoort te zijn.

§ 30. *Eigen schuld en medeschuld van de benadeelde* ²¹⁸.

De begrippen eigen schuld en medeschuld worden veelal zonder scherpe onderscheidingen door elkaar gebruikt. Wil men onderscheid maken dan kan de term eigen

²¹⁷ cf. Oftringer I blz. 247, met betoog dat uit het vereiste van evenredigheid tussen schuld en schadevergoeding voortvloeit, dat een schade die behalve aan schuld van de dader voor een belangrijk deel aan meewerkende overmachtsfactoren te wijten is, voor een deel voor rekening van de benadeelde wordt gelaten.

²¹⁸ men zie o.m. Asser-Rutten III, 1 blz. 227/231; idem III, 2 blz. 496/500; Hofmann-Drion-Wiersma blz. 161/170; Rutten, Medeschuld

schuld betrokken worden op de gevallen, dat een onderdeel van de schade aan eigen handelen of nalaten van de benadeelde te wijten is of de schade daardoor achteraf is verergerd, terwijl men dan de term medeschuld kan bewaren voor de gevallen dat de schadeveroorzakende gebeurtenis aan fouten van beide partijen moet worden toegeschreven. De „eigenschuld”-gevallen zal men dikwijls zuiverder als eigen risico aanduiden doch de eerste term sluit beter aan bij het spraakgebruik. Tot deze eerste rubriek behoort dan b.v. het achterwege laten van voor de hand liggende schadebeperkende maatregelen, tot de tweede de aanrijding of aanvaring te wijten aan verkeerd rijden of verkeerd varen van beide betrokken voer- of vaartuigen²¹⁹. Dogmatisch wordt de term schuld bij deze gevallen niet steeds in dezelfde zin gebruikt, doch zij hebben niettemin als samenbindend element, dat een aan de benadeelde toegerekende gedraging leidt tot een verminderde aansprakelijkheid van diens wederpartij. Gemakshalve zal ik hiervoor in het volgende steeds de term medeschuld gebruiken.

De medeschuld wordt hier ter sprake gebracht, hoewel zij met het matigingsrecht in eigenlijke zin niet te maken heeft. Reden daarvoor is, dat de regel, dat medeschuld leidt tot evenredige vermindering van de aansprakelijkheid²²⁰ door de wetgever soms tot een functie van het rechterlijk matigingsrecht wordt gemaakt. Aldus met name art. 44 lid 1 Zw. OR²²¹, art. 31 lid 5 VVW en, misschien, art. 6.1.9.6. van het ontwerp²²². Wanneer de wetgever dit doet, verliest hij echter uit het oog, dat de

in VR 1954 blz. 1 v. en noten bij HR 11 febr. 1955, NJ 218; 25 maart 1955, NJ 337; 4 nov. 1955, NJ 1956, 1; 3 febr. 1956, NJ 158; 23 nov. 1956, NJ 1957, 2; 31 oct. 1958, NJ 1959, 11; 6 nov. 1959, NJ 1960, 104. Voorts F. Weiss, Medeschuld nader bezien, VR 958, blz. 41 v. G. H. A. Schut, Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid (1963), blz. 118/124 (met uitvoerige literatuuropgave op blz. 118); Maeijer blz. 196/204.

²¹⁹ cf. Weiss, blz. 41/42.

²²⁰ cf. o.m. HR 4 febr. 1916, NJ 450 (noot E.M.M. in WPNR 2425) en 12 april 1946, NJ 232; verdere rechtspraak bij Asser-Rutten III, 2 blz. 497 en zie ook noot H.B. bij HR 25 mei 1962, NJ 1963, 321.

²²¹ zie voor de tekst § 17, en voorts Berner Kommentar, blz. 244/245 en Oftinger I blz. 236/242.

²²² in deze zin wordt het artikel verstaan door Maeijer a.w. blz. 221 en Schut, a.w. blz. 316/317.

medeschuldregel de aansprakelijkheid betreft en tot gevolg heeft, dat de aansprakelijke van de aanvang af slechts tot een gedeeltelijke vergoeding verplicht is, terwijl bij matiging door de rechter een tegemoetkoming aan de billijkheidseisen van het concrete geval plaats vindt, waarover de rechter weliswaar niet zuiver discretionair maar toch met zekere vrijheid oordeelt. Anders gezegd: bij matiging wordt van een in beginsel volledige vergoedingsplicht uitgegaan, die door tussenkomst van de rechter kan worden beperkt, bij medeschuld moet aanstonds van een verminderde aansprakelijkheid worden uitgegaan ²²³. Medeschuld heeft dus betrekking op de *aansprakelijkheid* voor de schadeveroorzakende gebeurtenis of de daardoor veroorzaakte schade, en behandeling ervan als matigingsgrond is onzuiver. Practisch behoeft het natuurlijk geen groot verschil te maken of men de medeschuld onder de matigingsbevoegdheid thuis brengt dan wel als een de omvang van de aansprakelijkheid betreffende zelfstandige regel in de wet opneemt. Ook in het laatste geval kan de wetgever de rechter niet door een vaste regel binden, omdat de laatste de wederzijdse schuld niet anders dan intuïtief waarderen kan ²²⁴. Anderzijds is ook wanneer de medeschuld als matigingsgrond wordt behandeld, opstelling van een afzonderlijke regel daarvoor wenselijk, met name wanneer overigens de matigingsbevoegdheid zich tot uitzonderingsgevallen beperkt en het beginsel van evenredigheid tussen de mate van schuld en de vergoedingsplicht niet wordt aanvaard. Dat medeschuld in de ene of de andere vorm tot een (evenredige) vermindering van de vergoedingsplicht moet leiden is intussen in overeenstemming met het geldende recht en kan de jure constituendo nauwelijks tot discussie aanleiding geven. De vele daaraan verder verbonden vragen beschouw ik als vragen van aansprakelijkheid, niet als vragen van rechterlijk matigingsrecht, en laat ik buiten beschouwing.

Of art. 6.1.9.6. de medeschuld onder de matigingsbevoegdheid van de rechter heeft gebracht komt in het volgende hoofdstuk ter sprake.

²²³ op soortgelijke gronden critiqueert Schut, t.a.p., art. 6.1.9.6.

²²⁴ HR 6 nov. 1959, NJ 1960, 104 (L.E.H.R.)

§ 31. *Wanprestatie en onrechtmatige daad.*

Moet bij de regeling van het matigingsrecht tussen wanprestatie en onrechtmatige daad onderscheid worden gemaakt? Bij de parlementaire behandeling van het 10de vraagpunt wilde een minderheid van de vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht de bevoegdheid tot matiging beperkt zien tot de schadevergoedingsplicht uit onrechtmatige daad²²⁵. Bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer bleken in het bijzonder de leden Lemaire en Oud matiging bij niet nakoming van overeenkomsten niet aanvaardbaar te vinden, omdat op dit terrein partijen zelf de omvang van hun gebondenheid bepalen en omdat „wanneer men niet nakomt datgene, waartoe men zich uitdrukkelijk heeft verbonden, men dan volgens de normale regel volledig moet opkomen voor de schade, die daardoor is veroorzaakt”²²⁶. Tenslotte is in de toelichting op art. 6.1.9.7. door het driemanschap het argument naar voren gebracht, dat een te algemene matigingsbevoegdheid in alle gevallen waarin persoonlijke schuld bij de aansprakelijke persoon geheel ontbreekt of althans in slechts geringe mate aanwezig is, de in de artt. 6.1.8.2. en 6.1.8.3. neergelegde regels betreffende hetgeen aan de schuldenaar, die zijn verbintenis niet nakomt, kan worden toegerekend, zou doorkruisen en tot rechtsonzekerheid en processen aanleiding zou geven²²⁷. Meijers daarentegen wilde de algemene matigingsbevoegdheid ook voor de schadevergoeding wegens wanprestatie, zij het met de beperking dat het ontwerp zou moeten inhouden, dat de schade, die bij niet-uitvoering der overeenkomst volgens de natuur van het contract als normaal is te beschouwen, in ieder geval moet worden betaald, dus b.v. bij niet-levering door de verkoper de normale waarde van het goed op het ogenblik van de wanprestatie²²⁸. Eerder had de minister in de memorie van antwoord reeds betoogd, dat het maken van verschil in dit opzicht tussen niet-nakoming van overeenkomsten en onrechtmatige

²²⁵ Kamerstukken 2846 no 9 (voorl. verslag), blz. 2.

²²⁶ Handelingen 2e Kamer, zitting 1952-53 blz. 2717/18 en 2720/21.

²²⁷ Toelichting blz. 565.

²²⁸ Handelingen blz. 2724, en La révision du code civil néerlandais (1954) Verz. Privaatr. Opst. I blz. 201.

daad niet is aan te raden wegens het weinig principiele karakter van de grenslijn tussen beiden ²²⁹.

Bij deze laatste opvatting sluit ik mij aan. Afgezien van art. 1283 BW, maakt het in de huidige rechtspraktijk voor de berekening van de schadevergoeding geen merkbaar verschil of deze uit wanprestatie dan wel uit onrechtmatige daad verschuldigd is ²³⁰. Dikwijls is het ook betrekkelijk toevallig of een schade tot een contractsactie dan wel tot een actie uit onrechtmatige daad leidt of kunnen zelfs beide acties gelijktijdig worden ingesteld ²³¹. De fabrikant van een gebrekkig voertuig of werktuig kan voor daardoor veroorzaakte schade contractueel aansprakelijk zijn jegens zijn koper doch soms tevens uit onrechtmatige daad jegens derden. Een actie wegens lichamelijk letsel, ingesteld door de inzittenden van een bij een verkeersongeval betrokken motorrijtuig, kan worden gericht tegen de bestuurder of tegen de vervoerondernemer en berust soms op een vervoersovereenkomst en soms op onrechtmatige daad. In het ontwerp zesde boek wordt dan ook de verplichting tot schadevergoeding in één afdeling (6.1.9.) geregeld, die zowel voor de wanprestatie als voor de onrechtmatige daad geldt ²³². Voorzover de hiervoor besproken matigingsgronden als zodanig aanvaard kunnen worden, zijn zij m.i. voor wanprestatie in beginsel niet minder aanvaardbaar dan voor onrechtmatige daad. De voor de tegengestelde opvatting aangevoerde argumenten hebben mij niet overtuigd. Dat van de contractuele gebondenheid niet, omdat daarmee over de omvang van de schadevergoedingsplicht nog niets is gezegd. Dat berustende op de behoefte aan rechtszekerheid en de vrees voor processen niet omdat dat ook voor de schadevergoeding uit

²²⁹ Kamerstukken 2846 no. 11, blz. 2.

²³⁰ cf. preadvies J. Kist NJV 1960, blz. 189/192.

²³¹ zie over de verhouding van de beide acties naast het in de vorige noot genoemde preadv. NJV 1960 ook dat van K. Wiersma.

²³² in overeenstemming met de opvatting van de preadviseurs Kist en Wiersma, die beiden tot de conclusie kwamen dat de naar geldend recht bestaande verschillen tussen aansprakelijkheid wegens wanprestatie en wegens onrechtmatige daad opgeheven dient te worden en dat daardoor een uniform schadevergoedingsrecht in de plaats kan treden, zie Kist blz. 222 en Wiersma blz. 287.

onrechtmatige daad geldt. Het hangt van de omschrijving van de matigingsgronden in de wet af of men dit reële nadeel van het matigingsrecht in het algemeen tegenover de daaraan verbonden voordelen op de koop toe wil nemen.

Hiermede wil ik intussen niet zeggen dat de rechter er generlei betekenis aan mag hechten, dat een schade is voortgevloeid uit de niet nakoming van een vrijwillig aanvaarde contractuele verplichting. Hij moet integendeel uitgaan van de beginselen dat overeenkomsten moeten worden nagekomen en dat bij niet-nakoming schade volledig moet worden vergoed, en zal dientengevolge niet licht tot de conclusie mogen komen, dat de billijkheid matiging van een schadevergoedingsverplichting wegens wanprestatie dringend vergt. Daarvoor lijkt mij een afzonderlijk wettelijk voorschrift echter niet nodig.

Evenmin zou ik de regel in de wet willen opnemen, dat de normale volgens de natuur van het contract daaruit voortvloeiende schade steeds integraal moet worden vergoed. In de regel zal wel zo moeten worden beslist. Maar ik kan mij gevallen voorstellen, waarin er aanleiding is tot matiging zelfs van een naar een markt of beursprijs berekende vervangende schadevergoeding. De gezamenlijke werking van abstracte schadeberekening en van een door de crediteur gelukkig gekozen tijdstip van ingebrekestelling kan tot gevolg hebben dat enerzijds de schade hoog oploopt, anderzijds het belang dat de crediteur heeft bij volledige vergoeding daarvan niet zo heel evident is²³³. In de zaak waarop het in de noot genoemde syphonarrest betrekking had, kreeg de gemeente wier verkoopster niet geleverd had haar abstract berekende schade (prijsverschil tussen koopprijs en prijs op de leveringsdatum) volledig vergoed, hoewel zij zich niet elders tegen hogere prijs gedekt had en het gekochte evenmin bestemd was geweest om doorverkocht te worden en er dus geen concrete schade was: zou in een dergelijk geval het schadebedrag hoog zijn, de verkoper door ingebrekeblijven van de eigen leverancier in wanprestatie

²³³ men vgl. de navolgende arresten: HR 22 nov. 1918, NJ 1919 33; 20 april 1923, NJ 694 (syphons); 3 april 1924, NJ 569 (eigcel); 14 jan. 1937, NJ 425 (benzine); 18 nov. 1937, NJ 1938, 269 (Engelse kolenstaking 1926).

zijn geraakt en zelf van de wanprestatie geen voordeel hebben gehad, dan kan matiging van de schadevergoeding gerechtvaardigd zijn. Evenzo in de bij het benzinearrest besliste zaak: bij dalende benzineprijzen was de schade bijzonder hoog opgelopen doordat de crediteur met zijn ingebrekestelling had getalmd. De HR besliste, dat de schuldeiser niet verplicht was geweest door eerdere ingebrekestelling de schade te beperken, doch of matiging van de schadevergoeding in een dergelijk geval niet gerechtvaardigd kan zijn, is een andere vraag. Tenslotte het kolenstakingsarrest: ook daar werd de schade abstract berekend en de HR besliste, dat de schuldeiser-koper het voordeel dat hij door vrijstelling van levering of anderszins genoten mocht hebben, niet op het schadebedrag in mindering behoefde te brengen. Concrete schadeberekening zou tot een andere uitkomst hebben geleid en ook hier kan ik mij denken, dat bij grote schadeomvang en beperkte draagkracht van de debiteur matiging van de schadevergoeding billijk geweest zou zijn.

§ 32. *Invloed van verzekering* ²³⁴.

Volgens de aanvaarde conclusie op het 10de vraagpunt zou de matigingsbevoegdheid niet mogen worden gehanteerd voor zover de schuldenaar door verzekering zijn aansprakelijkheid heeft gedekt, daartoe verplicht was of zodanige dekking gebruikelijk is. Tegen dit gedeelte van de conclusie rees reeds dadelijk in de parlementaire behandeling verzet ²³⁵ en zij heeft ook later bestrijding gevonden ²³⁶. Het gaat hier voornamelijk om twee vragen.

In de eerste plaats of het bestaan van een aansprakelijkheidsverzekering of van een wettelijke verplichting tot

²³⁴ zie o.m. L. J. Hijmans van den Bergh, Redelijkheid of gebruikelijkheid van aansprakelijkheidsverzekering in verband met de vraagpunten 10 en 12 in zake een nieuw BW, Verzekeringsarchief XXXI (1954), blz. 141/168; J. Alingh Prins, Het matigingsrecht en de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering, *ibidem* blz. 169/182; H. Drion, Verzekering en aansprakelijkheidsrecht (inaug. rede 1955); Macijer, a.w. blz. 140/144 en 219.

²³⁵ zie Macijer, blz. 140.

²³⁶ o.m. van Hijmans van den Bergh, Alingh Prins en Macijer, *allen t.a.p.*

het sluiten daarvan alleen matiging op grond van de financiële omstandigheden van de aansprakelijke moet uitsluiten, en in de tweede plaats of ook het gebruikelijk zijn van een aansprakelijkheidsverzekering een verbod van matiging rechtvaardigt.

Wat de eerste vraag betreft, schijnt op het eerste gezicht het gelijk te zijn bij hen die menen, dat de verzekering zich niet verzet tegen een matiging op andere gronden dan onvoldoende draagkracht van de schuldenaar²³⁷. Ziet men de aansprakelijkheidsverzekering als een zaak tussen verzekerde en assuradeur, dienende om de eerste tegen ernstig financieel nadeel of zelfs economische ondergang te beschermen, dan lijkt het onjuist om met de verhoging van de draagkracht van de aansprakelijke door de verzekering rekening te houden²³⁸ en onaanvaardbaar om aan deze, de benadeelde niet aangaaende, verzekering invloed toe te kennen op andere matigingsfactoren. Echter, bij de aansprakelijkheidsverzekering is het accent verschoven van de bescherming van de aansprakelijke naar de bescherming van de benadeelde, wiens schade zonder deze verzekering in veel gevallen onvergoed zou blijven. Een sprekend voorbeeld hiervan is de verplichte motorrijtuig-w.a. verzekering. De aansprakelijkheidsverzekering krijgt een schadeverzekeringsfunctie; zij bewerkstelligt dat de schade vergoed wordt aan de zijde waar zij het gemakkelijkst verzekerd kan worden en dat zij wordt gespreid over degenen die het risico in het leven roepen. Ten onzent heeft vooral H. Drion op deze verandering van het karakter van de aansprakelijkheidsverzekering de aandacht gevestigd²³⁹.

