

Prof. mr. G.E. van Maanen¹

Advies t.b.v. Coöperatie Laatste Wil over de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor laatste-hulp- middelen (XXL versie)

Leeswijzer

Dit advies begint met de door de CLW geformuleerde vraagstelling (onder A), waarna ik vervolgens een aantal casusposities ('rampscenario's') schets die zich zouden kunnen voordoen in gevallen waarin de CLW middelen verstrekt voor zelfdoding (onder B). Daarna geef ik een uitvoerig overzicht van de juridische context (onder C). De lezer die snel het antwoord op de gestelde vragen wil weten kan die verhandeling overslaan en verder gaan met de bespreking van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsrisico's en wordt een antwoord gegeven op de gestelde concrete vragen over de aansprakelijkheid van de ontwerper van een zelfdodingsapparaat (onder D). Onder E worden de voornaamste conclusies samengevat. Afgesloten wordt met een aantal aanbevelingen ten aanzien van het minimaliseren van de civielrechtelijke risico's en voor de argumentatie om het maatschappelijk draagvlak te vergroten (onder F).

A. De vraagstelling²

CLW bestaat uit leden (inmiddels 2400) die wensen op autonome wijze, d.w.z. onafhankelijk van het medisch circuit, over hun levenseinde te kunnen beschikken. De CLW heeft als doelstelling om binnen de wettelijke kaders humane laatste-wil-middelen in bezit te krijgen ten gunste van de leden van de coöperatie. Om dat doel te bereiken is de coöperatie een partnerschap aangegaan met een gerenommeerde internationaal opererende ontwerper die een humaan werkend zelfdodingsapparaat op basis van vrij verkrijgbare middelen heeft ontworpen. Deze ontwerper kan nu de stap maken naar de voorbereiding van de productiefase van een prototype. Gezien het karakter van het product dient er natuurlijk uiterst zorgvuldig te worden gehandeld. Noch de ontwerper, noch de CLW wil immers verzeild raken in een dispuut met het OM, dan wel een juridische procedure door het OM opgestart.

¹ Hoogleraar privaatrecht Universiteit Maastricht.g.vanmaanen@maastrichtuniversity.nl

² E-mail van Aad Tibben namens de CLW.

Alvorens een prototype te gaan maken, leven bij de ontwerper en de CLW vragen in de sfeer van het civiel aansprakelijkheidsrecht, die om een juridisch advies vragen:

- Als de designer producten gaat ontwerpen voor zelfdoding in hoeverre is de designer dan aansprakelijk?
- Samenstelling van bestaande producten -> dus informatieverstrekking van mogelijkheden. Mag dit ook een instructie zijn over hoe te gebruiken?
- Mag je dit als pakket leveren en aanbieden?
- Samenstelling van een aantal elementen en één koppel element specifiek voor deze toepassing. -> mag je zo'n koppel element bedenken? Mag je zo'n koppel element maken? Mag je zo'n koppелеlement leveren?
- Een nieuw product specifiek bedacht voor de doelstelling-> mag je product bedenken? Mag je zo'n product maken? Mag je zo'n product leveren?
- In hoeverre is de coöperatie aansprakelijk is indien zij een product voor zelfdoding laten ontwerpen, laten produceren en gaat leveren?" (einde citaat)

Op 11 juli 2015 heeft er nog een aanvullend gesprek plaatsgevonden met de bestuursleden Gert Rebergen en Jos van Wijk. Daaruit is naar voren gekomen dat de vraagstelling wat breder getrokken zou moeten worden. Ook (het verstrekken van) andere hulpmiddelen dan het voornoemde apparaat (dat met gassen zou werken) zou geëvalueerd moeten worden op de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Aan de orde is voorts gesteld de mogelijke scenario's die zich zouden kunnen afspelen in de toekomst waarin de CLW – uiteraard binnen de wettelijke kaders – een rol zou kunnen spelen in het verstrekken van middelen of het geven van informatie daarover. Die scenario's schets ik hieronder.

B. Mogelijke (ramp)scenario's die tot aansprakelijkheid van CLW zouden kunnen leiden

Vooraf

De geschetste scenario's zijn op het eerste gezicht soms nogal vergezocht. Men dient daarbij echter te bedenken dat wat soms als ondenkbaar werd gezien zich toch in werkelijkheid heeft voorgedaan. Denk alleen maar aan de ramp met de kerncentrale in Fukushima.³

³ The [Fukushima Nuclear Accident Independent Investigation Commission](#) found out that the nuclear disaster was "manmade" and that its direct causes were all foreseeable. The report also discovered that the plant was incapable of withstanding the earthquake and tsunami. TEPCO, the Nuclear and Industrial Safety Agency (NISA), NSC and the government body promoting the nuclear power industry (METI) failed to meet the most basic safety requirements, such as assessing the probability of damage, preparing for containing collateral damage from such a disaster, and developing evacuation plans. A separate study found that

1. Gebruik/misbruik door anderen dan waarvoor de middelen bestemd zijn.

Stel dat een lid van de CLW de door de coöperatie verstrekte middelen bewaart in een (al dan niet zorgvuldig afgesloten) nachtkastje. Nieuwsgierige (klein)kinderen vinden de middelen en gebruiken het apparaat of slikken de pillen met dood of blijvende invaliditeit tot gevolg. Los van de mogelijke strafrechtelijke gevolgen voor het betreffende lid en/of de CLW, dient zich de vraag aan naar de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de ontstane schade, Die schade (buiten beschouwing gelaten de immense emotionele consequenties) kan heel groot zijn. Bij de dood van een kind zijn de bedragen relatief laag, maar de bedragen bij blijvende invaliditeit kunnen op jaarbasis oplopen tot meer dan 100 000 euro aan verzorgingskosten. Bij levenslang noodzakelijke intensieve verzorging gaat het dan om bedragen tot 5 miljoen euro.

2. Het middel heeft niet de gewenste dood tot gevolg maar blijvende invaliditeit.

Uit het gesprek met Gert Rebergen en Jos van Wijk bleek dat het de bedoeling was om voor het apparaat dat met gas zou moeten werken, een constructie te zoeken die het mogelijk maakt om het ingezette proces van levensbeëindiging af te breken. Dat brengt het risico met zich dat als dat door welke oorzaak ook – menselijk falen of technisch falen – te laat wordt afgebroken er blijvende schade aan de gezondheid kan optreden. In het ergste geval blijvende invaliditeit met hersenschade waarbij er geen wilsvrijheid meer bestaat. De familie zou in een dergelijke situatie CLW kunnen aanspreken voor deze noodlottige (schadelijke) gevolgen van het geleverde apparaat. Onder omstandigheden zou ook de producent c.q. importeur van het apparaat aangesproken kunnen worden. Een en ander geldt in mindere mate voor het gebruik van pillen.

3. Het middel heeft wel geleid tot het beoogde doel van levensbeëindiging

In het geval dat het middel wel en zonder problemen, tot gevolg heeft gehad dat het leven van degene met de wens tot levensbeëindiging, is beëindigd, is het theoretisch denkbaar dat de nabestaanden de CLW aanspreken voor hun betrokkenheid bij het overlijden van hun dierbare. Uiteraard zal in de meeste gevallen de verantwoordelijkheid bij de zelfdoder liggen. Er zijn situaties denkbaar waarin de nabestaanden van oordeel zijn dat degene die van de middelen gebruik heeft gemaakt niet in staat was, niet *compos mentis* was, om in volle vrijheid een dergelijke beslissing te nemen. Ook dan kan er minst genomen een debat ontstaan of zelfs een gerechtelijke procedure worden begonnen door de nabestaanden over de vraag of CLW aansprakelijk is voor de ontstane schade.

4. Het middel wordt door het CLW lid gebruikt voor een ander doel

Het middel zou ook gebruikt kunnen worden om iemand anders mee te doden, al dan niet op verzoek. Wordt het middel op verzoek van een ander gebruikt om een einde aan diens leven te maken, dan is er sprake van hulp bij zelfdoding en worden de reguliere kaders van toegelaten euthanasie overschreden. Een heel ander verhaal is natuurlijk wanneer het middel wordt

older Japanese nuclear plants and those operated by the largest utility companies were particularly unprotected against potential tsunamis.

gebruikt om iemand te vermoorden. Dat kan de partner zijn of een derde. In beide gevallen zullen waarschijnlijk strafrechtelijke maatregelen worden gestart uiteraard tegen de dader zelf maar mogelijk ook jegens medeplichtigen zoals de CLW. Maar ook civielrechtelijk zijn er acties tegen de dader en de CLW voorstelbaar. De CLW heeft immers de middelen verstrekt.

C. De juridische kaders⁴

Verschillen tussen strafrecht en civielrecht

Algemeen

Het onrechtmatig toebrengen van schade kan ook aanleiding geven tot *strafrechtelijke* sancties; hier ‘samenloop’ mogelijk. Het opzettelijk toebrengen van schade kan aanleiding geven tot vervolging door de Officier van Justitie op grond van art. 350 Wetboek van Strafrecht (zaaksbeschadiging), maar ook tot een civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding (art. 6:162).

Er zijn belangrijke verschillen tussen beide stelsels. In het strafrecht gaat het om de strafbaarheid van een gedraging en de strafbaarheid van de dader, terwijl in het civiele recht – waar het gaat om onrechtmatig gedrag – de schadeplichtigheid voorop staat. In het Wetboek van Strafrecht worden de verschillende strafbare feiten (misdrijven en overtredingen) vrij nauwkeurig opgesomd. Het civiele aansprakelijkheidsrecht volstaat in beginsel met een paar summiere bepalingen, waarvan art. 6:162 veruit de belangrijkste is.

Een ander belangrijk verschil – dat veel andere verschillen tussen straf- en civiel recht kan verklaren – is dat in het strafrecht het Openbaar Ministerie als staatsapparaat tegenover de verdachte staat. In het civiele aansprakelijkheidsrecht staan benadeelde (het slachtoffer) en dader tegenover elkaar.

In het strafproces gaat het om niet-gelijkwaardige procespartijen. Vandaar dat in het strafrecht zeer veel waarde wordt gehecht aan de rechtswaarborgen voor de verdachte. Bij twijfel wordt de verdachte vrijgesproken. Dat houdt ook verband met een ander zeer belangrijk verschil. In het strafproces is er – bij veroordeling van de verdachte – sprake van opzettelijke leedtoevoeging. Namens ons allen wordt leed toegevoegd in de vorm van gevangenisstraf of boete.

In het aansprakelijkheidsproces gaat het om vergoeding van de schade door de dader aan de benadeelde. Het gaat in wezen om het *verplaatsen* van het geldelijke nadeel (veroorzaakt bijvoorbeeld door een aanrijding) van de één (de benadeelde) naar de ander (de dader). Dit verklaart voor een deel waarom men in het civiele schadevergoedingsrecht met wat minder schuld en verwijtbaarheid (en soms helemaal geen verwijtbaarheid) genoeg neemt dan in het strafrecht. Leedtoevoeging zonder dat de dader enig verwijt van zijn gedrag kan worden gemaakt, is onaanvaardbaar, vandaar het uitgangspunt: ‘geen straf zonder schuld’.⁵

⁴ Ik geef een vrij uitvoerig overzicht van alle mogelijk relevante civielrechtelijke aspecten van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Op deze wijze kan de geïnteresseerde lezer zich zelf een oordeel vormen over de juridische context.

⁵ Engelhard/Van Maanen, nr. 12; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 18-34..