Van dit gezichtspunt, dat ik deel, uit, komt het juist voor matiging uit te sluiten zodra de aansprakelijkheid door verzekering gedekt is of had moeten worden, ongeacht de matigingsgrond²⁴⁰. In de tegenovergestelde opvatting zou de benadeelde soms een deel van zijn schade zelf moeten dragen zonder dat de billijkheid dit vergt en

²³⁷ Macijer blz. 141/142; Alingh Prins blz. 176.

²³⁸ doch anders HR 20 febr. 1936, NJ 420.

²³⁹ rede, blz. 12/13 en passim.

²⁴⁰ de lezer bedenke dat ik medeschuld niet als matigingsgrond beschouw; het beroep op medeschuld wil ik de w.a.-assuradeur niet ontnemen.

zou de aansprakelijkheidsverzekering zijn sociale functie slechts ten dele vervullen. Als praktisch bezwaar tegen het ook aan de w.a.-assuradeur toestaan van een beroep op matiging kan aan het vorenstaande nog worden toegevoegd, dat vrijwel nimmer een matigingsgrond geheel buiten verband met de draagkracht van de debiteur en de grootte van de schade in aanmerking zal komen, zodat het onderscheid tussen matiging op grond van onvoldoende draagkracht en matiging op andere gronden niet gemakkelijk te maken zal zijn.

Daarentegen is het gebruikelijk zijn van verzekering als grond om een beroep op matiging bij voorbaat de pas af te snijden m.i. terecht bestreden²⁴¹. Het criterium is vaag en het zal veelal niet gemakkelijk zijn uit te maken of een verzekering gebruikelijk is en, zo ja, met welke dekking en welke bijkomende bedingen. Stapt men over dit bezwaar heen, dan lijkt toch het wapen onnodig scherp. Natuurlijk kan de rechter bij een beroep op matiging in aanmerking nemen, dat de aansprakelijke een gebruikelijke verzekering niet gesloten heeft en kan hij op die grond tot de slotsom komen dat de billijkheid matiging niet dringend vergt. In uitzonderingsgevallen moet echter een ander oordeel mogelijk blijven.

Nog op een derde aspect van het verband tussen verzekering en matigingsrecht wil ik kort de aandacht vestigen. Niet zelden wordt een aanspraak op schadevergoeding niet geldend gemaakt door de benadeelde zelf maar door een schadeverzekeraar voor wiens rekening de schade gekomen is en die haar krachtens subrogatie, cessie of cigen verhaalsrecht op de aansprakelijke verhalen kan. De afweging van het belang van de crediteur bij volledige schadevergoeding tegenover de door de debiteur aangevoerde matigingsgronden kan ten opzichte van de verzekeraar anders uitvallen dan ten opzichte van de oorspronkelijke benadeelde. Denkbaar is, dat de rechter tegenover de regresnemende assuradeur gemakkelijker of in verder gaande mate tot matiging besluit dan hij tegenover de verzekerde zelf gedaan zou hebben. Een toepassing van deze beschouwingswijze levert de Deense

²⁴¹ Hijmans van den Bergh, blz. 149/155; Alingh Prins blz. 179/182; H. Drion blz. 21/22; H. K. Köster, preadv. NJV 1959, blz. 203/204; Macijer blz. 143/144; Toelichting blz. 566/567.

wet op de verzekering van 15 april 1930, waarvan art. 25 bepaalt, dat de rechter bij verhaal door de schadeverzekeraar de schadevergoeding kan matigen of de vergoedingsplicht geheel kan doen vervallen²⁴². De afstand van regres waartoe de Nederlandse brandassuradeuren in 1951 besloten, toont dat ook de verzekeringswereld tegenover een ontwikkeling in deze richting niet geheel afwijzend staat.

§ 33. *Conclusies.*

Het is tijd om de balans op te maken door het trekken van de volgende conclusies:

1. De wet dient de rechter een algemene matigingsbevoegdheid te geven, geldend zowel voor de schadevergoeding wegens wanprestatie als voor die wegens onrechtmatige daad.
2. Bij de beoordeling van een matigingsverzoek dient de rechter voorop te stellen, dat schade waarvoor krachtens wet of overeenkomst aansprakelijkheid bestaat in beginsel volledig vergoed dient te worden en dat daarom matiging alleen geoorloofd is, indien en voorzover de billijkheid dit in hoge mate vergt.
3. De stelling, dat evenredigheid tussen de mate van schuld en de omvang van de schadevergoeding moet bestaan, dient te worden verworpen.
4. Geringe schuld of het geheel ontbreken daarvan mag op zichzelf geen grond voor matiging zijn, maar wel dient de hantering van de matigingsbevoegdheid afhankelijk te zijn van het bestaan van ten hoogste lichte schuld bij de aansprakelijke zelf.
5. Matiging kan in het bijzonder plaatsvinden in verband met de omvang en voorzienbaarheid van de schade afgewogen tegen de financiële omstandigheden van beide partijen. Belangeloos dienstbetoon kan als matigingsfactor ten gunste van de aansprakelijke in aanmerking worden genomen.

²⁴² zie hierover ook H. Ussing, *Evolution et transformation du droit de la responsabilité civile in Revue internationale de droit comparé* 1955, blz. 486, v., in het bijzonder blz. 490/493.

6. Het matigingsrecht dient niet om moeilijke aansprakelijkheidsvragen door bemiddelende tussenoplossingen te beslissen. Op zichzelf mag daarom geen grond voor matiging zijn a) dat de schade geheel of gedeeltelijk op de grens van het oorzakelijk verband ligt; b) dat de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt op de grens van de overmacht ligt; c) dat de aansprakelijke in de noodzaak heeft verkeerdt snel een beslissing te nemen.
7. Medeschuld is geen grond voor matiging van de schadevergoeding door de rechter, doch leidt van rechtswege tot verminderde aansprakelijkheid.
8. Matiging behoort niet plaats te vinden voorzover de aansprakelijkheid door verzekering was gedekt of het sluiten van zodanige verzekering verplicht was, zulks ongeacht de gronden waarop matiging wordt verzocht.

V NADERE BESCHOUWING VAN HET MATIGINGSRECHT IN HET ONTWERP ZESDE BOEK ²⁴³

§ 34. *Algemene kritiek.*

Het algemene matigingsrecht dat Meijers had gewenst, is in het ontwerp voor het zesde boek prijs gegeven. De gronden, die daarvoor in de toelichting worden aangevoerd ²⁴⁴, houden in, dat men de aanvaarde regeringsconclusie op het 10de vraagpunt in het licht van de kamerstukken aldus moet uitleggen, dat de rechter zijn matigingsbevoegdheid alleen zou mogen uitoefenen op een grond die valt onder een van de rubrieken, die limitatief in de wet zouden moeten worden opgesomd, doch dat het formulieren van de matigingsgronden zo veel moeilijkheden bleek te geven, dat men tenslotte gemeend heeft zich tot „noodtoestand” als enige algemene matigingsgrond te moeten beperken.

Deze motivering heeft mij in menig opzicht niet overtuigd en ik betreur het dat Meijer's oorspronkelijk denk-

²⁴³ cf. Meijer, blz. 207/220; Scholten, rede, blz. 14/19.

²⁴⁴ Toelichting blz. 564/566.

beeld verlaten is, ook al onderschrijf ik voor een deel de kritiek die door het driemanschap is uitgeoefend op de redenen voor matiging die destijds in de toelichting op het vraagpunt werden genoemd. Bij de vorming van deze mening heb ik mij mede laten leiden door de overweging, dat het matigingsrecht een van de kernpunten in Meijer's opzet van het ontwerp was. In zijn onder de titel „La révision du code civil néerlandais" op 11 maart 1954 aan de universiteit van Brussel gehouden lezing²⁴⁵ was het matigingsrecht een van de drie principiële vragen die Meijers voor zijn gehoor behandelde. Ook in het buitenland heeft juist dit aspect van het ontwerp aandacht gekregen²⁴⁶.

Als het juist zou zijn — waarover straks nader — dat het ontwerp volgens het kamervotum een limitatieve opsomming van matigingsgronden moest inhouden, dan was er, toen de verwezenlijking daarvan op redactionele bezwaren afstuitte, tweeërlei keus mogelijk: afzien van een algemene matigingsbevoegdheid of behoud daarvan zonder limitatieve opsomming van de matigingsgronden. Het driemanschap heeft het eerste gedaan zonder nader te motiveren waarom de tweede weg niet in aanmerking kwam. Dit is te meer opmerkelijk, omdat het ontwerp, naast de steeds in aanmerking komende matigingsgrond noodtoestand van art. 6.1.9.7., matiging in een aantal bijzondere gevallen mogelijk gemaakt heeft zonder dat de rechter daarvoor in de wet enig ander criterium vindt dan een verwijzing naar de billijkheid of de omstandigheden. Zo is het met name bij de matiging van de schadevergoeding bij aansprakelijkheid voor eens anders dood en bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zonder persoonlijke schuld: de artt. 6.1.9.12 lid 5 en 6.3.17 bepalen dat matiging mogelijk is „indien dit op grond van bijzondere omstandigheden billijk is", onderscheidenlijk „naar gelang der omstandigheden", formules die de rechter min of meer vrij laten naar eigen inzicht te beslissen.

²⁴⁵ Verz. Privatr. Opst. I blz. 194 v.

²⁴⁶ cf. Joseph Dianow, Civil Code Revision in the Netherlands: some new developments in obligations and property, in XXth Century Comparative and Conflicts Law (opstellenbundel Hessel E. Yntema 1961), blz. 172/189, waarvan blz. 173/177 met instemming over het matigingsrecht.

Ik kan echter niet inzien, dat de aansprakelijkheid in deze gevallen zo principieel verschilt van de aansprakelijkheid wegens wanprestatie of onrechtmatige daad in het algemeen, dat men hier de rechter de vrije hand zou kunnen laten, zonder aanduiding in de wet van het soort van omstandigheden dat hij in aanmerking mag nemen en van de mate van billijkheid die gevorderd wordt, doch bij een algemene matigingsbevoegdheid nadere omschrijving van de matigingsgronden zo onontbeerlijk zou zijn, dat op de onmogelijkheid van limitatieve opsomming daarvan het gehele matigingsrecht moet stranden. Dat bij aansprakelijkheid wegens eens anders dood en bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zonder persoonlijke schuld de grond waarop de aansprakelijkheid berust tevens grond voor matiging zou zijn, kan men moeilijk aannemen. Voor de aansprakelijkheid buiten schuld betoogde ik dit reeds in § 27. Voor de aansprakelijkheid wegens iemands dood rechtvaardigt de toelichting²⁴⁷ de bijzondere matigingsbevoegdheid hiermede dat hier de schadevergoedingsplicht „tot een onredelijk zware belasting van de aansprakelijke persoon kan leiden” en „dat iemand rechte tens voor eens anders dood aansprakelijk kan worden gesteld in gevallen waarin hem slechts een zeer licht verwijt of zelfs in het geheel geen verwijt treft”. Dit zijn evenwel factoren die zich ook bij andere typen van aansprakelijkheid kunnen voordoen en die in het algemeen een rechterlijk matigingsrecht wenselijk maken. Zelfs zou men kunnen oordelen, dat de verplichting tot vergoeding van schade veroorzaakt door iemands dood dringender is dan enige andere schadevergoedingsplicht en dus, bij gelijke schadeomvang en draagkracht, niet eerder doch later dan andere gevallen aanleiding tot matiging geeft. Ook is in de gedachtengang van het ontwerp voor mij niet duidelijk geworden waarom niet dezelfde overwegingen tot een bijzonder matigingsrecht bij aansprakelijkheid wegens lichamelijk letsel hebben geleid: ook daarvoor kan men aansprakelijk worden gesteld zonder dat men persoonlijk schuld heeft en ook daarbij kan de verplichting tot schadevergoeding een zware belasting opleveren. De omstandigheid dat art. 6.1.9.12 vergeleken

²⁴⁷ Toelichting blz. 574.

bij art. 1406 BW uitbreiding geeft „aan de belangen die door de op het behoud van mensenlevens gerichte normen worden beschermd” kan dit verschil in behandeling m.i. niet rechtvaardigen, in aanmerking genomen dat deze uitbreiding voor een niet gering deel bestaat in het wegnemen van de beperking waaraan de actie ex art. 1406 BW vergeleken bij die uit art. 1407 BW onderworpen is. Bovendien geeft het ontwerp ook aan de aansprakelijkheid wegens lichamelijk letsel uitbreiding nu daarin een met art. 1407 BW vergelijkbare bepaling niet meer is opgenomen ²⁴⁸.

Bij deze bezwaren tegen de door het ontwerp gekozen oplossing voegen zich nog andere. In de eerste plaats, dat de enige algemene matigingsgrond die het ontwerp behouden heeft — noodtoestand bij betaling van volledige schadevergoeding — naar mijn gevoelen enerzijds voor de praktijk van geringe betekenis zou zijn, anderzijds in de weinige gevallen waarin matiging op deze grond aan de orde zou komen licht tot denaturatie van het instituut zou leiden. Voor de praktijk van gering belang: legt men het begrip noodtoestand uit op dezelfde wijze als de „Notlage” van art. 44 ZW. OR, waaraan het is ontleen ²⁴⁹ dan komt matiging in aanmerking in gevallen dat verhaal van de vordering praktisch reeds is uitgesloten, m.a.w. dan komt de rechterlijke matiging neer op een verbod om veren van een kikker te plukken. Denaturatie van het matigingsrecht: hiervoor betoogde ik dat vermindering van de schadevergoeding tot een bedrag dat niet meer in een aanvaardbare verhouding tot de werkelijke schadeomvang staat geen matiging meer is doch kwijschelding wordt ²⁵⁰. Voorzover bepalingen als art. 1638g BW en andere voorschriften die bestanddelen van inkomen of vermogen geheel of ten dele onvatbaar voor beslag maken de schuldenaar niet voldoende beschermen, zou ik bij te

²⁴⁸ cf. ook J. H. Beekhuis, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek, *Onrechtmatige daad* (titel 6.3) in WPNR 4791/4793, op blz. 514/515, die eveneens de motivering van het matigingsrecht bij overlijden even doeltreffend acht voor de aansprakelijkheid bij lichamelijk letsel, en het onjuist acht dat bij lichamelijk letsel alleen matiging op grond van de artt. 6.1.9.6 (medeschuld) en 6.1.9.7 (noodtoestand) mogelijk zal zijn.

²⁴⁹ zie § 22

²⁵⁰ zie ook hier voor § 22.

groot verschil tussen schadeomvang en draagkracht van de schuldenaar deze, liever dan met een matigingsrecht, te hulp komen met een voor wijziging of intrekking vatbaar volledig of gedeeltelijk rechterlijk verbod van executie. Ik betoogde ook reeds²⁵¹, dat de behoefte aan matiging ontstaat voordat de noodtoestand-limiet bereikt wordt; de eigenaar van een klein bedrijf die aan een veroordeling tot volledige schadevergoeding slechts zou kunnen voldoen door vrijwillige of gedwongen verkoop van dit bedrijf; de ambtenaar met een salaris van f 20.000,— voor wie betaling van volledige schadevergoeding een duurzame vermindering van zijn beschikbaar inkomen tot b.v. f 7500,— betekenen zou; de beroepsenaar van een vrij beroep wie betaling van volledige schadevergoeding niet de middelen van bestaan ontnemen zou, maar voor wie dit in feite wel declassering zou betekenen. Zou men alleen noodtoestand als matigingsgrond in de wet opnemen, dan zal de rechter ongetwijfeld de behoefte aan een ruime interpretatie van dit begrip gaan gevoelen. Bevredigender lijkt het echter hem reeds aanstonds uitdrukkelijk de bevoegdheid te geven in wat ruimere mate met de financiële omstandigheden van partijen rekening te houden.

Voorts moet het ontbreken van een algemeen matigingsrecht worden gezien in verband met andere regels die het ontwerp wel en niet inhoudt. Daarvan moet in de eerste plaats art. 1283 BW genoemd worden, dat Meijers als voorbeeld van matiging op een minder goede grondslag zag²⁵². Dit voorschrift is in het ontwerp niet overgenomen, hetgeen, nu ook het algemeen matigingsrecht ontbreekt, een verscherping van het schuldrecht betekent, ook wanneer men medeweegt welke vereisten het ontwerp stelt voor het verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade²⁵³. Daarnaast verdienen de gevallen vermelding waarin bij de

²⁵¹ ibidem.

²⁵² Handelingen 2e Kamer 1952-53 blz. 2723/24.

²⁵³ zie de Toelichting blz. 562/563: 1) oorzakelijk verband in de zin van *condicio sine qua non*, 2) voorzienbaarheid van de schade op het tijdstip van de gebeurtenis, 3) strekking van de overtreden norm tot bescherming van de schuldeiser tegen schade van het in concreto voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied (relativiteitsleer, ook voor wanprestatie).

behandeling van de vraagpunten het opnemen van een bijzondere regel juist in verband met het algemene matigingsrecht overbodig is geoordeeld: de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren en ondergeschikten wegens in hun functie begane onrechtmatige daden, waarop de vraagpunten 14 en 14A betrekking hadden, de bijzondere aansprakelijkheid van eigenaars van automobielen en andere gevaarlijke voorwerpen, waarop vraagpunt 15 sloeg, en de aansprakelijkheid van geestelijk gestoorden die in het 16de vraagpunt behandeld werd. In het ontwerp is een bijzondere regeling voor de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren en ondergeschikten niet opgenomen. Met de daarvoor gegeven redenen ²⁵⁴ kan ik mij op zich zelf wel verenigen, maar onbevredigend vind ik het, dat de aansprakelijke ondergeschikte, behoudens bij noodtoestand, nimmer aan zijn financiële draagkracht in verband met de omvang van de schade een beroep op matiging zal kunnen onttrekken. Daartegenover zullen de eigenaren van automobielen en andere gevaarlijke voorwerpen bij het ontbreken van persoonlijke schuld beroep kunnen doen op de ruime matigingsbevoegdheid van art. 6.3.17. Dat ik hier voor de rechter wel wat meer richtsnoer dan het magere „naar gelang der omstandigheden” zou wensen, volgt uit het hiervoor geschrevene. De geestelijk gestoorden tenslotte zijn thans ondergebracht in de ruimere rubrick van daders wie een gedraging niet als onrechtmatige daad kan worden toegerekend „wegens zijn jeugdige leeftijd of wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming.” Hier heeft het ontwerp in art. 6.3.6. een middenweg gekozen tussen volledige en in het geheel geen aansprakelijkheid. De dader is tot schadevergoeding gehouden „voorzover de billijkheid met inachtneming van alle omstandigheden zulks medebrengt”, waarbij voor het billijkheidsoordeel onder meer relevant kunnen zijn de financiële omstandigheden van dader en benadeelde, aanwezigheid en omvang van een aansprakelijkheidsverzekering, het feit dat de dader zelf de toestand van geestesstoornis heeft veroorzaakt ²⁵⁵. De hier gegeven regel zou behouden moeten blijven, ook als een algemeen matigingsrecht alsnog in de

²⁵⁴ zie de Toelichting blz. 676.

²⁵⁵ zie de Toelichting blz. 662/666.

wet werd geïntroduceerd: het gaat hier immers niet meer om matiging van een in beginsel volledige schadevergoeding, maar om een begroting naar billijkheid waarbij de rechter een grotere vrijheid geniet dan in normale gevallen gerechtvaardigd zou zijn.

Tenslotte de vraag of een andere regeling van het matigingsrecht mogelijk geweest zou zijn. Dat het driemanschap een regeling zonder een limitatieve opsomming had mogen ontwerpen is niet twijfelachtig: aan de aanvaarde regeringsconclusie gebonden was het niet²⁵⁶. Bovendien lijkt het mij voor twijfel vatbaar of het kamer-votum in die zin moet worden uitgelegd, dat de wet een limitatieve opsomming van matigingsgronden zou moeten bevatten. De toelichting²⁵⁷ verwijst in het bijzonder naar de door Meijers in de Tweede Kamer gehouden rede. De passage daaruit, waarop het hier aankomt, luidt als volgt²⁵⁸:

In de eerste plaats wil ik er op wijzen, dat de conclusie, die de Regering voorstelt, wel luidt: Aan de rechter dient een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen, doch dat deze conclusie de nadruk doet vallen op de algemene bevoegdheid, in die zin, dat het een bevoegdheid zal zijn, die bij alle contracten en bij alle onrechtmatige daden eventueel zal kunnen worden toegepast, doch dat de conclusie niet de strekking heeft, de rechter nu maar verder aan zijn lot over te laten en te zeggen:

Gij hebt een matigingsrecht en Gij kunt dat, hoe ge wilt, gebruiken. De strekking van de voorgestelde bepaling is wel degelijk, de bijzondere omstandigheden door de wet nader te doen bepalen. Een volkomen vrijbrief aan de rechter zou inderdaad alleen maar de proceslust aanmoedigen en ten gevolge hebben, dat personen, die om een of andere reden liever niet betalen, zeggen: Ik kan er in ieder geval een proces op wagen; misschien is de rechter wel bereid

²⁵⁶ zie § 1.

²⁵⁷ Toelichting blz. 565.

²⁵⁸ Handelingen 1952/53 blz. 2723.

tot matiging. Of een matiging mogelijk is, moet evengoed tevoren vaststaan, opdat men de proceslust niet aanmoedigt.

Zeker betekent dit, dat de rechter een richtsnoer moet hebben en niet volkomen vrij mag worden gelaten. Kan men echter uit de geciteerde woorden afleiden dat dit richtsnoer alleen bestaan mocht uit een limitatieve opsomming van matigingsgronden? Zou de spreker van destijds niet ook gedacht kunnen hebben aan een omschrijving van het type als de wetgever in de artt. 1639o juncto 1639q en in art. 1639s BW heeft gebruikt: algemene formule (in de geciteerde artikelen de dringende reden tot beëindiging van de dienstbetrekking, resp. het kennelijk onredelijk ontslag), uitgewerkt in een aantal voorbeelden. Een soortgelijk systeem had men m.i. ook in het ontwerp zonder ernstig bezwaar kunnen volgen. Dit zou geleid hebben tot een algemeen matigingsartikel, dat ongeveer aldus zou hebben kunnen luiden:

(1) Uit hoofde van bijzondere omstandigheden kan de rechter de vergoedingsplicht matigen, indien toekenning van volledige schadevergoeding in het gegeven geval op grond van die omstandigheden in hoge mate onbillijk zou zijn.

(2) Bij de beoordeling of zulks het geval is, zal de rechter in het bijzonder letten op het belang van de schuldeiser bij volledige schadevergoeding, de omvang en de voorzienbaarheid van de schade, de financiële omstandigheden van partijen, en het belang dat voor de schuldenaar verbonden was aan de handeling of rechtsbetrekking waaruit zijn verplichting tot schadevergoeding is voortgevloeid.

(3) De bevoegdheid tot matiging ontbreekt

a) indien de schade door opzet of grove schuld van de schuldenaar is veroorzaakt;

b) voorzover de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of daartoe reeds verplicht was.

(4) Ieder beding waarbij de bevoegdheid tot matiging in strijd met het in de vorige leden bepaalde wordt beperkt of uitgesloten, is nietig.

§ 35. *Bijzondere gevallen.*

De ruimere bijzondere matigingsbevoegdheden, die het ontwerp geeft bij de aansprakelijkheid voor eens anders dood en bij die wegens onrechtmatige daad zonder persoonlijke schuld kwamen in de vorige paragraaf reeds ter sprake. Eveneens werd daar de naar billijkheid te begroten schadevergoeding behandeld wegens gedragingen van lichamelijk of geestelijk niet-volwaardigen, die hun niet als onrechtmatige daad kunnen worden toeerekend.

Nadere beschouwing vragen thans nog het matigingsrecht bij de bedongen boete en bij de zaakwaarneming, de artt. 6.1.18 lid 2 en 6.4.2. lid 2. Beide bepalingen laten de rechter grote vrijheid: „indien de billijkheid dit klaarblijkelijk ²⁵⁹ eist”, resp. „indien dit, gezien de omstandigheden die tot de waarneming hebben geleid billijk is”. Op zich zelf zou ik ook hier voor de rechter wat meer houvast wensen. Wel meen ik echter dat de factoren op grond waarvan in deze gevallen matiging wenselijk kan zijn noch anders van aard noch zo veel spreken der behoeven te zijn dan die, welke bij een algemene matigingsbevoegdheid relevant zouden zijn.

Hoogstens kan men zeggen, dat bij het boetebeding, waarbij het verband met de werkelijke schade ontbreken kan, de billijkheid eerder matiging zal rechtvaardigen dan bij werkelijk geleden schade, doch daarbij past ook wel enige voorzichtigheid, wil men het boetebeding, als extra-prikkel tot nakoming, niet van zijn effect beroven. In ieder geval zou m.i. als in art. 6.1.9.7. alsnog een ruimer omschreven algemene matigingsbevoegdheid werd opgenomen, in art. 6.1.8.18 met overeenkomstige toepasselijkverklaring daarvan volstaan kunnen worden.

Bij de zaakwaarneming rekent de toelichting ²⁶⁰ tot de „omstandigheden die tot de waarneming hebben geleid” en die als zodanig grond tot matiging kunnen opleveren het geval dat „de aansprakelijke persoon genoodzaakt

²⁵⁹ men kan er over twijfelen of dit woord op de kenbaarheid of op de graad van onbillijkheid doelt; men vgl. ook I. Kisch, Het eerste zevental, aantekeningen bij de artt. 1-7 Inleidende Titel van het Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, R. M. Themis 1955, blz. 137/170, in het bijzonder blz. 150-154.

²⁶⁰ Toelichting ad. art. 6.1.9.7 blz. 566.

was snel een beslissing te nemen". Als matigingsgrond spreekt mij dit veel minder aan²⁶¹ dan de voor zaakwaarneming typische matigingsgrond: belangeloos dienstbetoon. Het is opvallend dat de toelichting op het ontwerp bij de behandeling van het matigingsrecht nergens aan het handelen uit welwillendheid aandacht schenkt, hoewel dit aspect door Meijers in de parlementaire behandeling van het vraagpunt wel ter sprake is gebracht²⁶². Bij een ruimer algemeen matigingsrecht komt deze matigingsgrond vanzelf tot zijn recht en kan de afzonderlijke bepaling voor de zaakwaarneming vervallen.

§ 36. Medeschuld.

In § 31 heb ik reeds mijn standpunt ten opzichte van eigen schuld, medeschuld en mederisico als matigingsgronden bepaald. Ter bespreking is nog de vraag overgebleven of art. 6.1.9.6 bedoelt de rechter een met dat van de artt. 6.1.8.18, 6.1.9.7., 6.1.9.12, 6.3.17 en 6.4.1.2. vergelijkbaar matigingsrecht te geven. Ik meen dat verschillende gronden er voor pleiten dat het driemanschap het anders heeft bedoeld.

In de eerste plaats valt het op, dat de toelichting op het artikel geen melding maakt van de conclusie op het 10de vraagpunt, die bij het volgende artikel ter sprake komt, anderzijds de toelichting op art. 6.1.9.7. de matiging voorzien in art. 6.1.9.6. niet noemt als een van de gevallen waarin het ontwerp in afwijking van art. 6.1.9.7. een ruimere matigingsbevoegdheid nodig heeft geoordeeld. In de tweede plaats zegt de toelichting dat een voorschrift als art. 6.1.9.6. in de meeste nieuwere wetboeken is opgenomen, doch vat men deze mededeling in die zin op dat de wetboeken waarop de toelichting het oog heeft²⁶³ alle aan de rechter een matigingsbevoegdheid bij medeschuld toekennen dan komt men bedrogen uit, men vergelijkte art. 44 Zw. OR, dat dit wel doet, met de artt. 254 BGB, 1304 ABGB en 1227 Cod. Civ. It., die alle, zij het in uiteenlopende bewoordingen, gedeel-

²⁶¹ cf. § 26.

²⁶² zie Handelingen 1952-53 blz. 2723, 2727 en Macijer, a.w. blz. 218.

²⁶³ zie noot 3 op blz. 564.

telijke schadevergoeding in evenredigheid met de wederzijds begane fouten voorschrijven, en dus veel meer als een aansprakelijkheidsregel dan als een matigingsbevoegdheid zijn geformuleerd. Legt men tenslotte de tekst van art. 6.1.9.6. naast die van de andere matigingsvoorschriften, dan trekt een duidelijk verschil in terminologie de aandacht. In alle andere gevallen bepaalt het ontwerp, dat de schadevergoeding door *de rechter* gematigd worden *kan*. In art. 6.1.9.6 wordt de rechter niet genoemd en ontbreekt het woord „kan”: matiging of verval van de vergoedingsplicht wordt imperatief voorgeschreven, zij het met de toevoeging „voorzover dit redelijk is”.

Het lijkt mij nu, dat het ontwerp hier niet meer bedoelt, dan de door de rechtspraak gevormde regels omtrent gedeeltelijke aansprakelijkheid bij eigen schuld en medeschuld en bij verzuim van schadebeperkende maatregelen te codificeren in een wat ruimere formulering, die ruimte voor verdere ontwikkeling laat, o.m. doordat ook gedragingen van ondergeschikten en andere omstandigheden, die naar de opvattingen van het verkeer tot de risicosfeer van de benadeelde behoren ²⁶⁴ onder de werking van de bepaling worden gebracht. Daardoor kon met een voorschrift over vermindering van de aansprakelijkheid in evenredigheid tot de wederzijds begane fouten niet volstaan worden, en bovendien bood de gekozen formulering het bijkomende voordeel dat geen keuze gedaan behoefde te worden met betrekking tot de strijdvraag of het bij medeschuld gaat om de meer of mindere verwijtbaarheid aan beide zijden dan wel eerder om de mate waarin de wederzijdse fouten tot het ontstaan van het schadelijk gevolg hebben bijgedragen.

Deze overwegingen voeren mij tot de conclusie zowel dat het ontwerp niet miskend heeft, dat het bij medeschuld en aanverwante vragen niet gaat om matiging maar om verminderde aansprakelijkheid als dat deze bepaling in de praktijk wel hanteerbaar zal blijken. Wil men hetgeen de rechter bij de toepassing van dit voorschrift doen moet ook als matiging betitelen, dan is daartegen op zich zelf geen bezwaar, mits men maar

²⁶⁴ Toelichting t.a.p.

voor ogen houdt dat dit een matigingsrecht van andere aard is dan dat van art. 6.1.9.7, in het bijzonder daardoor dat, als de voorwaarden voor toepassing van het artikel vervuld zijn, de aansprakelijke *recht* heeft op matiging en de rechter daartoe *verplicht* is. Bij toepassing van art. 6.1.9.7 of van een algemene matigingsbevoegdheid daarentegen behoort het oordeel of matiging gerechtvaardigd is in zoverre aan de rechter te worden overgelaten, dat de beslissing om na afweging van alle omstandigheden geen matiging toe te laten niet als juridisch onjuist zal kunnen worden gekwalificeerd. Zou de rechter echter, na relevante medeschuld te hebben vastgesteld, op grond van de financiële omstandigheden van partijen (w.a. verzekering!) tot volledige schadevergoeding veroordelen, dan zou deze beslissing wegens strijd met art. 6.1.9.6. ook in cassatie kunnen worden aangetast.

§ 37. *Slotbeschouwing.*

Het is tijd om dit reeds te lange preadvies te besluiten. In afwijking van eerder inzicht heb ik mij bij het schrijven daarvan tot een gematigd voorstander van een algemeen rechterlijk matigingsrecht ontwikkeld, mits dit binnen zekere grenzen gehouden kan worden. Daarvoor acht ik, gelijk gezegd, een wettelijke verwijzing naar dringende eisen van billijkheid gekoppeld aan een enuntiatieve vermelding van de belangrijkste matigingsfactoren voldoende. Van de relativiteit van deze mening en van het gewicht van de argumenten die men tegen het matigingsrecht, tegen de door mij verdedigde en voor de door mij verworpen matigingsgronden kan aanvoeren, ben ik mij intussen bewust gebleven, evenzeer als van het feit dat ieders oordeel over deze vragen niet alleen door objectieve afweging van voor en tegen wordt gevormd, maar in laatste instantie van eigen instelling en voorkeur afhangt. Wel heb ik echter de indruk dat de ontwerpers van het zesde boek onnodig beducht zijn geweest voor de consequenties van een algemeen matigingsrecht voor de praktijk. Gaan wij er van uit dat de wet geschreven wordt voor goede rechters, die billijkheid, rechtszekerheid en juridisch verantwoordelijkheidgevoel harmonisch weten

te combineren, dan mag van een matigingsrecht naar mijn gevoelen een heilzame invloed op de rechtspraak verwacht worden. En hoewel men daaraan geen beslissende betekenis mag toekennen, mogen wij twee dingen bij onze oordeelsvorming nog mede laten wegen: in de eerste plaats dat het matigingsrecht, dat aan het Zwitserse burgerlijk recht ontleend is, in Zwitserland nooit tot ernstige klachten aanleiding heeft gegeven, hoewel de Zwitsers er als volk niet om bekend staan dat zij zo veel toegeeflijker schuldeisers dan wij zijn, en in de tweede plaats, dat het matigingsrecht een van de centrale punten in Meijer's denkbeelden over het nieuwe BW is geweest, terwijl Meijers aan zijn grote kennis een even groot gevoel voor de behoeften van de praktijk paarde.