In het civiele recht gaat het niet om leedtoevoeging maar is het streven de schade bij diegene te leggen die verantwoordelijk is voor het ontstaan ervan. Zelfs als hem geen schuld treft, kan het toch gerechtvaardigd zijn om niet het slachtoffer met de schade te laten zitten, maar deze schade naar de dader te verplaatsen.⁶

Hulp bij zelfdoding

Een strafbare handeling is per definitie onrechtmatig. Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen.

Artikel 294 Strafrecht:

1) *Hij die opzettelijk een ander tot zelfdoding aanzet, wordt, indien de zelfdoding volgt, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.*

2) *Hij die opzettelijk een ander bij zelfdoding behulpzaam is of hem de middelen daartoe verschaft, wordt, indien de zelfdoding volgt, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.*

Er bestaat een dunne lijn tussen het legaal/toegestaan verschaffen van objectieve informatie en het verboden bieden van echte hulp bij zelfdoding. Zie bijvoorbeeld <http://www.wetboek-online.nl/jurisprudentie/ljnAU7519.html>, waar de rechter vond dat de verschaft informatie en het leveren van een grote hoeveelheid slaapmiddelen, voldoende waren om tot een veroordeling te komen.

Als achtergrondinformatie⁷ citeer ik uit de website van Ton Vink

<http://www.ninewells.nl/page8/page50/page50.html>:

'Hoewel volgens het Nederlandse Wetboek van Strafrecht zelfdoding niet strafbaar is, is hulp erbij dat wél. Maar ook dat behoeft correctie omdat inmiddels sommige hulp bij zelfdoding niet (meer) strafbaar is. Maar het ijs is hier glad en op sommige plaatsen dun.

[...]

Wat wel, wat niet

In de huidige omstandigheden is het nog altijd zo dat allen die betrokken zijn bij een zorgvuldige zelfdoding of zelfeuthanasie – de persoon zelf, maar ook familie, geliefden, intimi en andere betrokkenen – op hun hoede moeten zijn. Want er is de donkere schaduw van de plaatselijke officier van justitie. In wezen is dat curieus, want deze zelfdoding is niet strafbaar. Ik heb elders, in 294 Sr. Zedenverval en zedenverwildering in Nederland (2004) in Wordt Vervolgd. Zelfbeschikking onder druk (2008) en meest recent in Zelfeuthanasie. Een zelfbezorgde goede dood onder eigen regie (2013) het standpunt verdedigd dat de opvatting dat zelfdoding weliswaar niet strafbaar maar wel strafwaardig werd en wordt geacht, verantwoordelijk is voor de huidige situatie waarin niet zozeer het handelen van de persoon zélf, maar wel dat van familie, intimi en andere betrokkenen door justitie onder de loep wordt genomen en wordt onderzocht op eventuele strafbaarheid. Dit op grond van het hierboven geciteerde art. 294 Sr dat hulp bij zelfdoding strafbaar stelt en de morele veroordeling van zelfdoding als strafwaardig.

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 3-8.

⁷ Mijn advies betreft uitsluitend de civielrechtelijke aspecten voor de CLW. De strafrechtelijke informatie wordt hier slechts als achtergrond gegeven vanwege de civielrechtelijke consequenties. Strafrechtdeskundigen moeten hier uiteindelijk hun oordeel over geven.

Hoe is de juridische situatie op dit moment? Wat mag er wel? Wat niet? Wat mag wie wel, d.w.z. bestaat er verschil tussen wat de counselor wel en niet mag, en wat de naasten wel en niet mogen? Ook hierover informeert de counselor zijn cliënt en diens naasten zo volledig mogelijk.

Het voeren van gesprekken, het verstrekken van informatie en het bieden van morele steun, behoort tot de niet-strafbare hulp bij zelfdoding. Hetzelfde geldt voor adviezen van algemene aard. Daarover verderop meer. In de documentairefilm “Mag ik dood” wist ook de Amsterdamse officier van justitie, mevrouw Hoekstra, dat netjes op te sommen. Maar zij liet in de film óók weten dat zij, wanneer de gelegenheid zich had voorgedaan, de maakster van de film graag juridisch had vervolgd wanneer de schijn zou bestaan dat zij haar zus bij haar zelfdoding behulpzaam was geweest op een wijze die met enige moeite als strafbaar kon worden gepresenteerd aan de rechter. De behoefte tot vervolgen bestaat dus. Vandaar het belang van enig inzicht in de huidige juridische stand van zaken. Ik ben ook daar uitgebreid op ingegaan in bovenvermelde publicaties en verwijs daarnaar. Er zijn echter ook nieuwe ontwikkelingen. Hier licht ik er enkele belangrijke punten uit die met name betrekking hebben op de praktijk van zelfeuthanasie d.m.v. een “pil, poeder of drank van Drion”.

Middelen verschaffen

In de huidige discussie speelt het eerste lid van art. 294 dat “opzettelijk aanzetten tot zelfdoding” strafbaar stelt, geen rol. Ook de vervolging van de Stichting Vrijwillig Leven (zie “Juridische actualiteit”) verandert daar niks aan. Dat ligt heel anders voor het tweede lid dat gaat over het “behulpzaam zijn bij” en het “de middelen daartoe verschaffen”. Overigens is de strafbaarheid steeds afhankelijk van het plaatsvinden van de zelfdoding. Dat laatste zorgt om te beginnen meteen voor enige twijfel op een punt waar ook Huib Drion op wees. Stel – zuiver hypothetisch – ik bezorg mijn cliënt – denk als voorbeeld aan de casus van Wim uit Zelf over het levenseinde beschikken – geschikte medicijnen en zeven jaar later beëindigt hij daarmee zijn leven. Dan zou ik in de loop van die zeven jaar niet strafbaar zijn, maar na het plaatsvinden van de zelfdoding wel (de Geneesmiddelenwet laat ik er even buiten maar vermoedelijk zal er daar wel van verjaring sprake zijn).

Nu is er geen enkele garantie dat er steeds sprake zal zijn van een dergelijke periode en het is dus goed voor alle betrokkenen om helder te beseffen dat het verstrekken van de medicijnen die als middelen bij de zelfdoding gebruikt worden, in beginsel strafbaar is. Wie zijn leven wil beëindigen, zal hier dus zelf in moeten voorzien, al betekent dat niet dat naasten en intimi hun geliefde hierbij niet tot steun kunnen zijn. Maar het is belangrijk dat wat betrokkene zelf kan doen, ook door betrokkene zelf wordt gedaan. Daarbij beschikt de counselor vaak over betrouwbare algemene informatie wat betreft de verkrijgbaarheid – en/of niet-verkrijgbaarheid – van de noodzakelijke middelen. Het gesprek met zo’n counselor kan dus zeker nuttig zijn. Inmiddels is de positie van naasten/intimi op dit punt voorwerp van rechtsgang geworden in de zaak tegen Albert Heringa die zijn 99-jarige Moek middelen verschaftte waarmee zij op weloverwogen wijze haar leven kon beëindigen. Het Hoger Beroep in deze zaak dient op 13 april 2015 en de gang naar de Hoge Raad ligt in de rede. Zie ook elders op deze site onder Actualiteit.

Behulpzaam zijn bij

Wat het “behulpzaam zijn bij” betreft is inmiddels dus vast komen te staan dat niet-strafbaar is: het voeren van gesprekken, het verstrekken van informatie, het bieden van morele steun. Voor de lezer nu roept “big deal!!” wijs ik erop dat om hier achter te komen er tonnen zijn gepend, landgenoten zijn vervolgd en achter de tralies hebben gezeten. Het inzicht is zeker niet het gevolg van heldere wetgeving. We bekijken dit iets nader. Ook hier verwijs ik naar elders op deze site onder Jurisprudentie.

Het voeren van gesprekken.

Dat dit niet strafbaar is, heeft natuurlijk iets vreselijk banaals en we hoeven er nauwelijks bij stil te staan. U mag, als counselor, hulpverlener, familie of vriend, zelfs als wildvreemde, gesprekken voeren met mensen die overwegen hun leven te beëindigen. Ik noteer het maar zo droog als het is.

Het verstrekken van informatie.

“Waarover praatte zij...?” Het recht tot het verstrekken (en ontvangen) van informatie wordt beschermd door de Nederlandse grondwet en door de Europese Verklaring voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Daar kan geen enkele Nederlandse rechter iets aan veranderen. Maar, wat wél geprobeerd kan worden – en het Openbaar Ministerie probeerde dat ook, in de zaak Muns met succes, in de zaak Vink zonder succes – is om de informatie die de counselor verstrekt, voor de rechter voor te stellen als een advies dat het karakter van een instructie kan krijgen, omdat het afkomstig is van iemand (de counselor) die deskundiger is dan degene die de informatie ontvangt. En een instructie tout court is sowieso fout. Dus: informatie mag; advies ook, maar niet met het karakter van een instructie; instructie mag zeker niet.

Waaróm mag een instructie niet? Een instructie wordt beschouwd als het voeren van de regie waarbij degene die het leven beëindigt a.h.w. bij de hand wordt genomen en degene die de instructie geeft, sturend optreedt. Het is inmiddels duidelijk dat de rechter zo 'n instructie beschouwt als te actief in het kader van de zelfdoding of zelfeuthanasie en derhalve als strafbare hulp daarbij. Is dit nu voor altijd helder? Nee, dat is het niet en het vaststellen van eventuele strafbaarheid is in een voorkomend geval steeds afhankelijk van het oordeel van de rechter en van de omstandigheden van het geval.

Het bieden van morele steun.

Dat lijkt voor zich te spreken, maar een heel belangrijk aspect daaraan voor naasten en intimi is dat deze morele steunverlening in Nederland de vorm mag aannemen van het aanwezig zijn bij de zelfeuthanasie, zonder dat daardoor alleen al strafbaarheid zou ontstaan. Gevolg daarvan is dat niemand zijn of haar ouder, kind, broer, zus of geliefde in een dergelijke doorslaggevende situatie in de steek hoeft te laten. Hoewel dit aanwezig zijn dus mogelijk is zonder juridisch risico, is het wel goed dat iedereen stil staat bij de emotionele belasting die dit kan betekenen.

Aanwezig zijn

Maar net als rond het begrip "instructie" is ook hier niet alles even duidelijk. Wat mag u doen wanneer u aanwezig bent bij de zorgvuldig voorbereide levensbeëindiging van iemand die u lief is? Of wanneer je daar als counselor of hulpverlener aanwezig bent? Antwoord, in de huidige situatie: niets dat uitgelegd kan worden als feitelijk bijdragend tot de uitvoering van de zelfdoding. En dat is inclusief een instructie of een advies dat het karakter van instructie draagt; dus ook geen regie voeren, niet sturend bezig zijn. Is dát dan duidelijk? Nee, dat is het niet, want niet alleen zou ook de loutere aanwezigheid geïnterpreteerd kunnen worden als bijdragend tot de uitvoering, wat verder te denken van het inschenken van koffie, thee, water, frisdrank, of een mooi glas wijn of een belegen cognac ter begeleiding van het afscheid? En hoe staat het met het openhouden van de deur voor iemand met een looprekje? Het ondersteunen bij de gang naar het slaapvertrek? Het dragen van medicijnen of vla? Het aanreiken van een bakje vla waar de medicijnen in moeten? Het aanreiken van drinken om de medicijnen weg te spoelen? Het aanreiken van de medicijnen? Medicijnen uit de strips halen? Het fijnmaken van de medicijnen? Het vasthouden van het bakje bij het innemen? Het voeren van de medicijnen? Over een hellend vlak gesproken! Vergeet niet dat er bij wie het leven wil beëindigen dikwijls – maar lang niet altijd! – sprake is van fysieke beperkingen in de vorm van (zeer) slecht ter been zijn, (zeer) slechtiend zijn, reuma, Parkinson, en tal van andere aandoeningen, soms in combinatie.