INHOUD

	blz.
I. Inleidende beschouwingen	125
§ 1: De vraagpunten	125
§ 2: Het matigingsrecht in het ontwerp voor het zesde boek	127
§ 3: Taak van de praedviseurs	129
§ 4: Omlijning van het onderwerp	130
§ 5: Benaderingswijze	134
II. Het geldende Nederlandse recht	136
§ 6: Het beginsel van de integrale schade- vergoeding	136
§ 7: Uitzonderingen op het beginsel	137
a. artikel 1283 BW	138
b. wettelijke aansprakelijkheids- beperkingen	139
c. de artikelen 1406 en 1407 BW	142
d. andere wettelijke bepalingen die de rechter een matigingsbevoegd- heid geven	144
e. dienstbetoon	145
§ 8: Wijze van schadebegroting	147
III. Buitenlands recht	149
§ 9: Belang van rechtsvergelijking	149
§ 10: Frankrijk	149
§ 11: België	152
§ 12: Italië	153
§ 13: Spanje	154
§ 14: Engeland	155
§ 15: Duitsland	158
§ 16: Oostenrijk	159
§ 17: Zwitserland	161
§ 18: Conclusies	164
IV. Voor en tegen van het matigingsrecht	165
§ 19: Algemene aspecten	165
§ 20: Eigen standpunt	169
§ 21: Schuldgraad	171
§ 22: Schadeomvang en draagkracht. Mate van de matiging	173

§ 23: Onvoorzienbaarheid van het schade-	175
bedrag	
§ 24: Dienstverband en beroepsuitoefening	178
§ 25: Dienstbetoon	180
§ 26: Noodzaak om snel te beslissen . . .	181
§ 27: Aansprakelijkheid buiten schuld . .	182
§ 28: Overmachtstituaties	184
§ 29: Marginale causaliteit	186
§ 30: Eigen schuld en medeschuld van de	
benadeelde	188
§ 31: Wanprestatie en onrechtmatige daad	191
§ 32: Invloed van verzekering	194
§ 33: Conclusies	197

V. Nadere beschouwing van het matigingsrecht	
in het ontwerp zesde boek	198
§ 34: Algemene kritiek	198
§ 35: Bijzondere gevallen	206
§ 36: Medeschuld	207
§ 37: Slotbeschouwing	209

„In welke gevallen dient de wetgever de rechter te verplichten of hem de bevoegdheid te geven de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad te matigen?”

Prae-advies van Mr. V. A. D. M. van Haren

I. INLEIDING

1. De gedachtenwisseling over vraagpunt 10.

In het zittingsjaar 1952-53 werd aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal met het oog op het te ontwerpen zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (verbintenissenrecht in het algemeen) onder andere de vraag voorgelegd die, zij het iets anders geformuleerd, in de algemene vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging in juni 1964 onderwerp van discussie zal zijn.

De vraag zoals de toenmalige Raadsadviseur, Prof. Meijers, haar had geformuleerd luidde: „Dient aan de rechter een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen?”¹ Als voorbeelden van voor de schuldenaar verlichtende omstandigheden die tot zodanige matiging aanleiding zouden kunnen geven werden in de toelichting bij het vraagpunt genoemd: de geringe mate van schuld; het hoge bedrag van de schade onevenredig aan de mate van schuld; de noodzakelijkheid waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen of een dienstverband, hetgeen de noodzakelijkheid met zich brengt om risico's op zich te nemen die men voor zichzelf niet kan of zou willen lopen en tenslotte: aansprakelijkheid krachtens de wet geheel buiten zijn schuld. Als voorbeeld van een zodanig matigingsrecht noemde Meijers art. 43 van het Zwitserse verbintenissenrecht². Hij merkte nog op dat de vraag van belang is zowel voor schade uit wanprestatie als uit onrechtmatige daad.

¹ Bijlage Handelingen Tweede Kamer 1952-53 - 2846 no. 3.

² De tekst van enige, voor ons onderwerp van belang zijnde artikelen van het Zwitserse verbintenissenrecht (O.R.) zijn in een bijlage afgedrukt.

Het voorlopig antwoord van de Minister van Justitie luidde bevestigend, echter met dien verstande dat geen matiging toegelaten is, voorzover de schuldenaar door verzekering zijn aansprakelijkheid heeft gedekt, daartoe verplicht was of zodanige dekking gebruikelijk is.

De Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht bleek eenstemmig van oordeel te zijn dat ten aanzien van de onrechtmatige daad een matigingsrecht als door de Minister bedoeld wenselijk is. Met een bepaling in de geest van art. 43 van het Zwitserse verbintenissenrecht zou de commissie zich, althans voor schade uit onrechtmatige daad, kunnen verenigen. Financieel on- of minvermogen van degene die tot schadevergoeding verplicht is zou volgens de commissie niet zo gemakkelijk als een bijzondere tot matiging aanleiding gevende omstandigheid kunnen gelden als bijvoorbeeld de mate van zijn schuld³. Ten aanzien van het, in het voorlopig antwoord van de Minister gemaakte voorbehoud waren de meningen in de commissie verdeeld. Een meerderheid meende dat men het aan de rechter moet overlaten, in hoeverre deze bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening wil houden met bestaande aanspraken uit hoofde van verzekering. Wel was men het erover eens dat de nieuwe regeling er nimmer toe mag leiden dat het dragen van eigen risico aantrekkelijker wordt dan het sluiten van een nieuwe verzekering.

Ten aanzien van de door een minderheid van de commissie gewenste beperking der matigingsbevoegdheid tot de schadevergoeding uit onrechtmatige daad merkte de Minister in zijn antwoord op dat een verschil te maken tussen niet-nakoming van overeenkomsten en onrechtmatige daden niet aan te raden is wegens het weinig principiële van de grenslijn tussen beide.

Hoewel tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer van verschillende zijden bedenkingen rezen tegen de voorlopige conclusie van de Minister en het matigingsrecht als zodanig ten aanzien van met schuld veroorzaakte schade zelfs principiële bezwaren ontmoette, werd de conclusie nochtans ongewijzigd door de Kamer overgenomen⁵.

³ Bijlage Handelingen Tweede Kamer 1952-53 - 2846 no. 9.

⁴ Bijlage Handelingen Tweede Kamer 1952-53 - 2846 no. 11.

⁵ Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2717-2734.

2. *De matigingsbevoegdheid van de rechter in het ontwerp nieuw B.W.*

De wijze waarop de ontwerpers van een nieuw burgerlijk wetboek aan het matigingsrecht gestalte hebben gegeven, stelt hen teleur die in het te ontwerpen zesde boek een ruime matigingsbevoegdheid in de trant van art. 43 O.R. meenden te zullen aantreffen⁶. Een algemene, zowel voor de aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad als voor die uit wanprestatie geldende, bevoegdheid van de rechter om, rekening houdende met de toedracht van het geval, de schadevergoedingsplicht te matigen treft men in het ontwerp niet aan. Wel wordt aan de rechter een matigingsbevoegdheid toegekend die het gehele terrein der wettelijke aansprakelijkheid voor schade bestrijkt, doch slechts de noodtoestand waarin de schuldenaar zou komen te verkeren indien hij de schade volledig moet vergoeden kan grond tot matiging der schadevergoeding opleveren (art. 6.1.9.7.); financieel on- of minvermogen van de schuldenaar dus. Doch dit was een omstandigheid die volgens de Vaste Commissie niet zo gemakkelijk tot matiging zou mogen leiden; een standpunt dat Meijers tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer onderschreef⁷.

Kwamen de ontwerpers niet tegemoet aan de wens naar een rechterlijke bevoegdheid tot matiging der schadevergoeding in geval van geringe of relatief geringe schuld van degeen die een onrechtmatige daad of wanprestatie pleegde; die naar een matigingsrecht bij aansprakelijkheid buiten schuld werd gehonoreerd in art. 6.3.17, hetwelk de rechter een ruime matigingsbevoegdheid⁸ verleent indien de aansprakelijkheid niet op eigen onrechtmatig handelen of nalaten berust; de zogenaamde quasi-onrechtmatige daden. Blijkens de toelichting bij dit artikel hebben de ontwerpers de toepassing ervan niet willen uitstrekken tot de contractuele aansprakelijkheid buiten

⁶ Maeijer, die in zijn proefschrift „Matiging van schadevergoeding” (Nijmegen, 1962) een ruime matigingsbevoegdheid op in de wet enuntiatief op te sommen gronden met bekwaamheid heeft bepleit, geeft aan het slot van zijn dissertatie (bl. 207 v.) van die teleurstelling blijk.

⁷ Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2726.

⁸ Volgens Maeijer, a.w. bl. 213, in te ruime mate. Aldus ook: G. J. Scholten, inaug. rede 1962, bl. 18 v.

schuld, omdat de rechtszekerheid op het gebied van het contractenrecht te zeer geschokt zou zijn indien in de vele gevallen waarin een contractspartij tot schadevergoeding gehouden is, hoewel hem van het niet nakomen zijner verbintenis geen verwijt kan worden gemaakt, hij zich met een verzoek tot matiging van zijn vergoedingsplicht wegens de omstandigheden van het concrete geval tot de rechter zou kunnen wenden.

Voorts houdt art. 6.1.9.6. de mogelijkheid in tot matiging of opheffing der schadevergoedingsplicht ingeval van „mede-schuld” van de benadeelde, welke mede-schuld ook naar geldend recht tot vermindering der aansprakelijkheid leidt en geeft art. 6.1.8.18 uitbreiding aan de matigingsbevoegdheid van art. 1345 B.W. (overeengekomen boete). Art. 6.1.9.12, dat de plaats gaat innemen van art. 1406, geeft de rechter bij aansprakelijkheid voor iemands dood een soortgelijke, doch stringenter geformuleerde, bevoegdheid tot matiging der daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht als art. 1406 B.W. De bijzondere matigingsbevoegdheid ten aanzien van schade als gevolg van toegebracht lichamelijk letsel van art. 1407 B.W. zal, als het ontwerp wet wordt, niet terugkeren. Een aan matiging verwante figuur vindt men onder andere in artt. 6.3.6.: jeugdige of geestelijk dan wel lichamelijk gebrekkigen, aan wie op die grond een door hen gepleegde onrechtmatige daad niet kan worden toegerekend, zijn daarvoor niettemin aansprakelijk, doch de rechter stelt de schadevergoeding naar billijkheid vast ⁹.

In hun toelichting bij art. 6.1.9.7 motiveren de ontwerpers het ontbreken van een algemene — in de zin van: voor alle gevallen van wettelijke aansprakelijkheid geldende — matigingsbevoegdheid in de geest van art. 43 O.R. met een beroep op de kamerstukken, waaruit zou zijn af te leiden dat conclusie 10 inhoudt dat de rechter die bevoegdheid slechts zou mogen uitoefenen op een grond, vallende onder één der rubrieken die limitatief in de wet zijn opgesomd; aan welke eis art. 43 O.R. niet voldoet daar het in feite de rechter geheel vrijlaat. Wellicht doelden de ontwerpers op de uittaling van Meijers in de Tweede Kamer, dat de strekking der voorgestelde bepaling wel

⁹ Vgl. art. 54 O.R.

degelijk is, de bijzondere omstandigheden die tot matiging aanleiding kunnen geven door de wet nader te doen bepalen, zodat tevoren vaststaat of een matiging mogelijk is en het matigingsrecht de proceslust niet aanmoedigt ¹⁰. Die nadere bepaling behoeft echter niet noodzakelijk te geschieden in de vorm van een limitatieve opsomming. Doch al zouden de wensen van de Kamer op dit punt inderdaad tegenstrijdig zijn geweest, dan nog zou de aanvaarding van een algemene matigingsbevoegdheid op andere gronden dan financieel on- of minvermogen van de debiteur de wens van Minister en Kamer meer nabij zijn gekomen. Want uit de kamerdebatten blijkt in ieder geval wel dat de gedachten in de eerste plaats uitgingen naar bijzondere omstandigheden van de schadeveroorzakende gebeurtenis zelf en in de laatste plaats naar persoonlijke omstandigheden van de debiteur.

Het valt te betwijfelen of een algemeen matigingsrecht op grond van financieel onvermogen van de schuldenaar, dat zelfs toepassing kan vinden indien de door deze veroorzaakte schade aan zijn schuld te wijten is, tegenover de potentiële slachtoffers te rechtvaardigen is, doch het lijkt niet gewaagd te veronderstellen dat een matigingsbevoegdheid enkel op deze grond in de praktijk niet van zoveel belang zal blijken te zijn als de centrale plaats die zij in het ontwerp inneemt zou doen vermoeden ¹¹. De praktijk leert immers dat niet licht een actie tot schadevergoeding van enige betekenis wordt aangespannen tegen een debiteur die weinig of geen verhaal biedt; zonodig zal de raadsman van de crediteur deze daarvan wel weerhouden. Zijn geringe financiële draagkracht blijkt de debiteur veelal afdoende te beschermen tegen schadevergoedingseisen die zijn betalingsvermogen verre te boven gaan. Veel kwetsbaarder is degeen die de door zijn schuld toegebrachte schade nog juist wel kan vergoeden, doch daaraan een zekere mate van welstand moet opofferen. Hem echter komt het ontwerp niet tegemoet indien hij de schade door een geringe fout teweeg heeft gebracht en de benadeelde zonder bezwaar de schade geheel of gedeeltelijk zelf zou kunnen dragen. Juist ten aanzien van

¹⁰ Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2723.

¹¹ in het Zwitserse Obl. recht is „Nottlage” een bijkomende reden tot matiging.

de op schuld berustende wettelijke aansprakelijkheid zijn de mogelijkheden tot matiging, die het ontwerp de rechter biedt, uiterst beperkt. Eerder dan een bepaalde interpretatie van de kamerstukken, kan de vrees voor een te grote vrijheid van de rechter op dit veruit belangrijkste gebied der wettelijke aansprakelijkheid voor schade verklaren dat de keuze van een algemene matigingsgrond is gevallen op de „Notlage” van art. 44 lid 2 O.R., die de rechter minder ruimte laat voor een eigen billijkheidsoordeel dan welke andere matigingsgrond ook ¹². En inderdaad gaat het in wezen om de vraag of de wetgever, door ten aanzien van de omvang der schadevergoedingsplicht terug te treden voor het billijkheidsoordeel van de rechter, niet een te onzeker element in het schadevergoedingsrecht introduceert; of hij de rechtszekerheid geen geweld aandoet teneinde onbillijkheden, waartoe de aansprakelijkheidsregels bij de toepassing in concreto zouden kunnen leiden, te vermijden. Met het oog hierop zal, zoals ik hierna hoop aan te tonen, een voor alle vormen van wettelijke aansprakelijkheid geldende matigingsbevoegdheid, ruimer dan die welke het driemanschap wenselijk achtte, slechts aanvaardbaar zijn indien de wettelijke formulering ervan a) een redelijke waarborg biedt dat integrale schadevergoeding regel, en matiging uitzondering blijft; b) de norm inhoudt die in elk voor matiging in aanmerking komend geval de *mate* van de toe te passen reductie in hoofdzaak bepaalt en c) de toelaatbare reductie begrenst.

II. BEGRENZING VAN HET MATIGINGSRECHT

3. *Het belang van de gelaedeerde.*

Als de rechter de wettelijke schadevergoedingsplicht matigt, laat hij een deel van de schade voor rekening van de benadcelde, die immers nimmer op meer dan volledige schadevergoeding recht heeft. Matiging op een andere grond dan „mede-schuld” geschiedt dus steeds ten koste van de benadcelde, die aan het ontstaan van de schade part noch deel heeft. Deze consequentie achten sommigen,

¹² Vgl. Toelichting op het 6e boek ontwerp nieuw B.W., bl. 565, al. 2.

althans voorzover de aansprakelijkheid op schuld van de debiteur berust, onaanvaardbaar. Soms wordt daartoe een beroep gedaan op morele of „prae-juridische” normen of beginselen¹³. In de Tweede Kamer sprak van Rijkse-vorsel van een beginsel van de natuurlijke zedenwet, inhoudende dat hij, door wiens schuld aan iemand schade is berokkend, verplicht is deze schade ten volle aan het slachtoffer of de benadeelde te vergoeden. De afgevaardigde Oud sloot zich bij deze mening aan en noemde het matigingsrecht in principe eigenlijk fout¹⁴.

Dat men, ook afgezien van art. 1401 B.W., op morele gronden verplicht kan zijn om schade die men zonder recht en door zijn schuld aan een ander toebrengt te vergoeden, wil ik niet ontkennen, doch ik ontken wel dat die morele norm geen uitzonderingen zou toelaten. Met name indien, gelet op de wederzijdse draagkracht der betrokkenen, de eis tot volledige schadevergoeding kennelijk onbillijk zou zijn of indien de dader niet in staat is de schade te vergoeden, zal deze zich van zijn morele verplichting ontslagen mogen achten.

Doch hoe te oordelen over het bezwaar van hen die, zoals Wolfsbergen¹⁵ matiging van schadevergoeding onbillijk achten tegenover de benadeelde ongeacht de mate van schuld van degene die de schade veroorzaakte? Het gaat hierbij niet om de vraag, of als regel de billijkheid niet eist dat degeen, die door zijn fout — al was het een geringe fout — een ander schade heeft toegebracht, die schade volledig moet vergoeden, want inderdaad zal de billijkheid dat gewoonlijk eisen. Moet echter niet voor die uitzonderingsgevallen, waarin de benadeelde de schade wegens een geringe fout een niet of nauwelijks te dragen last wordt opgelegd zo hij de schade geheel moet vergoeden, de rechter de bevoegdheid worden toegekend die last tot een dragelijke te reduceren? Wie dit, enkel met een beroep op het belang van de onschuldige benadeelde, ontkent, verabsoluteert mijns inziens diens aanspraak op volledige schadevergoeding en miskent 's-mensen vatbaarheid voor het maken van fouten. Uit

¹³ Zie Slagter, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Leiden 1952.

¹⁴ Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2718 en 2720.

¹⁵ Wolfsbergen, De onrechtmatige daad, Leiden 1946, bl. 220 v.

Von Tuhr-Siegwart citeer ik in dit verband: „Es kann Ungerecht gegen den Verletzten scheinen, dass er bei leichter Fahrlässigkeit des Täters nicht voll entschädigt wird. Erwägt man jedoch, dass der ganzen Schadenersatz von einem Verschulden des Täters abhängt und der Verletzte bei fehlendem Verschulden des Täters den Schaden selbst zu tragen hat; erwägt man ferner, dass die Ersatzpflicht für den Täter wie eine Strafe wirkt, weil sie sein Vermögen vermindert, und ihn bisweilen härter trifft, als eine Strafe; erwägt man endlich, wie unsicher die Grenze zwischen leichter Fahrlässigkeit und Schuldlosigkeit verläuft und wie schwer die Schranken des adäquaten Kausalzusammenhanges zu finden sind, so scheint es in der Tat der Billigkeit zu entsprechen, dass der Richter den Fahrlässigen Schadensstifter milder behandeln darf als einen vorsätzlichen Täter“¹⁶. Hoe aannemelijk deze argumenten echter ook klinken, ze zullen slechts hem overtuigen die reeds geneigd is het er aan ten grondslag liggende billijkheidsoordeel te onderschrijven. Want tegenover het beroep op de rol van het toeval kan men met Beekhuis overwegen, dat wanneer men onder toeval verstaat het geheel van voorwaarden, dat vereist was voor het intreden van de schade, met uitzondering van de schuldige gedraging zelf, dit toeval bij iedere onrechtmatige daad, ook de opzettelijke, een overheersende rol speelt¹⁷. En het beroep op de moeilijk te bepalen grens tussen schuld en onschuld, oorzakelijk verband of geen oorzakelijk verband doet denken aan een rechter die zou voorstellen de verdachte een voorwaardelijke straf op te leggen omdat het bewijs dat deze het hem telaste gelegde heeft gepleegd zo dubieus is¹⁸.

Doch, hoe dit zij, reeds naar geldend recht is matiging in vele gevallen mogelijk; heeft dus de regel dat onrecht-

¹⁶ Von Tuhr-Siegwart, Allgem. Teil des Schweizerischen Obl. rechts, 1942, bl. 96 v.

¹⁷ Beekhuis, Rechterlijke matiging bij de actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, inaug. rede Groningen 1939, bl. 23-24.

¹⁸ Vgl. G. J. Scholten, De beperkingen van de aansprakelijkheid met het gehele vermogen en de matigingsbevoegdheid van de rechter, inaug. rede Amsterdam 1962, bl. 12: „De vraag of men de schade-toebrengende handeling had kunnen vermijden kan zeer dubieus zijn, maar die vraag moet men altijd met ja of neen beantwoorden. Op dit gebied is voor een tussenstandpunt geen plaats.”

matig toegebrachte schade volledig vergoed moet worden geen absolute gelding, ook niet indien de aansprakelijkheid op een schuldige gedraging berust. De belangrijkste uitzonderingsbepalingen zijn de artt. 1406 en 1407 B.W., volgens welke, ingeval van aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel, de rechter de schadevergoeding waardeert naargelang van de stand en fortuin van partijen. Waarderen betekent hier: matigen¹⁹. Doordat deze artikelen mede naar „de omstandigheden” verwijzen geniet de rechter een grote vrijheid bij het bepalen der schadevergoeding. Matiging is verder mogelijk van de op art. 31 W.V.W. berustende schadevergoedingsplicht ingevolge het 5e lid van dat artikel; van een overeengekomen boete (artt. 1345, 1576b en 1637u B.W.) of wettelijke schadeloosstelling (1638q en 1639 r B.W.); van de schadevergoeding wegens verzuim van de zaakwaarnemer (1392 lid 2 B.W.) en van de verplichting tot terugbetaling van teveel betaalde huur (art. 26 lid 2 Huurwet).

Het bezwaar van dergelijke incidentele regelingen is: dat wat men de een toestaat, men aan de ander onthoudt. Het lijkt daarom billijker en rationeler de rechter de bevoegdheid toe te kennen in alle gevallen van wettelijke aansprakelijkheid de schadevergoeding tot een voor de debiteur enigermate dragelijk niveau te reduceren indien de billijkheid dat bepaaldelijk eist²⁰. De formulering ervan zal echter de rechter van het betrachten van te grote toegeeflijkheid ten koste van de benadeelde partij moeten weerhouden. In dit opzicht schiet de formulering van art. 1407 B.W. beslist tekort.

4. Matiging en rechtszekerheid.

Het matigingsrecht verleent de rechter een discretionnaire bevoegdheid bij het vaststellen van de schadevergoedingsplicht en voegt daarmee een nieuw element van onzekerheid toe aan de toch al vaak onzekere kansen die de

¹⁹ H.R. 2-1-1931, NJ 1931, 348 en laatstelijk: H.R. 2-11-1962, NJ 1963, 61.

²⁰ In dezelfde zin Langemeijer, *Schadeberekening bij dood of verwonding*, N.J.B. 1929, bl. 341 v. en van Oven, *Dood en verminking veroorzaakt door dieren*, NJB 1931, bl. 253 v.

schadevergoedingsactie biedt ²¹. Dat geldt voor een algemene matigingsbevoegdheid in meerdere mate dan voor incidentele regelingen, die op bepaalde soorten van schade of op bepaalde wijzen van schadeveroorzaking betrekking hebben. Een voorbeeld van de eerste leveren de artt. 1406 en 1407 B.W. en van de laatste art. 31 lid 5 Wegenverkeerswet. Indien het nodig blijkt de rechter in meer gevallen een matigingsbevoegdheid toe te kennen, schijnt de rechtszekerheid beter gediend met een uitbreiding van de incidentele matigingsregelingen dan met een algemeen matigingsrecht dat, wil het aan zijn doel beantwoorden, de rechter een min of meer ruime bevoegdheid moet geven in alle gevallen, waarin de billijkheid zulks naar zijn inzicht bepaaldelijk eist, tot matiging over te gaan.

Aan dergelijke incidentele regelingen kleven echter meerdere bezwaren. Vooreerst kunnen zij in vrijwel identieke gevallen tot geheel verschillende oplossingen leiden en hangt het soms zelfs uitsluitend van de benadeelde af of zijn wederpartij al dan niet een beroep op matiging der schadevergoeding kan doen. De ratio van een incidentele matigingsregel als die van de artt. 1406 en 1407 B.W. is, dat juist dood of lichamelijk letsel tot uitzonderlijk hoge schade in de vorm van inkomstenderving kunnen leiden en de daarvoor aansprakelijke een last opleggen die hij niet in staat is te dragen. Brengt men echter de omvang der in geld uitgedrukte schade in verband met de draagkracht van de schadeplichtige, dan zal schade, die in het ene geval als uitermate hoog is aan te merken, in het andere geval als een onbetekenende gelden. Een schade van f 10.000,— ingeval van een autobotsing is op zichzelf niet hoog te noemen. Toch vertegenwoordigt dat bedrag voor de meesten meer dan een jaarinkomen en zijn er dus maar betrekkelijk weinigen die een dergelijke schade geheel uit eigen middelen kunnen vergoeden. Wie nu door onvoorzichtigheid een autobotsing veroorzaakt, die tot een onbetekenende materiele schade, doch tot een inkomstenschade van het slachtoffer van f 10.000,— leidt, kan, in beginsel op mati-

²¹ Zie van Boeschoten, De omvang van de schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad, bijlage bij het advocatenblad van 15 oct. 1952, bl. 34.

ging der schadevergoeding aanspraak maken; doch hij kan het niet indien de schade toevallig enkel bestaat in het verlies van een auto ter waarde van eenzelfde bedrag. En dat soms zelfs de benadeelde het in de hand heeft of de dader al dan niet een beroep op matiging der schadevergoeding kan doen, kan een aan de praktijk ontleend voorbeeld verduidelijken. A lijdt schade doordat B hem met diens auto op het trottoir aanrijdt. Dat B met zijn auto het voetpad opreed is echter mede te wijten aan de fout van automobilist C. A, die de schuld van B. door middel van een strafvonnis kan bewijzen, spreekt deze tot schadevergoeding aan, doch baseert zijn eis uitdrukkelijk op art. 1401 B.W. en niet op art. 31 W.V.W. teneinde te voorkomen dat de rechter de schadevergoeding op grond van art. 31 lid 5 W.V.W. matigt wegens de medeschuld van C. Het gevaar, dat de rechter op het complex van feiten niettemin art. 31 W.V.W. zou toepassen, had A nog kunnen ontlopen door zijn eis eerst na verloop van de termijn van art. 31 lid 9 W.V.W. in te stellen.

Een niet gering bezwaar tegen een veelheid van incidentele matigingsregels in de trant van art. 1406 en 1407 B.W. is voorts, dat zij de systematiek van het schadevergoedingsrecht niet ten goede komen; dat recht onoverzichtelijk en onevenwichtig maken. Een regeling van de matigingsbevoegdheid die alle gevallen van wettelijke aansprakelijkheid voor schade bestrijkt verdient dan ook mijns inziens de voorkeur, mits het offer aan rechtszekerheid dat daartoe zou moeten worden gebracht binnen redelijke grenzen kan worden gehouden ²².

Maeijer ²³ die zich eveneens een voorstander toont van een in de wet neer te leggen algemene matigingsbevoegd-

²² Op de in de Tweede Kamer gestelde vraag of het niet beter zou zijn de bijzondere gevallen, waarin de wet matigingsrecht erkent, uit te breiden, antwoordde Meijers: „Als men zulk een vooruitziende blik had, dat men alle bijzondere gevallen, die zich kunnen voordoen, zou kunnen noemen, dan zou ik het volkomen met de geachte afgevaardigde eens zijn. Men zou dan wel een heel dik wetboek krijgen. Ik vindt het beter een algemene regeling te geven, omdat toch in bijzondere gevallen dezelfde motieven zullen gelden, die men in het algemeen kan formuleren.” (Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2726.)

²³ Maeijer, a.w. bl. 104 v.

heid van de rechter ten aanzien van schadevergoeding na wanprestatie en onrechtmatige daad, noemt drie wegen die de wetgever daarbij zou kunnen bewandelen: a) Hij kan volstaan met een zeer algemene formule en zich van iedere poging tot opsomming van de bijzondere omstandigheden uit hoofde waarvan de rechter de verplichting tot schadevergoeding kan matigen onthouden. b) Hij kan die bijzondere omstandigheden op limitatieve wijze in de wet opsommen. c) Hij kan ook de bijzondere omstandigheden die tot matiging zouden kunnen leiden enuntiatief, bij wijze van voorbeelden, opsommen. Maeijer kiest het laatste en meent dat de wetgever de rechter aldus enigermate de richting aangeeft die deze moet inslaan. Hoe hij zich die opsomming heeft gedacht geeft Maeijer weer in een schema op bl. 206 van zijn proefschrift. Een respectabele lijst van matigingsgronden die aan de Zwitserse casuïstiek zijn ontleend. Het zijn aan de zijde van de laedens: lichte schuld, verzwakt causaliteitsverband, handelen uit welwillendheid of geringe draagkracht en aan de zijde van de gelaedeerde: een gedraging of gebeurtenis die heeft bijgedragen tot het ontstaan of de vermeerdering van de schade; waarbij dan een aantal andere omstandigheden worden genoemd die bij de beoordeling van elk dier matigingsgronden van belang kunnen zijn. Zulk een opsomming, die blijkbaar voor uitbreiding vatbaar is, maakt echter de rechter niet duidelijk hoe hij te werk moet gaan, indien hij in het hem voorgelegde geval redenen aanwezig acht om de schadevergoedingsplicht te matigen. De rechter ziet zich dan gesteld voor twee vragen: de eerste is: naar welke maatstaf hij de schadevergoedingsplicht kan of moet reduceren en de tweede: hoever hij daarmee kan gaan. Met een gemakkelijk te hanteren norm die, althans in hoofdzaak, de mate van de toe te passen reductie bepaalt en een vaste matigingslimiet is naar mijn mening de rechtszekerheid meer gediend dan met een opsomming van de redenen die tot matiging aanleiding kunnen geven. Ik wil daarmee allerm minst zeggen dat een beoordeling van de mogelijke matigingsgronden niet van belang zou zijn. Men zal de rechter echter noodzakelijkerwijze juist in dit opzicht nu eenmaal in beginsel vrij moeten laten indien men voor een algemeen matigingsrecht opteert en de beper-

kingen die de rechtszekerheid eist elders moeten zoeken. Het belang van een onderzoek der mogelijke matigingsgronden is in dit geval vooral, dat het kan leren welke omstandigheden *niet* tot matiging aanleiding mogen geven.

5. *Matigingsrecht blijve uitzonderingsrecht.*

De wettelijke aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad en uit wanprestatie wordt beheerst door het beginsel dat Mazeaud noemt: „Le principe de la réparation toujours intégrale quelle que soit la gravité de la faute”. „La faute la plus légère oblige son auteur à réparer toutes les conséquences dommageables, si considérables qu’elles puissent être”. De persoonlijke omstandigheden van de dader mogen bij de vaststelling van zijn schadevergoedingsplicht geen rol spelen: „Pauvre ou riche, peu importe; le responsable doit réparer tout le dommage causé par sa faute. Sans doute une même condamnation peut ruiner un individu, alors qu’elle apporte seulement une infime réduction au patrimoine d’un autre. Ce n’est pas une raison pour diminuer la condamnation dans le premier cas, pour l’augmenter dans le second, car les dommages-intérêts ne sont pas une peine.”

De praktijk, althans in Frankrijk, blijkt wederom sterker te zijn dan de leer: „Le principe est certain. Et pourtant les juges ne l’affirment bien souvent que pour mieux le violer... Sous couleur d’évaluer le préjudice, ils ont tendance à le gonfler ou le restreindre suivant la gravité de la faute”²⁴. Planiol-Ripert-Esmein bevestigen dit laatste, doch achten de verontwaardiging van Mazeaud misplaatst: „Cette pratique est critiquée par les auteurs qui ne considèrent pas la faute comme un acte sujet à reproche et lui enlèvent toute signification morale. Elle est au contraire légitime si la faute est un acte blâmable, le blâme comportant des degrés”²⁵.

Dat ook de Nederlandse rechter geneigd zou zijn de omvang der schadevergoeding te doen afhangen van de mate van schuld van de dader is nimmer beweerd. De pijnlijke nauwkeurigheid waarmee hij schadeberekeningen uitvoert en de matige vergoedingen voor immateriele

²⁴ Mazeaud, nos. 2364, 2365 en 2399.

²⁵ Planiol-Ripert-Esmein, VI no. 683.

schade (in Frankrijk de strafsanctie bij uitstek) laten nauwelijks ruimte voor zodanige kritiek. Trouwens, de opvatting dat de schadevergoeding evenredig zou moeten zijn aan de mate van schuld van de schadeplichtige, welke opvatting ten grondslag ligt aan art. 43 O.R.²⁶, is hier te lande wel verdedigd door Marx²⁷, doch heeft slechts bestrijding²⁸ en geen bijval gevonden. Toch meen ik, met Macijer²⁹, dat de rechter bij de uitoefening van het matigingsrecht zeker rekening mag houden, je zelfs rekening zal moeten houden met de mate van schuld van de laedens in die gevallen waarin diens aansprakelijkheid op schuld berust. Die bevoegdheid heeft hij, naar meestal wordt aangenomen, ook reeds ingevolge de artt. 1406 en 1407 B.W.³⁰. Anders echter dan Macijer³¹ en met Beekhuis³² en Scholten³³ meen ik dat geringe schuld op zichzelf nimmer een reden tot matiging kan zijn. Want veelal, zo niet meestal, is de schade te wijten aan onachtzaamheid of onvoorzichtigheid van de dader. Toepassing van het matigingsrecht in al die gevallen zou dan medebrengen dat volledige aansprakelijkheid eerst intreedt indien de dader meer dan geringe schuld kan worden verweten³⁴. Consequent doorredenerend zal men dan ook de eis van volledige schadevergoeding bij risico-aansprakelijkheid moeten laten vallen. Acht men dit resultaat gewenst dan ligt een *wettelijke beperking* van de aansprakelijkheid in die gevallen meer voor de hand. Matigen moet uitzondering blijven; dat ligt, gelijk Meijers in de Tweede Kamer opmerkte, in het begrip opgesloten³⁵. Het mag de aansprakelijkheidsregels zelf niet ondermijnen.