Als counselor wijs ik mijn cliënten zo expliciet mogelijk op het bestaan van deze situatie. Niet uit schijnheiligheid. Niet om iemand uit leggen dat hij of zij iets niet mag doen. Wel om ervoor te zorgen dat hij of zij goed weet wat hij doet. Met andere woorden, wanneer een vijftienjarige zoon zijn negentigjarige vader wil helpen bij het fijnmaken van diens medicijnen omdat vaders reuma dat ernstig bemoeilijkt, dan informeer ik hem over de juridische kijk die op die handeling mogelijk is. De zoon zou daaruit kunnen concluderen dat hij dit niet mag doen en het dus ook niet doen; hij kan er ook uit concluderen dat hij, als hij het doet, er beter voor kan zorgen dat het niet naar buiten toe bekend wordt.

De familie hoort ook te weten dat de huisarts bij een zelfdoding – die beschouwd wordt als een niet-natuurlijk overlijden – een schouwarts hoort te waarschuwen (ik laat in het midden of dat steeds gebeurt). Die schouwarts zal de officier van justitie raadplegen. Er komen agenten over de vloer. Vaak veel agenten. Recherche. De familie kan ondervraagd worden. De familieleden kunnen gescheiden ondervraagd worden en hun verklaringen naast elkaar gelegd worden. Als zelfdoding dan al geen misdrijf is – en dat is het niet – zijn er altijd mensen, ambtenaren van justitie, die het tot een misdrijf willen máken. Het zou dan ook voor de vijftienjarige zoon heel verstandig kunnen zijn om, wanneer er meerdere familieleden aanwezig zullen zijn bij vaders zelfeuthanasie, zijn hulp bij het fijnmaken van de medicijnen, als hij die verleent, te verlenen op een moment dat niemand ervan af weet en hij alleen met zijn vader is. Daarbij moet hij – en ieder andere betrokkene – overigens ook bedenken dat hulp bij zelfdoding niet alleen strafbaar kan zijn bij, in de betekenis van tijdens, de zelfdoding, maar ook voorafgaand daaraan.

Een interessant punt is natuurlijk nog of dit bij zich ook uitstrekt tot na of volgend op de zelfdoding? Iemand kan op verzoek van de overledene brieven posten; de huisarts waarschuwen; opruimen zodat de overledene netjes wordt aangetroffen. Bedenk dat zelfdoding geen strafbaar feit is.

Alle personen die aanwezig zijn bij een zorgvuldige zelfgekozen levensbeëindiging moeten momenteel dus voorzichtig zijn en zich goed bewust zijn van wat ze doen en niet doen. Maar er is geen dwingende reden een geliefde zijn of haar leven in eenzaamheid te laten beëindigen. Voor de counselor of hulpverlener gelden daarbij nog extra eisen van voorzichtigheid. Wanneer hij of zij bij een zorgvuldige zelfdoding aanwezig is geweest en de

zaak wordt door justitie nader onderzocht, dan zal zijn of haar handelen met veel meer argwaan bekeken worden dan dat van eventuele andere aanwezigen, zoals familie en intimi. Jurisprudentie laat zien dat aan de counselor, als bij de zelfdoding aanwezige deskundige, in een voorkomend geval zelfs het geheel van de door alle aanwezigen verrichtte handelingen ten laste kan worden gelegd! Het is aan de counselor om cliënt en andere betrokkenen over deze en dergelijke omstandigheden zo goed mogelijk te informeren in zijn non-directieve counseling, zodat een naar vermogen heldere afweging en zorgvuldige uitvoering mogelijk is.'

Een en ander illustreert de dunne lijn tussen het niet-strafbare verstrekken van objectieve informatie en het wel strafbare bieden van concrete hulp of dat nu in de vorm van feitelijke middelen of gerichte instructies is.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor eigen gedrag op grond van art. 6:162⁸

1. Het wettelijk systeem

De grondslag van de schadevergoedingsverplichting van art. 6:162 is de toerekenbare onrechtmatige *gedraging* van een persoon. De verplichting tot schadevergoeding ontstaat slechts indien de schade een gevolg is van de onrechtmatige gedraging van een persoon. Is dat niet het geval dan blijft – afgezien van mogelijke specifieke wettelijke regelingen – de schade daar liggen waar zij is ontstaan. ‘Een ieder draagt in beginsel zijn eigen schade’, zo luidt het adagium dat dit uitgangspunt van ons recht tot uitdrukking brengt.

In het geval dat wél een ander verantwoordelijk is voor het ontstaan van de schade, is de onrechtmatigheid van de *gedraging* van die persoon een noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid. Voorstelbaar zou ook een ander systeem zijn, waarbij men de ‘onrechtmatigheid’ betreft op de door de schadeveroorzakende gedraging veroorzaakte (*eind*)toestand.⁹ Men legt dan het accent op het gevolg van de gedraging; men beziet de situatie vanuit het gezichtspunt van het slachtoffer. Expliciet wordt voor ons BW afstand genomen van deze mogelijke opvatting en wordt gekozen voor het *plichtverzakende gedrag* van de dader als grondslag voor de algemene regel van de onrechtmatige daad.¹⁰ Het moet gaan om een gedraging die rechtens verboden is, dat wil zeggen een doen of nalaten van gedaagde dat rechtens achterwege had behoren te blijven.

Uit de opbouw van art. 6:162 blijkt dat daarin uitgegaan wordt van een structurele onderscheiding tussen enerzijds de kwalificatie van het *gedrag* van de dader dat als onrechtmatig moet kunnen worden aangemerkt, waartoe een aantal criteria wordt aangereikt die een dergelijke vaststelling nader bepalen (in lid 2), en anderzijds de voorwaarden voor *toerekening* van dit als onrechtmatig gekwalificeerde gedrag aan de persoon van de dader. ‘Toerekening’ – met name schuld – kwalificeert de dader en ‘onrechtmatigheid’ het gedrag.¹¹

⁸ Gebaseerd op mijn aandeel in het handboek Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding. Studiereeks Burgerlijk recht, Deventer 2012, 6e druk, 431 pp. (samen met J. Spier, T. Hartlief, A. Keirse en R.D. Vriesendorp).

⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 37.

¹⁰ PG Boek 6, p. 612-613.

¹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 104.

2. De onrechtmatige gedraging

Wanneer is sprake van ‘onrechtmatig’ gedrag? In lid 2 van art. 6:162 wordt het vereiste van onrechtmatigheid van de *gedraging* als volgt omschreven:

‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’

Er is derhalve – in aansluiting op de bestaande rechtspraak – een drietal algemene gronden of criteria, waarop een bepaalde schadeveroorzakende gedraging als onrechtmatig kan worden aangemerkt:

- een inbreuk op een recht;
- een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht;
- een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Een voorbeeld ter adstructie:

Een fietser rijdt een overstekende voetganger omver. De voetganger schaaft daarbij zijn knie en scheurt zijn broek. Kan de voetganger aanspraak maken op schadevergoeding? Dat kan als er sprake is van een ‘inbreuk op een recht’. Zo kunnen bijvoorbeeld de verwondingen van de voetganger – de geschaafde knie – gezien worden als een inbreuk op zijn recht op lichamelijke integriteit. Datzelfde verkeersongeval kan ook een gevolg zijn van het overtreden van diverse verkeersregels – nalaten voorrang te verlenen aan overstekende voetgangers -, waardoor de schade tevens ‘in strijd met de wet’ is veroorzaakt. En ten slotte kan het zijn dat deze gebeurtenis wordt aangemerkt als ‘volgens het ongeschreven recht’ onbehoorlijk.

De laatste grond voor onrechtmatig handelen – het handelen in strijd met het ongeschreven recht – is met opzet zo vaag en ruim geformuleerd. Daardoor kan de rechter in vrijwel alle gevallen waarin iemand naar algemeen gedeeld inzicht onbehoorlijk jegens een ander heeft gehandeld, die persoon tot schadevergoeding veroordelen. Dus ook als er geen sprake is van een handelen ‘in strijd met de wet’ of als onduidelijk is of er wel sprake is van ‘een inbreuk op een recht’ kan ‘onbehoorlijk’ gedrag aanleiding geven tot schadevergoeding. In alle gevallen is het onverschillig of er sprake is van een actieve handeling – een ‘doen’ – dan wel een passief blijven – een ‘nalaten’ – waardoor de schade is veroorzaakt. Voorwaarde is wel dat dit onrechtmatige gedrag aan de dader kan worden toegerekend.

3. De toerekening

Een onrechtmatige gedraging kan aan de dader toegerekend worden als de dader ‘schuld’ heeft. In lid 3 van art. 6:162 staat de ‘schuld’ als belangrijkste voorwaarde voor toerekening voorop. Schuld heeft hier de beperkte betekenis van ‘verwijtbaar’ of ‘vermijdbaar’. Dit veronderstelt uiteraard dat de dader toerekeningsvatbaar moet zijn.

Maar ook als dit niet het geval is, kan er sprake zijn van toerekening van de onrechtmatige gedraging aan de dader omdat art. 6:165 – waarnaar lid 3 van art. 162 met het woordje ‘wet’ verwijst – toerekening ook mogelijk maakt in gevallen waarin er sprake is van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming (handicap). Dat zou anders een beletsel zijn om het onrechtmatige gedrag aan de dader toe te rekenen.

Een *tweede* mogelijkheid om de dader toch verantwoordelijk te stellen voor zijn onrechtmatige gedrag zonder dat er sprake is van ‘schuld’ in de zin van lid 3, is dat er gesproken kan worden van ‘een oorzaak welke krachtens (...) de in het verkeer geldende

opvattingen' voor rekening van de dader komt. Ook dan is verwijtbaarheid niet noodzakelijk. Zie over de toerekening meer uitvoerig § 2.7.

Art. 6:162 vereist naast de vaststelling dat het gedrag onrechtmatig is dus ook dat het gedrag aan de dader moet kunnen worden toegerekend. Indien ook aan deze beide voorwaarden is voldaan is sprake van een *toerekenbare onrechtmatige daad*. Deze, wordt aangeduid met de (technische) term 'fout'. Zie bijvoorbeeld art.6:170 ('fout van een ondergeschikte').

4. Aansprakelijkheid van rechtspersonen

Tot nu toe werd er stilzwijgend van uitgegaan dat het gaat om de (persoonlijke) aansprakelijkheid van natuurlijke personen. Die kunnen toerekenbaar onrechtmatig handelen en daarvoor aansprakelijk worden gesteld. Maar ook rechtspersonen – zoals bijvoorbeeld een coöperatie - kunnen onrechtmatig handelen en daarvoor krachtens art. 6:162 aansprakelijk worden gesteld.¹² Rechtspersonen kunnen optreden door middel van hun organen (bijvoorbeeld een directeur). Handelingen van diegenen die optreden als orgaan van een rechtspersoon worden gezien als een handeling van die rechtspersoon. Als in het kader van dat optreden onrechtmatig wordt gehandeld kan de rechtspersoon daarvoor ter verantwoording worden geroepen en aansprakelijk worden gesteld.

Als directeur van Bos Bouwstoffen BV was Bos bevoegd om die BV te vertegenwoordigen. In die hoedanigheid laat Bos een grote hoeveelheid giftig afvalgips uit Duitsland naar Nederland komen. Het ging hier om een afvalproduct dat de Duitse firma Benckiser in eigen land niet op legale wijze kwijt kon. Bos beweerde dat hij het tot grondstof voor de cementindustrie kon bewerken. Het gips werd in Nederland op een aantal terreinen opgeslagen en Bos liet zich een paar miljoen Duitse marken contant uitbetalen die hij vervolgens – zo wordt vermoed – naar Zwitserland bracht. Het gips liet hij gewoon liggen. De Hoge Raad heeft het oordeel van de lagere rechter bevestigd dat Bos Bouwstoffen onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de gedupeerde opslagbedrijven.¹³

Ook als iemand formeel niet bevoegd is om een rechtspersoon te vertegenwoordigen kan de rechtspersoon toch aansprakelijk zijn voor de gedragingen van die persoon.¹⁴ Dat kan het geval zijn indien die persoon een zodanige status had dat gezegd kan worden dat de gedragingen van die persoon met de rechtspersoon vereenzelvigd kunnen worden. Hoewel een wethouder als zodanig geen (bestuurs)orgaan is van de Gemeente, maar slechts een onderdeel van het college van B&W, kan het toch zo zijn dat zijn gedragingen – in casu het geven van onjuiste verklaringen over de veronderstelde onjuiste constructie van een ingestorte kleuterschool – een onrechtmatige daad van de Gemeente opleveren, zo blijkt uit het 'Knabbel en Babbel-arrest':¹⁵

'De gedragingen van een wethouder kunnen immers ook dan een onrechtmatige daad van de Gemeente opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de Gemeente hebben te gelden.'

¹² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 326.

¹³ HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 (CJHB) (Benckiser).

¹⁴ De burgemeester is bevoegd om de gemeente in en buiten rechte te vertegenwoordigen (art. 171 Gemeentewet).

¹⁵ HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (CJHB) (Knabbel en Babbel).

Kortom, er zijn twee mogelijke gronden waarop een rechtspersoon aansprakelijk gesteld kan worden voor onrechtmatig handelen. Ten eerste als door een formeel bevoegd orgaan (bijvoorbeeld de burgemeester) namens de rechtspersoon onrechtmatig wordt gehandeld. Ten tweede als de gedragingen van een niet-formeel bevoegde persoon toch aan die rechtspersoon worden toegerekend omdat zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van die rechtspersoon hebben te gelden.¹⁶

In latere uitspraken lijkt de Hoge Raad een voorkeur te hebben voor deze laatste oplossing – ook wel aangeduid als *vereenzelvigingstheorie* 17 – ook voor een situatie waarin een *orgaan* van de rechtspersoon heeft gehandeld binnen de formele kring van zijn bevoegdheden.¹⁸ In de volgende situatie ging het om een directeur van een rechtspersoon die als orgaan – in principe – bevoegd is om die rechtspersoon te vertegenwoordigen.

De huurder van een aantal koelcellen (BV X) heeft een aanmerkelijke huurachterstand opgelopen jegens de verhuurder BV Z. Op uitnodiging van de huurder gaat de directeur van BV Z op bezoek bij de directeur van BV X. Vervolgens werd de directeur van de verhurende BV Z met behulp van een paar vrienden van de huurder opgesloten in een koelcel, teneinde eens rustig na te denken over een kwijtschelding van de opgelopen huurschuld. De directeur van de verhurende BV Z weet via een vluchtluik te ontsnappen. Hij doet aangifte bij de politie en vordert vervolgens ontbinding van de huurovereenkomst omdat de directeur van X hem heeft opgesloten en bedreigd en zich dus niet als een ‘goed huurder’ heeft gedragen. De vordering wordt door de rechtbank afgewezen omdat zij ‘niet is gepleegd door de huurder zelf’. De Hoge Raad casseert omdat de rechtbank de hier geldende maatstaf heeft miskend die ‘meebrengt dat zij had behoren te onderzoeken of de gedraging van de directeur van BV X in het maatschappelijk verkeer kan worden aangemerkt als een gedraging van BV X.’

Het gegeven dat de rechtspersoon aansprakelijk is voor de gedragingen van iemand die namens de rechtspersoon optreedt of wiens gedrag aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, sluit niet uit dat die handelende persoon ook zelf persoonlijk op grond van art. 6:162 aansprakelijk kan zijn. Voorts kan indien deze persoon tevens ondergeschikte van die rechtspersoon is, de rechtspersoon ook op grond van art. 6:170 aansprakelijk zijn.¹⁹

5. De onrechtmatigheid van de gedraging en de betekenis van de rechtvaardigingsgrond

Van belang is er op te wijzen dat - het hierboven geciteerde - lid 2 van art. 6:162 wordt afgesloten met een *voorbehoud*, namelijk de mogelijke aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.²⁰ Wat is de betekenis van deze verwijzing naar een mogelijke rechtvaardigingsgrond? De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond heeft tot gevolg dat

¹⁶ Toezeggingen door gedeputeerden van de provincie Gelderland ten opzichte van Vitesse werden geacht te gelden als gedragingen van de provincie zelf, HR 22 juni 2010, NJ 2010, 371 (Provincie Gelderland/Vitesse). Vgl. ook HR 23 december 2011, NJ 2012, 34.

¹⁷ J.W. Hoekzema, Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad. Den Haag 2000, ziet de orgaantheorie als een specifieke variant van de vereenzelvigingsleer.

¹⁸ HR 25 juni 1999, NJ 2000, 33 (PAS). In het midden blijft hier of er in deze casus nog wel sprake was van ‘handelen binnen de formele kring van de bevoegdheden’.

¹⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 332.

²⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 88-97.

een handeling die op zichzelf beschouwd onrechtmatig zou zijn, dat onrechtmatige karakter verliest. Men dient daarbij in de eerste plaats te denken aan de rechtvaardigingsgronden die ook in het strafrecht gelden (art. 40-43 Sr):

- overmacht (als noodtoestand);
- noodweer;
- uitvoering van een wettelijk voorschrift;
- bevoegd gegeven ambtelijk bevel.

Wie op aanwijzing van een verkeersagent door het rode licht rijdt, zal daarmee een wettelijke (verkeers)norm overtreden. Die formele overtreding wordt echter in dit geval gerechtvaardigd door het ‘bevoegd gegeven ambtelijk bevel’. Deze strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond (art. 43 Sr) levert ook civielrechtelijk een rechtvaardigingsgrond op.

Degene die ter noodzakelijke zelfverdediging zijn aanvaller met een mes van het lijf probeert te houden, zal mogelijk inbreuk maken op het recht van de aanvaller op lichamelijke integriteit. Indien voldaan is aan de voorwaarden voor ‘noodweer’ (art. 41 Sr) dan levert dit een civielrechtelijke rechtvaardigingsgrond op waardoor er (uiteindelijk) geen sprake is van een onrechtmatige gedraging.

Het rondzwaaien met een ijzeren staaf teneinde iemand die bedreigt wordt door een aanvaller met een pistool, te hulp te schieten, kan onder omstandigheden een geslaagd beroep op noodweer opleveren.²¹

Toestemming van de ‘gelaedeerde’ zal soms een omstandigheid zijn die de onrechtmatigheid kan wegnemen.

Wie aan een sloper toestemming geeft om een gebouw af te breken kan natuurlijk niet klagen over aantasting van zijn eigendom; wie de arts toestemming geeft tot een bepaalde medische ingreep kan evenmin klagen over *onrechtmatige* aantasting van zijn lichamelijke integriteit.

Ook zaakwaarneming kan een rechtvaardigingsgrond opleveren. Het forceren van een deur om een beginnende brand te blussen is daarvan een voorbeeld (zie over zaakwaarneming hoofdstuk 11).

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook van belang is de erkenning van andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien, met name *ongeschreven* rechtvaardigingsgronden.²²

Het uitdelen van een klap in een bedreigende situatie kan onder omstandigheden een ongeschreven rechtvaardigheidsgrond opleveren. Het is niet noodzakelijk dat aangetoond wordt dat is voldaan is aan de specifieke vereisten voor noodweer.²³

21 HR 10 december 1999, NJ 2000, 9 (Akin/Steenbakker), met instructieve conclusie van A-G Spier.

22 PG Boek 6, p. 617.

23 Vergelijk in dit verband HR 31 maart 1995, NJ 1997, 592 (CJHB) (Taams/Boudeling) en – in kritische zin – G.E. van Maanen, NTBR 1996, p. 62 e.v. en Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht (nr. 815).

Een en ander betekent dat de rechtvaardigingsgrond in het systeem van art. 6:162 een belangrijke functie kan hebben, namelijk het *wegnemen* van het aanvankelijke, op schending van een wettelijke norm of op de inbreuk op een recht gebaseerde, onrechtmatigheidsoordeel op grond van de bijzondere omstandigheden waaronder de handeling heeft plaatsgevonden.

Ter vermijding van mogelijke misverstanden, wordt er op deze plaats op gewezen dat de Hoge Raad het fenomeen van ‘risicoaanvaarding’ niet ziet als een omstandigheid die de onrechtmatigheid van de *gedraging* geheel wegneemt als zijnde een rechtvaardigingsgrond, maar als iets wat bij de ‘eigen schuld’ van art. 6:101 aan de orde kan komen en zo tot eventuele vermindering van de schadevergoedingsplicht kan leiden. Zie over dit laatste verder hoofdstuk 9.

6. De relativiteit van de normschending

Bij het voorgaande past nog een enkele kanttekening. Toepassing van het relativiteitsbeginsel – uitgedrukt in art. 6:163 – kan er toe leiden dat ondanks de overtreding van een wettelijke norm, toch geen aansprakelijkheid wordt aangenomen omdat de overtreden norm niet geacht wordt de belangen te beschermen die in het concrete geval geschonden zijn. Al naar gelang de strekking van de geschonden norm voert dit tot een beperking van de *kring* van personen die een aanspraak op schadevergoeding zouden hebben of tot een beperking van *de soort* van schade. Deze gedachte van het beperken van de betekenis van het schenden van een wettelijke norm tot genoemde situaties, werd in 1917 voor het eerst door Van Geleijn Vitranga voor ons recht onder woorden gebracht.²⁴

Verontreinigd afval was gestort in strijd met de bepalingen van een ontgrondingsvergunning. Kan de overheid op die grond schade verhalen? Beslist werd dat de Ontgrondingenwet *niet* de strekking heeft om de overheid te beschermen tegen de schade die voor de overheid uit bodemvervuiling voortvloeit.²⁵

Een en ander neemt niet weg dat vervolgens wordt nagegaan of er niet andere normen, bijvoorbeeld ongeschreven normen, zijn geschonden, die mogelijk wel de onrechtmatigheid van de *gedraging* kunnen funderen. Dit wordt nader uitgewerkt in § 2.5.

7. Onderlinge verhouding van de onrechtmatigheidscriteria

Alvorens nader in te gaan op de verschillende onrechtmatigheidsgronden eerst nog een enkele opmerking over de onderlinge verhouding van deze gronden. De wetgever heeft in art. 6:162 lid 2 de hiervoor genoemde onrechtmatigheidsvormen naast elkaar gezet. Dat betekent dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om aan elk van deze onrechtmatigheidsgronden een zelfstandige betekenis toe te kennen. Is aan één van deze criteria voldaan dan staat daarmee in beginsel de onrechtmatigheid van de *gedraging* vast.

In de grote meerderheid van gevallen waarin een bepaalde gedraging als in strijd met de wet kan worden gekwalificeerd, of als een – duidelijke – inbreuk op een (subjectief) recht is aan te merken, zal daarmee dan ook vaststaan dat deze gedraging *onrechtmatig* is. Waar dat niet het geval is zal het gedrag beoordeeld moeten worden aan de hand van de vraag of er in strijd is gehandeld met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Dit in de praktijk *belangrijkste* criterium is zó ruim dat het mede de eerste twee criteria omvat. Iets wat in strijd is met een

²⁴ Daarover G.E. van Maanen, NTBR 1999, p. 43-47.