²⁶ Oftinger, Schweizerisches haftpflichtrecht, I bl. 235: „im Anschluss des Gedankengänge Iherings und Bluntschlis gilt das Postulat des Gleichgewichts zwischen Schuld und Schadenersatzpflicht.“

²⁷ Marx in W. 12404 en 12426.

²⁸ van de zijde van Wolfsbergen in W. 12411 en 12438 en Peis Rijken in W 12423. Zie ook Beekhuis, rede 1939, bl. 21-22.

²⁹ Macijer, a.w. bl. 129 v.

³⁰ Aldus o.a. Langemeijer in NJB 1929, bl. 346, de Jong en Mulderij, Prae-adviezen N.J.B. 1939 resp. bl. 20 en 125 en Hofman-Drion-Wiersma, II bl. 278-279. Anders: Wolfsbergen, a.w. bl. 233 en 220 en Asser-Rutten bl. 607.

³¹ Macijer, a.w., bl. 131.

³² Beekhuis, rede 1939, bl. 25.

³³ G. J. Scholten, rede 1962, bl. 12.

³⁴ Beekhuis, rede 1939, bl. 21.

³⁵ Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2731.

6. *Opzet en grove schuld.*

Niet alle gevallen van wettelijke aansprakelijkheid appelleren in gelijke mate aan het rechtsbewustzijn. De verplichting tot vergoeding van met opzet of aan opzet grenzende schuld veroorzaakte schade is van dringender aard dan die tot vergoeding van door onachtzaamheid of onvoorzichtigheid toegebracht nadeel. Dat men aansprakelijk is voor zijn eigen daad is vanzelfsprekender dan dat men de schade moet vergoeden door de daad van een ander of door een gebeurtenis, waarvoor men krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen moet instaan³⁶. Ook het schadevergoedingsrecht, dat op het beginsel der integrale vergoeding ongeacht de mate van schuld berust, veronachtzaamt deze hiërarchie van waarden niet geheel. Men is in het algemeen aansprakelijk voor de schadelijke gevolgen van zijn wanprestatie voorzover die gevolgen aan de tekortkoming adaequaat zijn; d.w.z. op het moment der wanprestatie met voldoende graad van waarschijnlijkheid zijn te voorzien. Art. 1283 B.W. echter beperkt die aansprakelijkheid tot de schadelijke gevolgen die op een eerder moment, n.l. dat van het aangaan der verbintenis, waren te voorzien, tenzij de schuldenaar zijn verplichting te kwader trouw niet is nagekomen. Een ander voorbeeld levert art. 43 Octrooiwet: slechts bewuste octrooischending verplicht tot schadevergoeding. Ingeval van mede-schuld moet de benadeelde een deel der schade — evenredig aan de wederzijds gemaakte fout — voor zijn rekening nemen.

Dat bij matiging van schadevergoeding rekening zal moeten worden gehouden met de mate van eventuele schuld van de schadeplichtige ligt voor de hand, al was het alleen reeds omdat bij ernstiger vormen van schuld matiging onbillijk zou zijn. Vrijwel algemeen wordt aangenomen dat bij toepassing van art. 1406 of 1407 B.W. schuld kan gelden als een omstandigheid, die de rechter bij de uitoefening van zijn matigingsbevoegdheid in aanmerking kan nemen. De Jong³⁷ meent dat in dat geval matiging slechts ingeval van lichte schuld is toegelaten. Deze gedachte vindt men terug in de matigingsregel van

³⁶ Vgl. G. J. Scholten, rede 1962, bl. 16.

³⁷ De Jong, Prae-advies NJV 1940 bl. 67.

art. 6.1.9.7. ontwerp nieuw B.W. („tenzij de schade door opzet of grove schuld is veroorzaakt”)³⁸.

Men kan zich afvragen of in het matigingsrecht de schuldgraad normatief moet zijn zoals in het Zwitserse recht, dan wel een begrenzendende rol moet spelen in dien zin, dat het van de mate van schuld afhangt of matiging op andere of mede op andere gronden mogelijk is. Ik geef de voorkeur aan het laatste, doch ben mij ervan bewust dat de rechter bij afweging van de mate van de reductie de schuldgraad bezwaarlijk uit zijn gedachten kan bannen. Of het juist zou zijn verder te gaan dan art. 6.1.9.7 en matiging enkel bij geringe schuld toe te laten betwijfel ik. Er kunnen zich in de praktijk gevallen voordoen, waarbij ook bij meer dan geringe schuld matiging mogelijk moet zijn. Men denke aan het geval dat iemand door hoogst onvoorzichtig een verkeersweg over te steken een autobotsing veroorzaakt die aan derden materiële schade berokkent, doch waarbij hijzelf zo ernstig wordt gewond, dat hij levenslang invalide zal zijn en zijn beroep niet meer kan uitoefenen. Als de tegenpartij de schade zonder bezwaar geheel of gedeeltelijk zelf kan dragen moet m.i. in dat geval matiging mogelijk zijn.

7. De financiële draagkracht van de schuldenaar en de benadeelde.

Volgens vraagpunt 10 zou matigen niet toegelaten zijn, voorzover de schuldenaar door verzekering zijn aansprakelijkheid heeft gedekt, daartoe verplicht was of zodanige dekking gebruikelijk is. Het driemanschap heeft in de matigingsartikelen 6.1.9.7. (noodtoestand) en 6.3.17 (quasi-onrechtmatische daden) wel de eerstgenoemde beperkingen, doch niet de laatste overgenomen en terecht omdat niet uit te maken is wat op dit gebied gebruikelijk is³⁹.

Maeijer vindt het voorbehoud te ruim gesteld. De dekking van de aansprakelijkheid van de schuldenaar door verzekering kan zijns inziens slechts invloed hebben op de geringe draagkracht van de schuldenaar. Ook als geringe draagkracht als matigingsfactor niet aanwezig is, zo meent

³⁸ Ook Maeijer (a.w. bl. 131) acht deze beperking geboden.

³⁹ Zie de toelichting bij eerstgenoemd artikel, bl. 566-567 en de daar vermelde literatuur en voorts: Köster, Prae-advies NJV 1959, bl. 204 v.

hij, kunnen andere factoren zoals belangeloos hulpbetoon of zeer geringe schuld, en ook eigen schuld of eigen risico van de schuldeiser zeer wel matiging rechtvaardigen. De eventuele invloed van deze matigingsfactoren zou niet mogen worden opgeheven door het verzekerd zijn van de schuldenaar dat in generlei verband met die factoren staat ⁴⁰.

Met deze opvatting kan ik mij slechts in zoverre verenigen dat ingeval van mede-schuld de draagkracht van partijen geen rol speelt; de schade wordt tussen dader en benadeelde verdeeld naar de mate van ieders fout. Doch de beperking der aansprakelijkheid van de laedens op grond van mede-schuld van de benadeelde is dan ook een apart leerstuk, dat aan matiging slechts verwant is ⁴¹. Dit blijkt reeds uit de tekst van art. 6.1.9.6.: „Wanneer de schade mede is te wijten aan een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt, voorzover dit redelijk is, de vergoedingsplicht gematigd of vervalt deze geheel.” Ligt er dan — zo kan men vragen — geen marge tussen „matigen” en „opheffen” van de vergoedingsplicht of liever: behoort daartussen geen marge te liggen? Als dat het geval is geeft deze, aan art. 44 O.R. ontleende, tekst van het artikel de kennelijke bedoeling van de ontwerpers ervan niet juist weer. In ieder geval hebben deze aan mede-schuld terecht een afzonderlijk wetsartikel gewijd.

De opvatting, dat ook in de andere door Maeijer genoemde gevallen de draagkracht van de schuldenaar geen rol mag spelen, deel ik echter niet. Op bl. 135 van zijn dissertatie onderschrijft hij het oordeel van Meijers, dat de geringe draagkracht van de aansprakelijke persoon weliswaar een grond kan zijn om de omvang van diens aansprakelijkheid te matigen, doch dat deze grond slechts met uiterste voorzichtigheid zal mogen worden toegepast, en hij wijst er in dit verband op dat afwijking van de regel, dat de benadeelde volledige schadevergoeding krijgt van de eenmaal aansprakelijk gestelde benadeler, slechts bij uitzondering gerechtvaardigd is ⁴². Welnu, om geheel dezelfde reden zal men minstens even voorzichtig moeten

⁴⁰ Maeijer, a.w., bl. 140.

⁴¹ Vgl. van Boeschoten, Opstel, bl. 34.

⁴² Maeijer, a.w., bl. 137.

zijn met geringe schuld als matigingsgrond; zelfs indien men — anders dan Maeijer — die geringe schuld slechts beschouwt als een voorwaarde voor matiging mede op grond van andere voor de schuldenaar verlichtende omstandigheden. Bij de beoordeling van een geval van schadeveroorzaking door schuld, is de aard van de gemaakte fout immers een dominerende factor. Indien de rechter nu in de geringe mate van schuld — een rekbaar begrip — aanleiding tot matiging ziet, zal hij een andere verlichtende omstandigheid, die tot zodanige matiging kan leiden, spoedig hebben gevonden. En dan dreigt — zoals ik in par. 5 meen te hebben aangetoond — evenzeer het gevaar dat matiging eerder regel dan uitzondering zal worden.

Naar mijn mening dient matiging dan ook slechts mogelijk te zijn indien — buiten het geval van noodtoestand — het voor de aansprakelijke persoon bezwaarlijk is de schade te vergoeden. Een gesloten verzekering, die voldoende dekking biedt, moet dus prohibitief zijn. Zou Maeijers opvatting in de rechtspraktijk ingang vinden, dan zal, vrees ik, bij velen de lust om zich tegen betrekkelijk hoge bedragen te verzekeren wel eens kunnen vergaan omdat men zich wel in staat acht grove fouten, die aan derden schade kunnen toebrengen, te vermijden.

De vraag of en in hoeverre het voor de aansprakelijk gestelde bezwaarlijk is de schade te vergoeden, zal de rechter uiteraard van geval tot geval moeten beoordelen. Hij zal daarbij meer of minder strenge maatstaven kunnen aanleggen naarmate de aansprakelijkheid al dan niet op schuld berust. Wellicht zullen „eigenrisico” van de gelaedeerde of belangeloos hulpbetoon daarbij meer gewicht in de schaal mogen werpen dan andere voor de schuldenaar verlichtende omstandigheden.

Anderzijds echter mag de omstandigheid, dat de gelaedeerde de schade zonder ernstig bezwaar zou kunnen dragen, b.v. dank zij een door hem gesloten verzekering, op zichzelf geen reden zijn tot matiging. In ieder geval zal de rechter, wanneer hij overweegt tot matiging over te gaan, het financiële belang van benadeelde naar verhouding zwaarder moeten laten wegen dan dat van de schuldenaar.

III HET ZWITSERSE VOORBEELD

8. *Art. 43 van het Zwitserse Verbintenissenrecht.*

Tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer over vraagpunt 10 is herhaaldelijk art. 43 O.R. ter sprake gekomen als voorbeeld van een algemeen matigingsrecht, zoals het in het nieuwe burgerlijk wetboek zou kunnen worden opgenomen. De idee om die bepaling uit het Zwitserse recht over te nemen is aantrekkelijk omdat daarmee tezamen met het aan art. 44 O.R. ontleende art. 6.1.9.7. (noodtoestand van de schuldenaar) een matigingsstelsel in onze wet zou worden geïntroduceerd dat in de praktijk is beproefd en tot bevredigende resultaten schijnt te leiden. Weliswaar wordt in art. 43 O.R. gesproken van „bestimmen” en niet van „ermässigen,” doch in feite wordt de bepaling als een matigingsbevoegdheid gehanteerd. De Hoge Raad leest in de artt. 1406 en 1407 B.W. ook „matigen” waar „waarderen” staat, omdat men hier te doen heeft met een uitzondering op de regel dat onrechtmatig toegebrachte schade volledig moet worden vergoed. Welnu, ditzelfde beginsel ligt ook aan de artt. 41 en 99 O.R. ten grondslag. Het driemanschap heeft zich echter van art. 43 O.R. gedistantieerd omdat het de rechter geheel vrijlaat. Doch ook de ruime formulering ervan behoeft op zichzelf geen beletsel te zijn de bepaling over te nemen, indien zou blijken dat doctrine en rechtspraak reeds de nodige beperkingen hebben aangebracht, die mogelijk in de Nederlandse wetstekst zouden kunnen worden overgenomen.

9. *„Bestimmung des Ersatzes.”*

Naar Zwitsers recht geldt enerzijds dat de schade, voorzover zij teweeg is gebracht door en adaequaat is aan de verboden gedraging geheel moet worden vergoed, doch anderzijds dat — althans bij „Verschuldenshaftung” — de schadevergoeding evenredig moet zijn aan de mate van schuld van de aansprakelijke persoon⁴³. De schade moet bewezen worden — aan welk bewijs overigens geen al te hoge eisen mogen worden gesteld⁴⁴ — en wordt voorzoveel

⁴³ Otfinger, *Haftpflichtrecht* I, bl. 232-233.

⁴⁴ van Tuhr-Sieglwart, a.w., dl I, bl. 91.

nodig door de rechter begroot (art. 42). Nadat de rechter aldus de maximaal te vergoeden schade heeft vastgesteld volgt de „Schadenersatzbemessung“⁴⁵. De rechter gaat tot schadereductie over indien de omvang der vergoedbare schade niet evenredig blijkt te zijn aan de geringe of betrekkelijk geringe schuld van de aansprakelijk gestelde en mede op grond van andere „Umstände“ zoals: de omstandigheid dat de schuldenaar de wederpartij een dienst wilde bewijzen⁴⁶ of vruchteloos gebleken pogingen heeft gedaan tot voorkoming of vermindering van het toegebrachte nadeel; de sociale en economische omstandigheden van partijen; de omstandigheid dat het toeval aan het ontstaan van de schade of de omvang ervan heeft medegewerkt (hetgeen bij „Verschuldenshaftung“ een reden kan zijn om het bestaan van een wanverhouding tussen schuld en schade aan te nemen en reeds op die grond een reductie toe te passen⁴⁷); de omstandigheid dat het gedode of gewonde slachtoffer door diens constitutie voor bepaalde ongunstige gevolgen van het letsel geprædisponeerd was⁴⁸ of dat de beschadigde zaak een gebrek vertoonde, hetwelk de schade heeft vergroot; en een — al dan niet verwijtbare gedraging van een derde, die aan het ontstaan van de schade heeft medegewerkt, voorzover dit als een voor de schadeplichtige schuldverlichtende omstandigheid kan gelden. Bijzondere vermelding verdienen nog art. 4 Eisenbahnhaftpflichtgesetz en art. 41 Motorfahrzeuggesetz, die ingeval van dood of lichamelijk letsel een soortgelijke matigingsbevoegdheid inhouden als de artt. 1406 en 1407 B.W.; bij ongewoon hoog inkomen van het slachtoffer kan de rechter naar omstandigheden de schade vergoedingsplicht matigen.

De rechter kan de grootte der schadevergoeding reduceren naar de mate van de schuld van de dader, d.w.z. wanneer deze niet met opzet doch slechts „fahrlässig“ gehandeld heeft de schadevergoeding naar eigen inzicht beperken tot de rechtstreekse of de voorzienbare schade, dan wel tot een deel van de totale schade⁴⁹. In de praktijk

⁴⁵ Zie hierover Oftinger, a.w., dl 1, par. 7 en von Tuhr-Siegmart, a.w., dl. I bl. 96 v.

⁴⁶ Vgl. H.R. 20 december 1957, NJ 1958, 68 met noot van Rutten.

⁴⁷ Hiertegen: Beekhuis, rede 1939, bl. 9-10.

⁴⁸ Vgl. over deze kwestie van Boeschoten, Opstel. bl. 18-19.

⁴⁹ von Tuhr-Siegmart, a.w. dl. I, bl. 96.

schijnt hij zich tot een globale aftrek „ex aequo et bono” te bepalen ⁵⁰.