²⁵ HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 (CJHB).

wettelijke plicht zal immers vrijwel altijd ook onzorgvuldig zijn en hetzelfde zal gelden voor het – min of meer bewust – inbreuk maken op het recht van iemand anders.

In een beperkt aantal gevallen blijkt echter (zie § 2.2 en 2.3), dat – ondanks het principiële uitgangspunt van de wetgever van de zelfstandige betekenis van de verschillende onrechtmatigheidsgronden – niet volstaan kan worden met een toetsing aan ofwel het inbreukcriterium ofwel de strijd met de wet, maar dat een nadere, aanvullende toetsing plaatsvindt aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Deze aanvullende toetsing zal zich voordoen indien het feit van de inbreuk onvoldoende houvast biedt voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van de *gedraging*.²⁶

7. Strijd met een wettelijke plicht. Hoofdregel

Indien bij een schadeveroorzakende gedraging een *wettelijke plicht*, een wettelijke norm wordt geschonden, dan betekent dit dat daarmee de onrechtmatigheid van dat gedrag – in de zin van art. 6:162 lid 2 – in beginsel is gegeven.²⁷ Het is algemeen aanvaard dat in beginsel ieder handelen, doen of nalaten, in strijd met een wettelijke plicht onrechtmatig is.²⁸ Het kan daarbij gaan om verdragen of wetten in formele en tevens materiële zin, zoals vrijwel alle bepalingen uit het *Wetboek van Strafrecht* of de *Wet Economische Delicten*, regels van EU-recht die directe horizontale werking hebben of bepalingen uit het *EVRM*, maar het kan ook gaan om wetten in (puur) materiële zin, waarbij men kan denken aan allerlei regels uit de plaatselijke verordeningen (APV's) en zelfs aan verplichtingen die voortvloeien uit vergunningen. Bij een vergunning worden de betrokken belangen door de overheid tegenover elkaar afgewogen. Als dat is gebeurd, dan is dat een belangrijke grond om gedrag dat met de vergunningsvoorwaarden in strijd is als onrechtmatig aan te merken.

Het Hof had bepaalde overtredingen van de hinderwetvoorwaarden – behoudens bijzondere omstandigheden – tegenover de omwonenden in beginsel als onrechtmatig aangemerkt. De Hoge Raad geeft aan dat aan dergelijke voorwaarden, in de concrete situatie waarvoor zij geschreven zijn, een soortgelijke betekenis wordt toegekend als aan door de centrale of lokale wetgever vastgestelde gedragsnormen. Schending daarvan zal in beginsel een onrechtmatige daad opleveren ten opzichte van degenen ten behoeve van wie die normen zijn gesteld. In beide gevallen zal moeten worden aangenomen dat de daarbij betrokken belangen door de overheid tegen elkaar zijn afgewogen. Wanneer door overtreding van een voorwaarde in een hinderwetvergunning iemand wordt getroffen in een door die voorwaarde beschermd belang en terzake schade lijdt, zal de overtreder in beginsel aansprakelijk zijn voor de door de overtreding veroorzaakte schade.²⁹

Het belang van deze door de Hoge Raad gegeven beslissing is, dat daarmee geïllustreerd en bevestigd wordt dat het overtreden van een *wettelijk* vastgestelde gedragsnorm (die wat dit betreft op een lijn gesteld kunnen worden ondermeer met voorwaarden aan een vergunning op grond van de *Wet Milieubeheer* verbonden), in beginsel een onrechtmatige daad oplevert jegens degenen te wier bescherming die normen zijn gesteld. Het eigene aan wettelijke normen is dat de wetgever op voorhand een bepaalde belangenafweging gemaakt heeft en dat

26 PG Boek 6, p. 614.

²⁷ P.W. den Hollander, Van Parijs tot Berlijn. Het onrechtmatige daadsrecht en de schending van wettelijke normen, NTBR 2011/7, p. 336-343.

²⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 44-45 en Jansen, Mon. Nieuw BW B-45, nr. 18 e.v.

²⁹ HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (CJHB) (Van Dam/Beukeboom).

daarmee – uitzonderingen zoals het ontbreken van relativiteit (nr. 21) of de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (nr. 19) natuurlijk daargelaten – de onrechtmatigheid gegeven is. Bij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen dient die afweging veelal door de rechter plaats te vinden.

8. Specifieke voorschriften

Waar het betreft specifieke voorschriften, zoals bestemmingsplannen, omgevingsvergunningen of de *Woningwet*, ligt het voor de hand om de onrechtmatigheid van bepaalde schadeveroorzakende gedragingen aan te nemen vanwege het in strijd handelen met dat wettelijk voorschrift. Indien iemand bouwt zonder dat hij over de noodzakelijke vergunning beschikt, dan is het zonder meer duidelijk dat er sprake is van handelen in strijd met de specifieke voorschriften van de *Woningwet* en/of de omgevingsvergunning. Een voorbeeld biedt de volgende uitspraak van de Hoge Raad.

Een aantal milieuorganisaties vordert een verbod tegen varkensmester Kuunders, wiens bedrijf grenst aan een natuurgebied in De Peel. De onrechtmatigheid wordt gebaseerd op het feit dat een vergunning als bedoeld in art. 12 *Natuurbeschermingswet* ontbreekt. De Hoge Raad gaat er van uit dat het Hof terecht heeft aangenomen dat het daarbij gaat om schending van een *norm welke strekt ter bescherming van de belangen van de stichtingen*. De Hoge Raad deelt daarbij de overweging van het Hof dat Kuunders in strijd handelt met de *Natuurbeschermingswet* en daarmee in strijd met een wettelijke plicht en dat dit om die reden ook onrechtmatig is.³⁰

9. De rol van wettelijke strafbepalingen

Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen.³¹ Het opzettelijk veroorzaken van een verkeersongeval met dodelijke afloop levert in strafrechtelijke zin doodslag op en is op die grond ook civielrechtelijk onrechtmatig.³² Hetzelfde kan gelden voor de overtreding van strafrechtelijk gesanctioneerde veiligheidsvoorschriften.

Een werknemer was gewond geraakt bij een bedrijfsongeval, hetgeen te wijten was aan overtreding van een bepaling uit de Veiligheidswet 1934. De directeur was hiervoor strafrechtelijk veroordeeld. Uit deze strafrechtelijke veroordeling leidt de rechter af dat de directeur te kort is geschoten in zijn verplichting om aan de veiligheidsvoorschriften te voldoen. In beginsel staat daarmee de civielrechtelijke onrechtmatigheid vast.³³

Anders dan men wellicht zou denken is het aantal gepubliceerde uitspraken waarin de rechter oordeelt dat een bepaalde schadeveroorzakende gedraging onrechtmatig is omdat er in strijd met de strafwet is gehandeld, betrekkelijk gering. Hoe komt dat?

Een eerste – voor de hand liggende – verklaring is, dat als er sprake is van een duidelijke overtreding van een wettelijke bepaling – denk bijvoorbeeld aan iemand die voor diefstal door

³⁰ HR 18 december 1992, NJ 1994, 139 (MS en CJHB) (Kuunders).

³¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011, nr. 44..

³² HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 397 (Viltzaak).

³³ HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21.

de strafrechter is veroordeeld – partijen het meestal niet tot een procedure zullen laten komen. De zaak ligt dan immers duidelijk.

Een andere reden is dat voor een misdrijf veelal opzet of een ernstige vorm van schuld vereist is (denk aan zaakbeschadiging, art. 350 Sr). Een dergelijk bewijs is moeilijker te leveren dan het bewijs van het feit dat er inbreuk is gemaakt op een (subjectief) recht, waarmee zou kunnen worden volstaan, of met het bewijzen van de onzorgvuldigheid van de schadeveroorzakende gedraging. Nu dat laatste óók voldoende is om tot een veroordeling tot schadevergoeding te komen ligt het voor de hand dat men zich de moeite bespaart om het bewijs te leveren dat er sprake is van bijvoorbeeld een misdrijf.

Ten derde. Naarmate de wettelijke norm algemener is geformuleerd of waar de wettelijke norm in feite zelf verwijst naar ongeschreven verkeersregels (bijvoorbeeld art. 5 *Wegenverkeerswet 1994* (WVW): ‘het is een ieder verboden zich zodanig op de weg te gedragen dat gevaar op de weg kan worden veroorzaakt’), is de overtreding van die wettelijke norm van minder betekenis voor het uiteindelijke oordeel over de onrechtmatigheid van de gedraging. Immers de wettelijke norm geeft in dit geval zelf niet aan onder welke omstandigheden er sprake is van een ‘gevaar op de weg’. Dat dient op basis van de in die specifieke situatie geldende – vooral ongeschreven – gedragsregels te worden bepaald. Het komt er in feite op neer dat art. 5 WVW verbiedt (en strafbaar stelt) om zich op de weg onzorgvuldig te gedragen.

10. Sterkere positie bij schending wettelijke norm

Waar er sprake is van een schending van wettelijke regels die ook duidelijk betrekking hebben op het belang van de gelaedeerde, heeft dat belangrijke processuele voordelen. Daarmee staat de onrechtmatigheid van het gedrag van de gedaagde in beginsel vast.³⁴ Indien het ontstaan van bepaalde schade het gevolg is van het overtreden van een *wettelijke* bepaling, dan rust de bewijslast van niet-onrechtmatigheid in beginsel op de laedens/gedaagde. Hij zal moeten aantonen dat ondanks het feit van de normovertreding er geen aansprakelijkheid op hem rust.³⁵ Indien gedaagde aannemelijk maakt dat er sprake was een rechtvaardigingsgrond of indien duidelijk wordt dat de norm niet beoogde om het geschonden belang van de gelaedeerde te beschermen (art. 6:163), dan zal hij daarin slagen.

Er is nog een bijkomend voordeel voor de gelaedeerde als een wettelijke norm is geschonden. In een procedure waar het ging om het verhaal door de Staat van saneringskosten in een geval van bodemverontreiniging, legt de Hoge Raad uit wat het verschil is tussen de situatie waarin de onrechtmatigheid wordt gezocht in de overtreding van een wettelijk voorschrift en die waarin de onrechtmatigheid wordt vastgesteld op grond van de beweerde schending van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Het voordeel (voor de eiser) bij de overtreding van *geschreven* regels is, naar het oordeel van de Hoge Raad, dat het ‘strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij – anders dan het geval is bij handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, die uitsluitend strekken ter bescherming van belangen waarop de dader bedacht moest zijn – *niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de*

³⁴ HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21.

³⁵ PG Boek 6, p. 618.

*dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen.*³⁶

Een tuinder bespuit zijn gewassen met een wettelijk verboden bestrijdingsmiddel. Een consument wordt ziek na het eten daarvan. De tuinder zal aansprakelijk zijn onafhankelijk van het feit of aangetoond kan worden dat hij zich rekenschap heeft gegeven van deze mogelijkheid.

Indien vastgesteld wordt dat een geschonden (wettelijke) norm niet strekt ter bescherming van het geschonden belang (art. 6:162, zie nr. 21), dan blijft het nog steeds heel goed mogelijk dat wel een zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Bij de vraag wat de zorgvuldigheidsnorm in het concrete geval inhoudt, kan de overtreden wettelijke norm van belang zijn. Er wordt dan niet rechtstreeks aan die wettelijke norm getoetst, maar deze norm laat wel indirect, zijdelings, zijn invloed gelden.

Een voorbeeld ontleend aan het arrest Lars Ruröde.³⁷ De tienjarige Lars was met zijn arm terechtgekomen in het draaiende gedeelte van een melkmachine die toebehoorde aan en werd bediend door boer Vrieling. De Hoge Raad overwoog: ‘dat ook indien het Landbouwveiligheidsbesluit niet rechtstreeks van toepassing is, (...) toch (...) niet-inachtneming van de daarin vervatte veiligheidsvoorschriften mede bepalend [kan] zijn voor de mate van onzorgvuldigheid waarmee Vrieling ter zake van het onderhavige ongeval heeft gehandeld’.