10. Voor en tegen van deze regeling.

Het voordeel van een matigingsregel als die van art. 43 O.R. is ongetwijfeld, dat hij zoveel ruimte laat aan het eigen oordeel van de rechter dat deze in staat is in vrijwel elke concrete situatie tot een billijke oplossing te geraken. Doch ook in Zwitserland is men niet geheel blind voor de gevaren die in zulk een arbitraire rechterlijke bevoegdheid schuilen. De veelvuldige verwijzing naar het „richterliches Ermessen” ⁵¹, kenmerk van het Zwitserse recht, is, zo schrijft Oftinger, tegelijk een voor- en een nadeel. „Der Vorzug liegt in die Ermächtigung die Lösungen zu individualisieren. Eine Schwäche bedeutet der stellenweise wahrnehmbare Mangel an Kalkulabilität der richterlichen Entscheide. Die Begriffe und Regeln ermangeln oft der Präzision und die Schlüsse deshalb der Sicherheit, zumal sie auf eine Wertung hinauskommen” ⁵².

Er zijn echter meer bezwaren. Een ernstige leemte in het Zwitserse Haftpflichtrecht acht ik de geringe aandacht die het belang van de benadeelde krijgt. En toch moet de poging tot overbrugging van twee diametraal tegenover elkaar staande stelsels van wettelijke aansprakelijkheid voor schade: dat van de evenredigheid tussen *schade* en schadevergoedingsplicht en dat van het evenwicht tussen *schuld* en schadevergoedingsplicht op zichzelf reeds leiden tot achterstelling van het belang van de benadeelde bij dat van de schuldenaar. De eerste ontvangt nimmer meer dan de vergoedbare schade en de laatste mag ingeval van „Fahrlässigkeit” vrijwel altijd rekenen op matiging. De vanzelfsprekendheid waarmee men daarbij de invloed, die het toeval op de schadevergoedingsplicht heet uit te oefenen ⁵³, voor rekening laat van de gelae-

⁵⁰ Oftinger, I, bl. 248.

⁵¹ art. 4 Einleitung O.R. bepaalt dit begrip nader.

⁵² Oftinger, a.w. dl. I, bl. 445 v.

⁵³ Vgl. Beekhuis, rede 1939, bl. 9-10 en Polak, Verkeer en risico, inaug. rede A'dam 1959: „Wanneer men door *onvoorzichtigheid* een zaak verniet of een ander een verwonding toebrengt, zal — gegeven immers die onvoorzichtigheid — van het *ontstaan* dier schade een verwijt kunnen worden gemaakt; wat de *omvang* der schade betreft,

deerde als ware dat toeval aan zijn schuld te wijten ⁵⁴, is voor de Nederlandse jurist moeilijk te begrijpen. Ik kan mij dan ook geheel verenigen met de mening van het driemanschap, dat overneming van art. 43 O.R. geen aanbeveling verdient.

IV. NADERE BEPALING VAN EEN AAN DE RECHTER TOE TE KENNEN ALGEMENE MATIGINGSBEVOEGDHEID.

11. Wanneer mag de rechter matigen?

Valt de keuze op een algemene matigingsbevoegdheid, die ruimte laat aan het billijkheidsoordeel van de rechter, dan houdt dit in dat de wet de rechter in beginsel vrijlaat in de keuze van de gevallen waarin matiging van schadevergoeding geboden is. De wetgever zal die gevallen dan bezwaarlijk nader kunnen omschrijven dan als „bijzondere gevallen waarin de billijkheid bepaaldelijk eist de schadevergoedingsplicht te matigen”. Hij zal de matigingsbevoegdheid van de rechter echter wel in negatieve zin kunnen beperken door aan te geven in welke gevallen matiging uitgesloten is en de rechter duidelijk kunnen maken hoe deze moet handelen indien hij in de bijzondere omstandigheden van het geval aanleiding tot matiging vindt.

Een belangrijke beperking van het matigingsrecht ligt reeds opgesloten in het uitzonderingskarakter ervan. De rechter zal steeds voor ogen moeten houden dat volledige schadevergoeding regel en matiging uitzondering moet blijven en zal zich daarom van geval tot geval moeten

is het doorgaans een zaak van meevallen of tegenvallen, een resultaat, dat zich aan iedere mogelijkheid van voorafgaande beoordeling pleegt te onttrekken. Het feit van de onvoorzichtigheid impliceert toch — in tegenstelling tot het geval van opzet — dat men zich juist geen rekenschap heeft gegeven van het door gevaar bedreigde object; juist in de verontachtzaming daarvan ligt de „schuld”. Men draagt dus door niettemin voor de volledige omvang van de toegebrachte schade verantwoordelijk te worden gesteld, een risico-aansprakelijkheid voor wat de aard en omvang der schade betreft, welke men door schuld heeft veroorzaakt.”

⁵⁴ von Tuhr-Sieglwart, I bl. 97.

afvragen, of de consequente hantering van een matigingsgrond die hij zich voorstelt toe te passen niet zal leiden tot uitholling van de op het geval toepasselijke aansprakelijkheidsregel zelf. Zo zal, ingeval de schuldenaar krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen moeten instaan voor de schadelijke gevolgen van zekere gebeurtenis al heeft hij aan het intreden ervan geen schuld („Kausalhaftung”), het ontbreken van schuld op zichzelf geen reden tot matiging kunnen zijn en bij op schuld berustende aansprakelijkheid („Verschuldenshaftung”) de omstandigheid, dat de aansprakelijke persoon slechts lichte schuld treft, evenmin⁵⁵). Met het oog hierop zal de rechter uiterst voorzichtig moeten zijn met het toepassen van aan de Zwitserse casuïstiek ontleende matigingsgronden omdat deze veelal tot de (geringe) mate van schuld van de dader zijn terug te voeren. Hij zou dan licht in de verleiding kunnen komen moeilijke causaliteitsproblemen met behulp van het matigingsrecht op te lossen⁵⁶). Het dualisme van het Zwitserse Haftpflichtrecht heeft namelijk tengevolge dat de rechter wat hij met de ene hand geeft met de andere kan terugnemen; dat hij, de aequaliteitsleer toepassend, moet erkennen dat de geconstateerde schade in volle omvang aan de onvoorzichtige gedraging van de aansprakelijk gestelde is toe te schrijven, doch anderzijds, een gedeelte ervan voor rekening van het „toeval” latend, een wanverhouding constateert tussen de omvang van de schade en de geringe schuld van de dader en op grond daarvan tot reductie van de schadevergoeding overgaat. Zulk een toeval is b.v. de praedispositie van het slachtoffer van door onvoorzichtigheid toegebracht lichamelijk letsel; diens afwijkende aanleg die mede tengevolge heeft gehad dat de schade hoger is uitgevallen dan bij een dergelijk letsel te verwachten ware⁵⁷). De gepraedisponceerdheid van het slachtoffer is echter in dergelijke gevallen wellicht minder toevallig dan dat juist *deze* persoon het slachtoffer van de

⁵⁵ zie § 5.

⁵⁶ Maeijer (diss. bl. 185) juicht dit toe, doch n.m.m. zal het tot onzuivere beslissingen leiden en zou „oplossen” wel eens een „zich ervan afmaken” kunnen worden, hetgeen ook Maeijer afkeurt (o.a. op bl. 73).

⁵⁷ Oftinger, a.w., dl I, bl. 85-87 en 248-249.

onvoorzichtige gedraging was en niet een ander; dat hij gewond moest raken en nog wel op een wijze die juist voor hem bijzonder nadelig was en, zelfs, dat de onvoorzichtige gedraging „überhaupt” een slachtoffer heeft geëist. Juist bij door onvoorzichtigheid toegebrachte schade hangt de omvang der schade altijd in hoge mate van het toeval af; is elke verwachting ten aanzien van de omvang der schade een ijdele. Men kan slechts constateren dat de fout van de dader een geringe was en de schade hoe dan ook bijzonder hoog is opgelopen en dát zou naar omstandigheden een reden tot matiging der schadevergoeding kunnen zijn. Indien de schade door nalatigheid van de schuldenaar is ontstaan, met name indien hij wanprestaties heeft gepleegd, is dat anders⁵⁸. Een duidelijk voorbeeld hiervan levert het bekende arrest van de Hoge Raad van 27 november 1919 (NJ 1920, bl. 70). De op het moment van het aangaan der overeenkomst te verwachten prijsstijging der voor f 11,75 per 100 kg verkochte tarwebloem was f 3,— per 100 kg, doch door een oorzaak die toen nog niemand kon voorzien, het uitbreken van de eerste wereldoorlog, was die prijs ten tijde van de wanprestatie opgelopen tot f 23,50. Dat de rechter in een dergelijk geval zijn matigingsbevoegdheid hanteert om tot eenzelfde resultaat te komen als destijds de Hoge Raad door toepassing van art. 1283 B.W. bereikte, acht ik zeker gerechtvaardigd⁵⁹.

Het voorbehoud dat matiging uitgesloten is indien de schade door opzet of aan opzet grenzende schuld is veroorzaakt⁶⁰ schijnt vanzelfsprekend; een uitdrukkelijke bepaling in die zin lijkt niettemin gewenst.

Tegenover de grote vrijheid die een algemene matigingsbevoegdheid de rechter geeft zal moeten staan dat deze in zijn vonnis rekenschap geeft van de redenen die hem tot matiging aanleiding hebben gegeven⁶¹. De kritiek kan dan zonodig corrigerend werken op het door de rechterlijke macht te voeren matigingsbeleid en de rechtszekerheid zal erdoor worden bevorderd.

⁵⁸ Beekhuis, rede 1939, bl. 10.

⁵⁹ Evenzo: Macijer, diss., bl. 50 en 217.

⁶⁰ Zie § 6.

⁶¹ Aldus ook: Maeijer, diss., bl. 111 en, t.a.v. de artt. 1406 en 1407 B.W.: Mulderij, Prae-advies NJV 1940, bl. 130.

12. Hoe moet de rechter matigen?

Bij matiging zal het behoefteëlement steeds een rol spelen. Buiten het geval van mede-schuld of mede-risico (art. 6.1.9.6. ontwerp nieuw B.W.) *kan* het dunkt mij niet in strijd zijn met de billijkheid dat de schuldenaar de op hem rustende wettelijke verplichting tot schadevergoeding volledig nakomt indien en voorzover zijn aansprakelijkheid voor die schade door verzekering is gedekt⁶². Hetzelfde geldt indien de schuldenaar niet verzekerd is, doch de schade een gering bedrag beloopt dat vrijwel iedereen zonder bezwaar kan betalen. Eerst wanneer vergoeding van de toegebrachte schade voor de schuldenaar een financieel offer betekent, kan matiging in overweging worden genomen; doch niet reeds enkel omdat volledige schadevergoeding een financieel offer van hem vraagt en zelfs niet enkel op grond dat hij bij volledige schadevergoeding in financiële moeilijkheden zou geraten⁶³. Het is niet in te zien dat men wegens een dergelijke schuld niet failliet zou mogen gaan en wegens elke andere wel. Indien echter de aansprakelijke persoon slechts geringe schuld treft — b.v. omdat hij voor het feit stond snel een beslissing te moeten nemen, doch de rechter daarin geen aanleiding vindt afwezigheid van schuld aan te nemen —; of indien hij alles heeft gedaan wat redelijkerwijze mogelijk was om aan zijn contractuele verplichting te kunnen voldoen, doch een beroep op overmacht moet falen; of ook indien de schuldenaar aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van een gebeurtenis waaraan hij part noch deel heeft en de wederpartij zonder bezwaar een deel van de schade voor zijn rekening kan nemen, dan zullen dergelijke omstandigheden, in verband met het feit dat volledige schadevergoeding voor de schuldenaar bezwaarlijk is, m.i. tot matiging aanleiding kunnen geven. Of integrale vergoeding voor hem bezwaarlijk genoemd kan worden hangt uiteraard af van de hoogte van het schadebedrag en de financiële omstandigheden van de schuldenaar. Naarmate de schade hoger is zal het echter voor de benadeelde ook bezwaarlijker zijn een deel ervan voor zijn

⁶² Anders: Maeijer, diss., bl. 140.

⁶³ Aldus ook Beckhuis, rede 1939, bl. 17 en de Jong, Prac-advies NJV 1940, bl. 66. Vgl. Meijers in de Tweede Kamer, Handelingen 1952-53, bl. 2723 en Maeijer, diss., bl. 135.

rekening te nemen. Vindt de rechter dus in de omstandigheden van het geval aanleiding een reductie der schadevergoeding toe te passen, dan zal hij als vanzelf tot afwijking van de wederzijdse financiële draagkracht van partijen in verband met de hoogte van het schadebedrag overgaan en daarnaar grosso modo de mate van reductie regelen⁶⁴. De rechter kan bij de beoordeling van de draagkracht van de benadeelde rekening houden met eventuele aanspraken op vergoeding jegens derden zoals een assuradeur, een eventuele mededader of de principaal van de schuldenaar⁶⁵.

Het heeft geen zin de rechter precies voor te schrijven hoe hij tewerk moet gaan bij het afwegen van de mate van schadereductie. Ook andere factoren dan de wederzijdse draagkracht van partijen en de hoogte van het schadebedrag zullen daarbij een rol kunnen spelen. Doch wel zal de wet duidelijk moeten laten uitkomen dat het belang van de benadeelde voorop moet staan en dat zoveel mogelijk naar volledige schadevergoeding moet worden gestreefd.

13. Hoever kan matigen gaan?

De vraag wat matigen is kan zeer verschillend beantwoord worden. Wie er een verzachten, een tegemoetkomen, onder verstaat zal de grens van een toelaatbare reductie eerder bereikt achten dan wie matigen opvat als een tot de juiste maat — dat wil zeggen tot de door de rechter juist geachte maat — verminderen van schadevergoeding. In de eerste opvatting zal de schade wel altijd grotendeels vergoed moeten worden; in de laatste zal de prestatie van de debiteur evengoed in een bescheiden tegemoetkoming aan de benadeelde kunnen bestaan⁶⁶. In het woord matigen ligt dan ook slechts in zoverre een beperking opgesloten van de rechterlijke bevoegdheid om naar eigen inzicht de omvang der schadevergoeding vast te stellen, dat deze laatste de werkelijk

⁶⁴ Dit verwachten de ontwerpers van het nieuwe B.W. blijkbaar ook bij de toepassing van art. 6:3.17 (zie de toelichting bij dat artikel).

⁶⁵ Vgl. Ofinger, dl. I, bl. 243.

⁶⁶ Zo kan men in art. 6:1.9.6 lezen dat matigen van de schadevergoeding in opheffen ervan kan overgaan (zie § 7).

geleden schade nimmer mag overtreffen. Daarom kon de Hoge Raad in de artt. 1406 en 1407 B.W. „waarderen” als „matigen” lezen zonder de zin van die bepalingen te veranderen en daarom ook zou men in art. 43 O.R. het woord „bestimmt” kunnen vervangen door „ermässigt” zonder de inhoud van dit artikel te wijzigen. Deze eenzijdige begrenzing van de toe te kennen schadevergoeding is wel het grootste bezwaar dat tegen het matigingsrecht kan worden aangevoerd. Weliswaar betekent matigen ook dat het slechts in uitzonderingsgevallen mag worden toegepast, doch het begrip „uitzonderingsgevallen” heeft een al even onvaste inhoud als het begrip matigen zelf. De omstandigheden waaronder wettelijke aansprakelijkheid voor schade intreedt verschillen van geval tot geval; stempelen elk geval tot een bijzonder geval, waarin de rechter een uitzonderingsgeval kan zien. Het is niet voldoende de rechter voor te houden dat matiging uitzondering behoort te blijven; de wetgever zal de matigingsbevoegdheid zelf op enigerlei wijze zó moeten beperken dat volledige of tenminste bijna volledige schadevergoeding regel blijft. Dit bereikt hij niet door matigen te verbieden in de gevallen waarin de schade door opzet of grove schuld van de dader is veroorzaakt, want deze gevallen vormen slechts een betrekkelijk kleine groep. Hij bereikt het, vrees ik, evenmin door bovendien matiging, enkel op grond van lichte schuld, gebrek aan schuld of onvoldoende draagkracht van de debiteur, uit te sluiten, want in de meeste van die gevallen zullen er nog wel andere voor de debiteur verlichtende omstandigheden zijn aan te wijzen die mede tot matiging aanleiding kunnen geven. Men zal dus ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de uitoefening van een algemene matigingsbevoegdheid niet tot uitzonderingen beperkt blijft. Dit zou nog geen onoverkomelijk bezwaar behoeven te zijn indien de van de debiteur verlangde prestatie niettemin een wezenlijke schadevergoeding en de toe te passen reductie dus een tegemoetkoming aan de schuldenaar blijft. Doch ook dat valt ernstig te betwijfelen, gezien de onzekere betekenis van het begrip matigen.