Duidelijk is dat de geschreven regel – die niet rechtstreeks van toepassing is – wel sterke invloed heeft op de invulling van de zorgvuldigheidsnorm die voor Vrieling in deze situatie geldt.

11. Afrondende opmerkingen over de schending van een wettelijke plicht

Als hoofdregel geldt dat de schending van een wettelijke plicht voldoende is om de onrechtmatigheid van de *gedraging* op te baseren. Dat geldt vooral indien de wettelijke bepaling toegesneden is op het specifieke geval dat aan de orde is. In andere situaties blijkt de schending van de wettelijke norm een minder prominente rol te spelen. Waarom is in sommige gevallen de schending van een wettelijke norm *niet* doorslaggevend en in andere gevallen *wel*?

Als verklaring kan gelden dat de schending van een wettelijke norm eerder beslissend zal zijn voor het onrechtmatigheidsoordeel als de wettelijke norm gebaseerd is op een (vrij concrete) afweging van belangen.³⁸ Is er sprake van een overtreding van een zeer specifieke gedragsnorm (bijvoorbeeld bepaalde bouwvoorschriften of veiligheidsvoorschriften) dan is daarmee de vraag naar de onrechtmatigheid beslist. In andere gevallen draagt de overtreding van een wettelijke norm in belangrijke mate bij aan de vorming van het onrechtmatigheidsoordeel op grond van het handelen in strijd met het ongeschreven recht. De inhoud van de wettelijke bepaling heeft dan vooral zijdelings betekenis. De schending van een

³⁶ Vgl. HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 (CJHB) (Staat/Van den Brink) en HR 3 november 2000, NJ 2001, 108 (ARB) (European Bulk Services).

³⁷ HR 8 december 1989, NJ 1990, 778 (CJHB) (Lars Ruröde).

³⁸ Zie ook Verheij, *Onrechtmatige daad*, nr. 14 en Van Dam, *diss.*, nr. 60; ook de toelichting gaat uit van deze visie, zie PG Boek 6, p. 618.

wettelijke norm zal over het algemeen, ook als het gaat om een wat minder specifieke norm, veelal belangrijk bewijslastvoordeel opleveren.³⁹

12. De inbreuk op een (subjectief) recht

Het inbreuk maken op een recht van een ander is onrechtmatig. De functie van het criterium ‘inbreuk op een recht’ bij de vaststelling van het oordeel over de onrechtmatigheid van de *gedraging*, bestaat in de aanwijzing van bepaalde typen van schadetoebrenging, die op het *eerste gezicht* (‘prima facie’) onrechtmatig zijn. Dat heeft belangrijke voordelen in vergelijking met de situatie dat aangetoond moet worden dat in strijd is gehandeld met de ‘zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt’.⁴⁰

Volgens de toelichting op art. 6:162 staat de inbreuk op een recht voorop ‘gezien de historie van de onrechtmatigedaadsregel en de traditie in Nederland sinds 1838’.⁴¹ Voorts wordt gesteld:

‘De inbreuk als afzonderlijke categorie van onrechtmatige daden zal zijn zin behouden, zolang de rechtsorde door het toekennen of omschrijven van subjectieve rechten indirect te kennen geeft dat bepaalde handelingen, die een inbreuk op deze rechten opleveren, rechtens verboden zijn.’⁴²

Hiermee wordt ‘indirect’ tot uitdrukking gebracht dat *gedrag* dat een inbreuk tot gevolg heeft afkeurenswaardig is en dus meestal als een onrechtmatige daad gekwalificeerd dient te worden. Dat is voor de hand liggend omdat de wetgever door de toekenning van subjectieve rechten aangeeft dat men bepaalde belangen beschermenswaardig vindt. Waar art. 6:162 lid 2 spreekt van ‘inbreuk op een recht’ wordt bedoeld de schending van eens anders *subjectief* recht.

Philips had een octrooi betreffende een specifieke constructie van een radiolamp. Een zekere Essen zou dat octrooi geschonden hebben door een soortgelijke lamp op de markt te brengen. Een van de vragen die in cassatie aan de orde komt is of het octrooi wel juist is uitgelegd. In dit verband overweegt de Hoge Raad dat de inhoud van het octrooi bepaalt ‘tot welke concrete handelingen ingevolge de wet de houder bij uitsluiting gerechtigd is, en dus tevens welke concrete handelingen ingevolge de wet aan anderen verboden zijn; dat in dit opzicht het octrooi geheel gelijk staat met andere subjectieve rechten van absoluut karakter, uit welke bijzonderen inhoud eveneens blijkt, van welke bepaalde gedragingen ieder ander dan de gerechtigde zich te onthouden heeft’.⁴³

Door de toekenning van – in dit geval – een octrooirecht komt vast te staan wat alleen de rechthebbende is toegestaan. Ook in andere gevallen waarin sprake is van een exclusief recht

39 Zie Van Dam, diss., p. 97 en B.J. Engelen, RM Themis 1986, p. 215-216.

40 Vgl. Onrechtmatige Daad, Art. 162, lid 2 (Jansen), aant. 4; Jansen, Informatieplichten, p.350 e.v..

41 PG Boek 6, p. 614.

42 PG Boek 6, p. 614.

43 HR 17 april 1936, NJ 1936, 546.

zal het gebruik daarvan zonder toestemming door een ander in de regel een inbreuk op dat recht betekenen en dus onrechtmatig zijn.⁴⁴

13. Fundamenteel belang van subjectieve rechten

Het subjectieve recht heeft een belangrijke (en zelfstandige) functie. Zo verleent het eigendomsrecht (art. 5:1) aan de rechthebbende de bevoegdheid om dat recht te gebruiken en er vrijelijk over te beschikken.⁴⁵ De eigenaar kan zich kan verzetten tegen elke storing in zijn recht (3:314 jo. 3:296), niet slechts indien deze inbreuk op zijn recht het gevolg is van verwijtbaar handelen van een ander, maar ook waar dat niet het geval is. De toestand is dan ‘onrechtmatig’, want inbreukmakend op het eigendomsrecht. Het is daarbij onverschillig hoe en door wie die toestand in het leven is geroepen.⁴⁶ Een voorbeeld ter toelichting.

Als een boom door een hevige storm ontworteld raakt en op het perceel van de burens terecht komt, is de eigenaar van die boom verplicht om deze te laten verwijderen, ongeacht of hem enig verwijt treft.⁴⁷ Het is de inbreuk op het eigendomsrecht van de buurman die deze verplichting doet ontstaan,⁴⁸ omdat die immers afbreuk doet aan de aan de eigenaar toekomende genotsrechten. Verdere schade kan slechts gevorderd worden indien en voorzover voldaan is aan de normale vereisten van art. 6:162. (De Hoge Raad komt tot deze verplichting door middel van het aannemen van een zorgvuldigheidsplicht om een einde te maken aan de inbreuk op eens anders eigendom, zodra men daarvan op de hoogte komt, ook al valt de inbreukmaker van het ontstaan van de inbreuk als zodanig geen verwijt te maken. Dat levert derhalve een eigenaardige zorgplicht zonder verwijt op.)

14. Welke subjectieve rechten?

Er zijn vele rechten die als subjectieve rechten zouden kunnen worden aangeduid. Van heel concrete tot wat meer ‘vage’ rechten. Bijvoorbeeld: het eigendomsrecht, het auteursrecht, een huurrecht, een octrooirecht, het recht op vrije toegang tot openbare wegen, het recht op lichamelijke integriteit, op privacy (persoonlijke levenssfeer), recht op onderwijs, recht op een leefbaar milieu, recht op bijstand, het recht op huisvrede. Het begrip subjectief recht heeft dus een ruime betekenis en kan velerlei inhoud hebben.⁴⁹ Traditioneel onderscheidt men hier twee groepen, namelijk:

⁴⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 47. Zie ook HR 12 maart 2004, NJ 2004, 548 (XS4ALL/Ab.Fab) en HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.); waarover Jansen, Informatieplichten, p. 360 e.v.

⁴⁵ De Staat heeft een positieve verplichting om de uitoefening van dit recht te garanderen (EHRM 14 oktober 2008, NJ 2009, 431 (Blumberga t. Letland)).

⁴⁶ PG Boek 3, p. 930.

⁴⁷ HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (CJHB) (Omgevallen boom) en HR 4 november 1988, NJ 1989, 854 (CJHB) (Overwaaiend onkruid).

⁴⁸ Zie hieromtrent ook de noot van Brunner bij NJ 1983, 478.

⁴⁹ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 47-48, Verheij, Onrechtmatige daad, nr. 15 en Van Dam, diss., p. 74.

- a. absolute vermogensrechten (waaronder het eigendomsrecht en daarvan afgeleide beperkte zakelijke rechten, maar ook de rechten op wat genoemd wordt de voortbrengselen van de menselijke geest: octrooirecht, auteursrecht en merkenrecht);
- b. persoonlijkheidsrechten (recht op lichamelijke integriteit, huisrecht, recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, et cetera).⁵⁰

Uit deze opsomming blijkt al de grote diversiteit van deze als ‘subjectief recht’ aangeduide rechten. Men zou er zelfs over kunnen twisten of we in al deze gevallen wel kunnen spreken van een subjectief *recht*. Een aantal van de hier genoemde rechten vindt men in de Grondwet: art. 10 (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer), art. 11 (recht op onaantastbaarheid van het lichaam), art. 12 (huisrecht). Maar het recht op een leefbaar milieu vinden we daar niet met zoveel woorden. Misschien dat die rechten wel op een indirecte wijze afgeleid kunnen worden uit andere bepalingen? Bijvoorbeeld uit art. 21 Grondwet (de overheid moet zorgen voor het leefmilieu) of uit het Europees verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (art. 8 EVRM).

Dat het eigendomsrecht een subjectief recht is volgt duidelijk uit art. 5:1 en voor het auteursrecht volgt dat uit art. 1 Auteurswet (het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, om dit openbaar te maken). Het ‘recht op een leefbaar milieu’ op grond waarvan de rechthebbende zich zou kunnen verzetten tegen bepaalde aantastingen van de natuur, is veel vager en meer onbepaald. Dat brengt mee dat het als *enige* grond voor de vaststelling van de onrechtmatigheid van een gedraging wegens de schending van een subjectief recht, weinig bruikbaar is. Wel is het zo dat de waarborging van bepaalde subjectieve rechten in het EVRM of het Europees Handvest, een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan en betoog waarin de gelaedeerde de onrechtmatigheid van de aantasting van zijn belangen tracht aan te tonen.

15. Problemen met de toepassing van het criterium inbreuk op een recht

Er bestaan - zoals hiervoor uiteengezet - grote verschillen tussen de subjectieve rechten in onze rechtsorde: sommige omschrijven heel precies bepaalde exclusieve bevoegdheden, andere zijn meer algemeen geformuleerd. Naarmate het subjectieve recht dat is geschonden meer precies en concreet is geformuleerd (zoals bij een octrooirecht), zal de schending daarvan eerder voldoende zijn om het onrechtmatigheidsoordeel op te baseren. Naarmate het subjectieve recht vager en algemener omschreven is zal meer een beroep moeten worden gedaan op een belangenafweging waarbij ongeschreven normen een belangrijke rol zullen spelen.

Zo is niet op voorhand duidelijk wat het ‘recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer’ nu precies inhoudt. Mag bijvoorbeeld een verzekeraar heimelijk onderzoek doen door middel van het maken van video-opnamen naar de geloofwaardigheid van de klachten van een whiplash-slachtoffer? Volgens de Hoge Raad kan dat een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer opleveren die in beginsel onrechtmatig is, maar kunnen de omstandigheden van het geval een dergelijke inbreuk rechtvaardigen. De eigenlijke belangenafweging verschuift dan naar de vraag of er in casu omstandigheden waren die het maken van deze heimelijke opnamen kunnen rechtvaardigen.⁵¹

⁵⁰ Onrechtmatige daad, Art. 162, lid 2 (Jansen), aant. 7 e.v.

⁵¹ HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 (JBMV) (K./Aegon).

Naarmate het verband tussen de te beoordelen gedraging en de inbreuk op het subjectieve recht echter directer en sterker is, zal het feit van de inbreuk een grotere en soms doorslaggevende rol spelen bij het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel over de gedraging.⁵²

Een en ander betekent dat we voorzichtig moeten zijn met de toepassing van dit criterium. Zo stelt bijvoorbeeld Brunner dat het absurd zou zijn om uit iedere letselschade af te leiden dat er dus onrechtmatig is gehandeld.⁵³ Dit blijkt ook uit de parlementaire toelichting op het inbreukcriterium:

‘niet iedere gedraging die als voorzienbaar gevolg letsel of zaaksbeschadiging heeft, om die reden reeds onrechtmatig is als zijnde een inbreuk op een recht; zodanige gedraging is in het algemeen alleen onrechtmatig als zij in strijd was met een van de vele normen van geschreven of ongeschreven recht, strekkende om letsel of zaaksbeschadiging te voorkomen.’⁵⁴

Zo kan evenmin uit het feit dat een auto bij een botsing zwaar beschadigd raakt, worden afgeleid dat de ander aansprakelijk is uitsluitend op grond van deze ‘inbreuk’ op het eigendomsrecht van de autobezitter. Hetzelfde geldt voor het toebrengen van letsel.

Een aantal jongens maakt een boswandeling, waarbij één van de jongens tegen een tak schopt die een ander fataal in het oog treft. Uit het enkele feit dat hier inbreuk is gemaakt op het recht op lichamelijke integriteit volgt niet automatisch dat onrechtmatig is gehandeld. Het komt er uiteindelijk op aan of onzorgvuldig is gehandeld.⁵⁵

Voordat we aan de inbreuk de gevolgtrekking kunnen verbinden dat het gedrag in dergelijke situaties onrechtmatig is moeten we een extra toets inbouwen. Uit de rechtspraak blijkt dat hiervoor verschillende ‘oplossingen’ zijn bedacht; er is geen sprake van een duidelijke consensus over de juiste benadering. Drie benaderingen kunnen hier worden onderscheiden.

Een *eerste* is die waarbij de vraag of er sprake is van een inbreuk op een subjectief recht afhankelijk gesteld van de vraag of het gaat om een *directe* of een *rechtstreekse* of een *opzettelijke* inbreuk.

Een *tweede* benadering is die waarbij men de gevallen waarin een inbreuk wordt aangenomen beperkt tot gevallen van een ‘echte’ inbreuk. Men toetst dan voordat men tot de conclusie komt dat er een inbreuk is of aan bepaalde eisen is voldaan, bijvoorbeeld of het voldoende ‘ernstig’ was of dat ‘het gedrag zelf inbreuk maakt’.⁵⁶

Een *derde* benadering is die waarin nadat de inbreuk is aangenomen nog nader getoetst wordt aan ongeschreven (zorgvuldigheids)criteria; soms wordt rechtstreeks verwezen naar de

⁵² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 47 en 49.

⁵³ In zijn noot onder het ‘Zwiepende tak’-arrest, HR 9 december 1994, NJ 1996, 403.

⁵⁴ PG Boek 6, p. 614.

⁵⁵ HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Zwiepende tak); Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 837; Verheij, Onrechtmatige daad, nr. 15.

⁵⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 47.

zorgvuldigheidsnorm, soms indirect door te verwijzen naar een (ongeschreven) rechtvaardigingsgrond.⁵⁷

Hieronder worden deze verschillende wijzen van benadering toegelicht.

16. Beperking tot directe, rechtstreekse en opzettelijke inbreuk

Een eerste benadering is die waarin niet elke inbreuk als onrechtmatig aangemerkt wordt, maar slechts de inbreuk die *opzettelijk, rechtstreeks of direct* is. In de literatuur wordt reeds lang het onderscheid tussen opzettelijke en culpose inbreuk gemaakt.⁵⁸ Bij een *opzettelijke* inbreuk op eens anders recht zal het enkele feit van de inbreuk over het algemeen voldoende zijn om het oordeel over de onrechtmatigheid van de *gedraging* te kunnen schragen.⁵⁹ Sommige schrijvers, zoals P. Scholten en J. Drion, stellen dat slechts de opzettelijke of rechtstreekse rechtsinbreuk als zodanig onrechtmatig is.⁶⁰ Ten aanzien van de culpose rechtsinbreuk stellen deze auteurs dat een bevestigende beantwoording van deze vraag afhankelijk is van een nadere toetsing aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. De omstandigheid dat deze gevolgen opzettelijk zijn veroorzaakt of het rechtstreeks gevolg zijn van zeker gedrag, brengt met zich mee dat dit gedrag over het algemeen als laakbaar zal worden gekwalificeerd, aangezien het *opzettelijk* schade veroorzaken in de vorm van een inbreuk op een recht (zaaksbeschadiging, verwonding) vrijwel altijd tevens in strijd is met geschreven of ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Dat ligt anders indien het verband tussen het gedrag en de rechtsinbreuk niet zo direct is en/of niet opzettelijk is geweest. In dergelijke gevallen staat de laakbaarheid van het schadeveroorzakende gedrag nog geenszins vast, maar dient een nadere toetsing aan ongeschreven gedragsnormen plaats te vinden. Bij de culpose rechtsinbreuk wordt dus altijd getoetst aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, bij de opzettelijke rechtsinbreuk kan deze toetsing vervallen omdat ze *impliciet* besloten ligt in het ‘opzettelijke’ of ‘rechtstreekse’ karakter van de rechtsinbreuk, althans van het gedrag dat tot die inbreuk heeft geleid. Nadere toetsing aan ongeschreven normen van behoorlijk gedrag is dan overbodig. Dit onderscheid tussen de ‘culpose’ en de ‘opzettelijke’ rechtsinbreuk is voor het eerst uitgewerkt door Paul Scholten.

‘Heeft iemand opzettelijk inbreuk gemaakt op eens anders eigendom, op zijn recht in het algemeen, heeft hij opzettelijk gedood of verwond, dan heeft de rechter wat de onrechtmatigheidsvraag betreft, niets naders te onderzoeken. Heeft men daarentegen met de zoogenaamde aan schuld te wijten inbreuk te doen, dan heeft de rechter naast de aantasting van het eigendomsobject en de vaststelling van causaal verband

57 Voor een voorbeeld van dat laatste zie HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (EAA) (Edamse bijstandsvrouw) en HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 (JBMV) (K./Aegon).

58 Van Maanen, diss., p. 184 e.v., Van Dam, diss., p. 76 en 77, Verheij, *Onrechtmatige daad*, nr. 15, zie ook K.J.O. Jansen, *Het subjectieve element van de onrechtmatigheid*, NTBR 2007/6, p. 222-228.

59 Bij een ten onrechte gelegd beslag is meestal geen nadere toetsing aan (on)zorgvuldigheid nodig, zoals blijkt uit HR 15 april 1965, NJ 1965, 331 (DJV). De enkele inbreuk op het eigendomsrecht is dan voldoende.

60 P. Scholten, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1913, p. 621; J. Drion, *Verzamelde Geschriften*, Leiden 1968, p. 65 e.v.

en van het psychisch element, de schuld, bovendien nog het gedrag van den aangesprokene aan regels van ongeschreven recht te toetsen, zich af te vragen of die anders heeft gehandeld dan hij behoorde.⁶¹

Als voorbeeld van een opzettelijke (en tevens directe) inbreuk kan gelden het – zonder toestemming – lozen van ongezuiverd afvalwater op het IJsselmeer. Dat is onrechtmatig tegenover de Staat die daarvan eigenaar is.⁶² De Staat hoeft niet te dulden dat de gemeente Huizen inbreuk maakt op zijn eigendomsrecht door afvalwater te lozen via het aan de Staat toebehorende oeverland op het (toen nog) aan de Staat toebehorende IJsselmeer.⁶³

Het leggen van beslag ziet Scholten als een opzettelijke inbreuk, indien achteraf blijkt dat ofwel de vordering waarvoor het beslag werd gelegd niet bestaat ofwel indien op het goed van een ander dan de schuldenaar beslag is gelegd. Door het leggen van conservatoir beslag wordt aan de beslagene immers het vrije beschikkingsrecht over zijn eigendommen ontnomen. Het feit dat de beslaglegger daarbij niet lichtvaardig heeft gehandeld kan aan zijn schadevergoedingsplicht niet afdoen indien blijkt dat het beslag niet gerechtvaardigd was. De enkele inbreuk op het eigendomsrecht brengt dan schadeplichtigheid mee.⁶⁴ Hartkamp en Sieburgh scharen deze gevallen onder handelingen waartoe de rechthebbende met uitsluiting van anderen bevoegd is, of die hem belemmeren in de uitoefening van zijn recht.⁶⁵

17. Toetsing vooraf aan andere criteria

De tweede benadering is die van een toetsing vooraf aan andere criteria voordat men iets als een (echte) inbreuk aanmerkt. Soms geeft de wet zelf daarvoor al aanknopingspunten. Uit de tekst van art. 5:1 bijvoorbeeld, volgt dat een eigenaar de bevoegdheid heeft om van de zaak vrij gebruik te maken met inachtneming van bepaalde beperkingen. Art. 5:1 lid 2 verwijst ook naar de op ‘regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen’. Dat laatste brengt mee dat niet – uitsluitend – op grond van de tekst van art. 5:1 kan worden vastgesteld wat precies de bevoegdheden van de eigenaar zijn. Een voorbeeld waarbij de Hoge Raad de vraag òf er in een bepaalde situatie van een inbreuk sprake was, afhankelijk stelt van een toetsing vooraf aan ongeschreven normen.

Een groep krakers weigert het pand van Nijs te verlaten. In plaats van de krakers spreekt Nijs de gemeente Breda aan om de levering van gas, water en elektriciteit te staken vanwege de inbreuk op het eigendomsrecht (het zonder toestemming gebruik maken van de leidingen van Nijs). De Hoge Raad:⁶⁶ ‘Niet elk gebruik – in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt – dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd.’ (...) ‘Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde.’

61 P. Scholten, a.w., p. 621.

62 HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151 (JHB).

63 Zie thans art. 5:27.

64 HR 15 april 1965, NJ 1965, 331.

⁶⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 47.

⁶⁶ HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 (CJHB) (Breda/Nijs).

Een ander voorbeeld van deze benadering.

De boomgaard van Lekkerkerker ondervond veel schade door de kraaien en roeken die werden aangetrokken door het vuilnis dat Vermeulen in een nabijgelegen plas had gestort. Het Hof heeft de dagvaarding aldus uitgelegd dat naar de stellingen van Lekkerkerker door de gedragingen van Vermeulen een lonende exploitatie van de boomgaard geheel onmogelijk is geworden en dat daardoor, nu deze boomgaard deel uitmaakt van de aan Lekkerkerker toebehorende hofstede, *inbreuk is gemaakt op diens eigendom*.