Het aan de rechter toekennen van een algemene matigingsbevoegdheid zal daarom slechts aanvaardbaar zijn, indien de wet de mate van reductie zodanig limiteert dat

— hoge uitzonderingen daargelaten — de schade steeds zoal niet geheel dan toch grotendeels wordt vergoed. Die limiet zou dan moeten worden uitgedrukt in een percentage van de totale vergoedbare schade. Bij een matiging op billijkheidsgronden — en niet in de eerste plaats wegens bittere noodzaak — zou de reductie niet verder mogen gaan dan tot omstreeks 40% van de totale schade. Beneden een percentage van 50% heeft de *reductie* nog het karakter van een tegemoetkoming, erboven neemt de *schadevergoeding* het karakter van een tegemoetkoming aan. In die gevallen waarin der echter een grote reductie geboden acht, zal de financiële nood waarin de schuldenaar komt te verkeren, ook nog indien hij slechts iets meer dan de helft van de schade zou dienen te vergoeden, wel het doorslaggevend argument voor een verdergaande tegemoetkoming moeten zijn; en voor dat geval zou de rechter de bevoegdheid kunnen worden gegeven de gestelde limiet te overschrijden. Op deze wijze zou de wetgever duidelijk tot uitdrukking brengen dat steeds zoveel mogelijk de schade volledig moet worden vergoed en neemt hij de benadeelde beter in bescherming tegen al te grote rechterlijke toegeeflijkheid dan hij met welke formule ook zou kunnen doen.

Het noemen van een vaste matigingslimiet die slechts in bepaalde, voor eenieder duidelijk sprekende, gevallen kan worden overschreden kan een zekere mate van eenheid in het rechterlijke matigingsbeleid bevorderen en partijen, die het over de schade eens zijn, doch met de mogelijkheid van matiging rekening willen houden, een uitgangspunt bieden om tot overeenstemming te geraken. Bovendien wordt aldus de „noodtoestand” van de schuldenaar in het billijkheidsoordeel van de rechter betrokken en steunt die matigingsgrond niet langer op het principe: „waar niet is verliest zelfs de keizer zijn recht”⁶⁷.

Voor het geval de wet de door de rechter toe te passen reductie zou beperken tot een percentage van de vergoedbare schade, moet de vraag onder het oog worden gezien, of matiging op grond van de algemene matigingsregel kan cumuleren met matiging op grond van mede-

⁶⁷ Mogelijk houdt in dit licht gezien de term „noodtoestand” een te strenge eis in en zou de wet beter van „ernstige geldelijke moeilijkheden” kunnen spreken.

schuld dan wel hiermede slechts kan concurreren. In het eerste geval zal het percentage van 50-x moeten worden berekend over het bedrag dat, na vermindering van de schadevergoeding wegens mede-schuld, ten laste van de schuldenaar komt en in het laatste zal het percentage van 50-x altijd moeten worden berekend over de totale schade, zodat na vermindering van de schadevergoeding wegens mede-schuld tot b.v. 50% verdere matiging slechts op grond van noodtoestand mogelijk is. De laatste methode lijkt de meest juiste omdat, ook al is „matigen” op grond van medeschuld een oneigenlijke vorm van matiging ⁶⁸, die mede-schuld toch ook op billijkheidsgronden leidt tot het maken van een uitzondering op de regel dat door schuld veroorzaakte schade geheel moet worden vergoed ⁶⁹ en de mate van schuld van de dader, die met de schuld van de benadeelde wordt vergeleken, eveneens — zij het in ander verband — een rol kan spelen bij de toepassing van het algemene matigingsartikel en dan tweemaal in rekening zou worden gebracht.

14. Dwingend of aanvullend recht?

Op de door mejuffrouw Zeelenberg in de Tweede Kamer gestelde vraag, of het toekomstig matigingsrecht dwingend of regelend recht zou moeten zijn, luidde het antwoord van de Raadsadviseur Meijers in eerstbedoelde zin. Hij stelde voorop dat de vraag voornamelijk van belang was in geval van aansprakelijkheid wegens wanprestatie en betoogde dat, als partijen matiging contractueel hebben uitgesloten, de rechter niet tot matiging moet overgaan dan op grond van zeer bijzondere omstandigheden waarmede partijen blijkbaar geen rekening hebben gehouden ⁷⁰.

De juistheid van deze opvatting, die ook door Maeijer wordt onderschreven ⁷¹, ligt in de aard van het matigingsrecht opgesloten. Dit wordt de rechter immers gegeven om, indien zich bijzondere, dikwijls onvoorziene, omstandigheden voordoen, corrigerend te kunnen optreden zo de billijkheid dat bepaaldelijk eist.

⁶⁸ Vgl. van Boeschoten, opstel, bl. 34.

⁶⁹ Vgl. Asser-Rutten, II, bl. 543.

⁷⁰ Handelingen Tweede Kamer 1952-53, bl. 2733-2734.

⁷¹ Maeijer, diss., bl. 112 v. Zie ook art. 6.1.9.7³ en de toelichting bl. 567.

Partijen kunnen echter wel, althans indien art. 6.1.8.18 wet wordt, door het bedingen van buitensporig hoge boetes voorkomen dat de rechter minder dan de wettelijke schadevergoeding toewijst ingeval van wanprestatie. Of het wel juist is partijen de mogelijkheid te laten op deze wijze de algemene matigingsregel toch buiten werking te stellen, valt ernstig te betwijfelen.

15. Samenvatting.

Een algemeen matigingsartikel zou de rechter de bevoegdheid moeten geven bij wijze van uitzondering, op gronden die aan de billijkheid zijn ontleend, de schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad te matigen, voorzover de schuldenaar de schade bezwaarlijk volledig kan vergoeden en de benadeelde redelijkerwijze een deel ervan voor eigen rekening kan nemen, waarbij op het belang van de benadeelde bij volledige schadevergoeding de nadruk moet vallen.

De billijkheid van de op het geval toepasselijke aansprakelijkheidsregel zelf moet buiten geding blijven: geringe schuld, gemis aan schuld of onvoldoende draagkracht van de debiteur kunnen dus op zichzelf geen reden tot matiging zijn. Wel zou de rechter bij de beoordeling van de vraag, of er reden tot matiging is, meer of minder strenge maatstaven kunnen aanleggen, naargelang de schade al dan niet door de schuld van de aansprakelijk gestelde persoon is veroorzaakt.

De rechter zou de schadevergoeding met ten hoogste $(50-x)\%$ van de door hem vastgestelde schade mogen verminderen, tenzij de schuldenaar in een noodtoestand (in ernstige financiële moeilijkheden) zou komen te verkeren indien hij $(50+x)\%$ van de schade zou moeten vergoeden.

Matiging moet uitgesloten zijn indien de schade door opzet of grove schuld van de schuldenaar is veroorzaakt en eveneens indien en voorzover deze zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of had moeten dekken.

De bijzondere omstandigheden die de rechter aanleiding tot matiging hebben gegeven zouden uit diens vonnis moeten blijken.

Bedingen die de matigingsbevoegdheid van de rechter geheel of gedeeltelijk uitsluiten zijn nietig, doch de rechter houde er wel rekening mede.

16. *Een ruimere algemene matigingsbevoegdheid in het ontwerp nieuw B.W.*

Tegen een algemene matigingsbevoegdheid in de zin van vraagpunt 10, die zowel voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als voor die uit wanprestatie zou gelden, rezen bij de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht bezwaren. Een minderheid wenste zulk een matigingsbevoegdheid te beperken tot de schadevergoeding uit onrechtmatige daad. De Minister echter ontraadde een beperking in die zin wegens het weinig principiële van de grenslijn tussen beide vormen van aansprakelijkheid⁷². Deze opvatting wordt zowel hier als in Frankrijk vrijwel algemeen door de doctrine aangehangen⁷³. Met art. 1283 B.W. zal het enige wezenlijke onderscheid tussen de aansprakelijkheid wegens wanprestatie en die wegens onrechtmatige daad verdwijnen. In het ontwerp nieuw B.W. zijn dan ook de bepalingen die de inhoud van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding vaststellen in één afdeling bijeengebracht. Het weer invoeren van een onderscheid tussen de verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad en die uit wanprestatie waar het matiging betreft, zou tot ongelijke rechtsbedeling en processuele verwikkelingen leiden.

Het voorgestelde matigingsartikel zou in het ontwerp nieuw B.W. de plaats moeten innemen van art. 6.1.9.7, waarmede dan de mogelijkheid, om enkel op grond van noodtoestand van de schuldenaar de schadevergoeding te matigen, zou komen te vervallen⁷⁴. Indien men de debiteur in bescherming wil nemen tegen de gevolgen van diens betalingsonmacht zou dit ook beter kunnen geschieden door de rechter de bevoegdheid te geven een veroordeling tot schadevergoeding slechts gedeeltelijk uitvoerbaar te verklaren, met de mogelijkheid om later, indien de financiële omstandigheden van de debiteur zouden verbeteren, de executieregeling te wijzigen⁷⁵.

⁷² Zie § 1.

⁷³ Zie o.a. Planiol-Ripert VI, nos. 488-495; Mazeaud, nos. 96 v.; Meijers, Algemene begrippen, bl. 304; Asser-Rutten II bl. 480 en Wolfsbergen, a.w. bl. 204-214.

⁷⁴ Zie § 2.

⁷⁵ In Zwitserland wordt wel verdedigd dat, als de schadevergoeding wegens „Notlage” van de schuldenaar gematigd is, de schuldeiser kan

De matigingsbevoegdheid ingeval van risico-aansprakelijkheid (art. 6.3.17.1) zou overbodig worden. Deze bepaling is trouwens veel te ruim geformuleerd ⁷⁶, zeker vergeleken bij de geringe matigingsmogelijkheden die het ontwerp biedt in de gevallen van aansprakelijkheid wegens wanprestatie of eigenlijke onrechtmatige daad. Men zou er een vingerwijzing in kunnen zien de regel, dat de schade waarvoor men krachtens de wet aansprakelijk is steeds volledig moet worden vergoed, niet al te ernstig te nemen wanneer het deze vorm van risico-aansprakelijkheid betreft. Ook de matigingsregel van art. 6.1.8.18 (overceengekomen boete) zou beter kunnen vervallen ⁷⁷. De rechter zal ook uit zichzelf wel een boetebeding zoveel mogelijk respecteren, temeer nu hem ook de bevoegdheid zal worden gegeven aanvullende schadevergoeding toe te kennen.

De bevoegdheid om de schadevergoeding verschuldigd aan de nagelaten betrekkingen van het om het leven gekomen slachtoffer te matigen (art. 6.1.9.12.5) zou overbodig worden, tenzij men voor dit geval de matigingslimiet zou willen laten vervallen. Als de rechter echter een uitwijkmogelijkheid wordt geboden ingeval van noodtoestand van de schuldenaar, zal hij toch wel voldoende rekening kunnen houden met het bijzondere karakter van deze schadevergoedingsactie ⁷⁸.

Reeds eerder werd betoogd dat een bepaling als die van art. 6.1.9.6. („mede-schuld”) naast het algemene matigingsartikel dient te worden gehandhaafd ⁷⁹. Opmerking verdient ten slotte nog dat bij invoering van zulk een artikel te zijner tijd ook de vraag onder het oog moet worden gezien of de matigingsregel van art. 6.2.2.2. (schadevergoedingsplicht van de zaakwaarnemer) al dan niet moet worden gehandhaafd.

navorderen wanneer in de financiële omstandigheden van de schuldenaar verbetering intreedt. Aldus: von Tuhr-Siegmart, I, bl. 97, met een beroep op de billijkheid. Anders: Oftinger, I, bl. 243 en Oser-Schönberger ad art. 44.

⁷⁶ Aldus ook: Maeijer, diss., bl. 213 en G. J. Scholten, rede 1962, bl. 18.

⁷⁷ Zie § 14.

⁷⁸ Zie over het bijzondere karakter van deze actie de toelichting bij het artikel.

⁷⁹ Aldus ook: G. J. Scholten, rede, bl. 15.

V. CONCLUSIES

1. Op de vraag die het onderwerp van dit prae-advies omlijnt, past vooreerst geheel in het algemeen het antwoord, dat de rechter de bevoegdheid dient te worden gegeven zowel de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie als die wegens onrechtmatige daad te matigen.

2. Die bevoegdheid zou zo mogelijk moeten worden neergelegd in een algemene, voor beide vormen van wettelijke aansprakelijkheid geldende bepaling in de geest van het kamervotum ten aanzien van vraagpunt 10, die de rechter de bevoegdheid zou toekennen om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen.

3. De algemene matigingsbevoegdheid van art. 6.1.9.7. beantwoordt en door beperkte strekking en vanwege de grond waarop zij kan worden uitgeoefend niet aan het kamervotum.

4. Het driemanschap is er blijkens de toelichting van dat artikel niet in geslaagd de door Meijers in het vooruitzicht gestelde richtlijnen, waarnaar de rechter zich in de uitoefening van zijn matigingsbevoegdheid zou kunnen richten, te formuleren.

5. Het geven van een richtlijn die de omstandigheden, welke tot matiging aanleiding kunnen geven, nader aanduidt houd ik voor onmogelijk alleen reeds omdat veelal juist de samenloop van omstandigheden, die het concrete geval typeren, tot matiging aanleiding zal geven. De algemene matigingsbevoegdheid zal ook slechts aan haar doel kunnen beantwoorden indien de wet de rechter wat de matigingsgronden betreft vrijheid laat om naar bevind van zaken te oordelen.

6. Daartegenover zal de wettelijke formulering van het matigingsrecht in ander opzicht redelijke waarborgen moeten inhouden dat matiging uitzondering blijft en dat de schade nagenoeg altijd geheel of grotendeels wordt vergoed.

7. Deze waarborgen biedt art. 43 O.R. niet; integendeel; het daaraan ten grondslag liggende beginsel der

evenredigheid tussen schuld en schadevergoeding moet er toe leiden dat de benadeelde in de regel niet op toewijzing van volledige schadevergoeding kan rekenen.

8. Een aanvaardbaar compromis zou kunnen zijn een bepaling die

a) de rechter toestaat om wanneer de billijkheid dat eist de schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad te matigen voorzover de schuldenaar de schade bezwaarlijk volledig kan vergoeden en de benadeelde redelijkerwijze een deel ervan voor zijn rekening kan nemen; bij de beoordeling waarvan op het belang van de benadeelde bij volledige schadevergoeding de nadruk moet vallen;

b) doet uitkomen dat geringe schuld, gemis aan schuld of onvoldoende draagkracht van de schuldenaar op zichzelf geen redenen tot matiging kunnen zijn;

c) een matigingslimiet inhoudt van $(50-x)\%$ der door de rechter vastgestelde schade, welke limiet slechts zou mogen worden overschreden indien de schuldenaar in een noodtoestand zou geraken zo hij $(50+x)\%$ van de schade zou moeten vergoeden;

d) matiging uitsluit indien de schade door opzet of grove schuld is veroorzaakt en eveneens indien en voorzover de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of had moeten dekken;

e) de rechter voorschrijft van de omstandigheden die hem tot matiging aanleiding gaven uit het vonnis te doen blijken en

f) contractuele uitsluiting der matigingsbevoegdheid met nietigheid bedreigt.

9. Een bepaling als hiervoor aangeduid zou de plaats moeten gaan innemen van art. 6.1.9.7. Ook de artt. 6.3.17.1, 6.1.8.18.1 en 6.1.9.12.5 zouden kunnen komen te vervallen.

10. Een bepaling als art. 6.1.9.6 („mede-schuld”) dient naast het algemene matigingsartikel te worden gehandhaafd.

Enige bepalingen uit het Zwitserse verbintenissenrecht:

art. 4. Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.

art. 41. Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

art. 42. Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden zu beweisen.

Der nicht ziffermässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen.

art. 43. Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.

Wird Schadenersatz in Gestalt einer Rente zugesprochen, so ist der Schuldner gleichzeitig zur Sicherheitsleistung anzuhalten.

art. 44. Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.

Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermässigen.

art. 54. Aus Billigkeit kann der Richter auch eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze verurteilen.

Hat jemand vorübergehend die Urteilsfähigkeit verloren und in diesem Zustand Schaden angerichtet, so ist er hierfür ersatzpflichtig, wenn er nicht nachweist, dass dieser Zustand ohne sein Verschulden eingetreten ist.

art. 99. Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden.

Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.

INHOUD

I. <i>Inleiding</i>	213
1. De gedachtenwisseling over vraagpunt 10	213
2. De matigingsbevoegdheid van de rechter in het ontwerp nieuw B.W.	215
II. <i>Begrenzing van het matigingsrecht</i>	218
3. Het belang van de gelaedcerde	218
4. Matiging en rechtszekerheid	221
5. Matigingsrecht blijve uitzonderingsrecht	225
6. Opzet en grove schuld	227
7. De financiële draagkracht van de schulde- naar en de benadeelde	228
III. <i>Het Zwitserse voorbeeld</i>	231
8. Art. 43 van het Zwitserse verbintenissen- recht	231
9. „Bestimmung des Ersatzes”	231
10. Voor en tegen van deze regeling	233
IV. <i>Nadere bepaling van een aan de rechter toe te kennen algemene matigingsbevoegdheid</i>	234
11. Wanneer mag de rechter matigen?	234
12. Hoe moet de rechter matigen?	237
13. Hoever kan matigen gaan?	238
14. Dwingend of aanvullend recht	241
15. Samenvatting	242
16. Een ruimere matigingsbevoegdheid in het ontwerp nieuw B.W.	243
V. <i>Conclusies</i>	245