De Hoge Raad⁶⁷ overweegt ‘dat de vraag of de hinder die iemand door de gedragingen van een ander in het genot van de eigendom van een onroerende zaak kan ondervinden, als *inbreuk op zijn eigendomsrecht* kan worden beschouwd, afhangt van de ernst van die hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt;’. Dat: ‘*in aanmerking genomen de aard en de plaats van de door partij Vermeulen ondernomen activiteiten en de ernst van de als gevolg daarvan door partij Lekkerkerker ondervonden schade*’, dat partij Vermeulen daardoor een inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van partij Lekkerkerker die hij niet hoefde te dulden, welke, nu bijzondere rechtvaardigingsgronden ontbraken, als een onrechtmatige daad moest worden beschouwd’ (curs. toegevoegd).

Merk op dat eerst wordt gewezen op de aard van de activiteiten en de schade die daarvan het gevolg was, hetgeen een hinder opleverde die Lekkerkerker niet behoefde te dulden; daaraan wordt dan de conclusie verbonden dat daardoor een inbreuk op het eigendomsrecht wordt gemaakt. Met andere woorden, eerst nadat het gedrag aan ongeschreven behoorlijksnormen is getoetst, wordt geconstateerd dat er sprake is van een rechtsinbreuk.⁶⁸

18. Bevat de inbreuk zelf een gedragsnorm?

In het kader van deze, zojuist besproken, tweede categorie waarbij de inbreuk beperkt wordt tot gevallen van ‘echte’ inbreuk, wordt ook wel voorgesteld om slechts van een inbreuk te spreken indien ‘het gedrag zelf inbreuk maakt’. Is dit het geval dan heeft dit verstrekkende consequenties, omdat dan – behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – de:

‘onrechtmatigheid daarmee gegeven is en een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig is.’⁶⁹

Hierbij wordt dus niet elke schade als een ‘inbreuk’ gezien, maar slechts dan als de gedraging zelf in strijd komt met de exclusieve bevoegdheden van de subjectief gerechtigde of met diens persoonlijkheidsrechten. Dan is met de inbreuk ook de onrechtmatigheid gegeven, behoudens tegenbewijs van een rechtvaardigingsgrond.⁷⁰ De vraag is echter wanneer dit het geval is. De parlementaire toelichting geeft op deze – cruciale – vraag geen antwoord. Dat moet aan wetenschap en rechtspraak worden overgelaten.⁷¹

67 HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (GJS) (Vermeulen/Lekkerkerker).

68 Evenzo HR 30 juni 1995, NJ 1995, 693.

69 PG Boek 6, p. 614.

70 C.H. Sieburgh verdedigt het standpunt dat het criterium gevonden zou kunnen worden in de vraag of de gedraging zelf inbreuk maakt, NJB 1997, p. 628-635; vgl. ook haar dissertatie (Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, Deventer 2000, p. 62 e.v.). Dit standpunt vindt men ook in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 52.

71 PG Boek 6, p. 614.

De voorstanders⁷² van deze oplossing geven als voorbeeld het ten onrechte gelegde conservatoire beslag, zoals ook hiervoor vermeld en de situatie waarin iemands eigendom – achteraf ten onrechte – wordt vernietigd.⁷³ Daar zou het gedrag samenvallen met de inbreuk. De vraag is of het probleem hiermee opgelost is.⁷⁴ Er vindt immers een verschuiving van het probleem plaats naar de vraag *wanneer* we aan mogen nemen ‘dat een gedraging inbreuk maakt’ op een eigendomsrecht of inbreuk maakt op het recht op lichamelijke integriteit. Kernvraag blijft of – bijvoorbeeld – het schoppen tegen een tak waardoor iemand anders oogletsel oploopt, onder de specifieke omstandigheden als onzorgvuldig moet worden aangemerkt; een kwalificatie als inbreuk brengt ons in dit verband niet verder.

19. Extra toetsing aan ongeschreven normen

Een *derde* benadering van het probleem wordt gevonden in een extra toetsing; nadat is vastgesteld dat er inbreuk is gemaakt, vindt alsnog een toetsing plaats aan ongeschreven gedragsnormen. In sommige gevallen lijkt de vaststelling van de inbreuk samen te vallen met een toetsing aan ongeschreven normen.

Projectontwikkelaar Poot heeft – door middel van zijn BV’s – gedurende een aantal jaren tennishallen voor het ABP doen bouwen. Op een gegeven moment besluit de Centrale Beleggingsraad van het ABP om de samenwerking met Poot op een laag pitje te zetten. In zijn kwaliteit als aandeelhouder van de BV’s stelt hij dat het ‘waardeloos maken’ van zijn aandelen moet worden aangemerkt als een inbreuk op zijn recht als aandeelhouder. De Hoge Raad is het met die stelling niet eens.⁷⁵ In beginsel heeft alleen de vennootschap het recht om schadevergoeding te vorderen: ‘het ‘waardeloos maken’ van de aandelen door het gestelde veroorzaken van een faillissement, kan *niet* worden aangemerkt als een inbreuk op een subjectief recht van Poot, *welke inbreuk onrechtmatig zou zijn ook zonder dat een zorgvuldigheidsplicht jegens Poot is geschonden.*’ (curs. toegevoegd).

Deze benadering wordt tegenwoordig aangehangen door de meeste auteurs.⁷⁶ Volgens de moderne rechtspraak is het enkele feit dat inbreuk is gemaakt op een subjectief recht van de benadeelde niet altijd voldoende bewijs van een (onrechtmatige) normovertreding. Weliswaar schept het feit dat inbreuk gemaakt is op een subjectief recht het *vermoeden* dat het gedrag dat daaraan vooraf ging onbehoorlijk was, maar dat is niet per definitie het geval. Daarvoor is nodig dat door de inbreuk een geschreven of ongeschreven gedragsnorm is overtreden.

⁷² Onder anderen Sieburgh, NJB 1997, p. 634, met verdere verwijzingen en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 52..

⁷³ HR 4 februari 1983, NJ 1983, 546 (Aret). Merkwaardig is dat de HR hier juist geen aansprakelijkheid aannam, ondanks de kennelijke schending van het eigendomsrecht.

⁷⁴ Een overzicht van de vele literatuur over dit onderwerp is te vinden bij C.A. Streefkerk, De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk, in: BW-krant Jaarboek 1996, p. 67-86; Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 832 e.v en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 46-49.

⁷⁵ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Ma).

⁷⁶ Van Dam, diss., nr. 56 e.v.; Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 832 e.v.; zie ook Van Maanen, diss., p. 208 e.v. en Hartlief/Van Maanen, nr. 62; Verheij, Onrechtmatige daad, nr. 15.

20. Voordeel van het zich kunnen beroepen op de schending van een subjectief recht

Wat tot nu toe gezegd is ter relativering van de *zelfstandige* betekenis van de inbreuk op een subjectief recht voor de vaststelling van het onrechtmatigheidsoordeel gaat voorbij aan het belang van een dergelijke inbreuk (ook al dient er dan soms nog een nadere toetsing plaats te vinden) voor de positie van degene die zich op een inbreuk op zijn subjectief recht kan beroepen.⁷⁷ Het hebben van een subjectief *recht* (bijvoorbeeld op grond van een huurovereenkomst) brengt mee dat aantasting daarvan, bijvoorbeeld als gevolg van een ontruiming die niet gebaseerd is op een geldig ontruimingsbevel, in beginsel onrechtmatig zal zijn.⁷⁸ Dat brengt in een procedure een sterke(re) (bewijs)positie met zich mee, vooral in die gevallen waarin het subjectieve recht vrij specifiek bepaalde belangen van de rechthebbende beschermt.⁷⁹

21. Het belang van de inbreuk

Indien een exclusief recht (octrooirecht, auteursrecht) wordt geschonden, staat met die inbreuk de onrechtmatigheid van de *gedraging* vast (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond).⁸⁰ Schending van het eigendomsrecht kan in bepaalde gevallen – niet-gerechtvaardigd beslag, omgevallen boom – eveneens voldoende zijn om de onrechtmatigheid aan te nemen. Hetzelfde geldt indien uit de bijkomende omstandigheden, zoals de opzettelijkheid waarmee de inbreuk is verricht of het rechtstreekse karakter ervan, de onrechtmatigheid van de schending zich als het ware opdringt. In situaties waar dit echter niet het geval is, zal vaak een nadere toetsing aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen noodzakelijk zijn. Het feit dat een door een subjectief recht beschermd belang is aangetast speelt dan een belangrijke rol bij de vaststelling of in een concreet geval onzorgvuldig is gehandeld. Het criterium inbreuk op een recht blijft ondanks de hierboven geschetste beperkingen een belangrijke rol spelen bij de vaststelling van de onrechtmatigheid van een bepaalde schadeveroorzakende gedraging.

22. Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt

Het – betrekkelijke – houvast dat er bestaat bij de beantwoording van de vraag of bepaald gedrag als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd als het gaat om gedragingen die in strijd zijn met een wettelijke norm of inbreuk maken op een subjectief recht, ontbreekt als men te maken krijgt met gedragingen die in strijd zijn met ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Dat ligt immers – per definitie – niet vast in geschreven regels. Men moet hier terugvallen op maatschappelijk aanvaarde normen over behoorlijk en

⁷⁷ Onrechtmatige Daad, Art. 162, lid 2 (Jansen), aant. 6.

⁷⁸ HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267 (WHH) (Schuring/Sweelinck); de inbreuk is dan *prima facie* onrechtmatig, vgl ook Jansen, Informatieplichten, p.358.

⁷⁹ Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 839, met voorbeelden en verdere verwijzingen en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 54; HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.); waarover Jansen, Informatieplichten, p. 360 e.v..

⁸⁰ Vgl. HR 12 maart 2004, NJ 2004, 316.

zorgvuldig gedrag. Men heeft daarbij wel enig houvast aan de rechtspraak die op dit terrein bestaat. Zo zal de mate van waarschijnlijkheid van het ontstaan van schade een rol spelen en ook hoe gevaarlijk een bepaalde gedraging is. Zo zijn er verschillende factoren die van invloed zijn op die ongeschreven gedragsnormen. Deze factoren spelen niet steeds allemaal een rol en hebben niet altijd hetzelfde gewicht. Afhankelijk van de situatie en haar concrete omstandigheden treedt nu eens de ene dan weer de andere factor op de voorgrond. Daarover later meer.

Ondanks het feit dat deze onrechtmatigheidscategorie van – wat hier verder kort zal worden aangeduid als – het ‘ongeschreven recht’ zo weinig houvast biedt, is dit onrechtmatigheidscriterium in praktijk veruit het belangrijkste. Dat komt ook tot uitdrukking in de enorme hoeveelheid uitspraken van lagere en hogere rechters. Kenmerkend voor al deze uitspraken is dat ze sterk *casuïstisch* zijn. Anders gezegd, het zijn uitspraken naar aanleiding van concrete gevallen, waarbij het specifieke van de feiten in die concrete situatie bepalend is voor het oordeel van de rechter of er in casu wel of niet sprake was van ‘onzorgvuldig’ gedrag. Een voorbeeld om dit laatste te illustreren.

De werkster van het Dorpshuis in Kamerik had ter gelegenheid van de grote schoonmaak een emmertje met een voor haar onbekende vloeistof gevonden. In overleg met de beheerder wordt dit emmertje in een doos en vervolgens in een vuilniszak verpakt en zo klaar gezet voor de vuilnisophaaldienst. Toen deze zak door de vuilnisman in de vuilnisauto werd geworpen, kwam een straal van de – naar later bleek zeer gevaarlijke vloeistof, waarschijnlijk natronloog – in zijn oog terecht, met als gevolg blindheid aan dat oog. Is hier onzorgvuldig gehandeld? Ja, oordeelt de Hoge Raad: ‘Het is in strijd met de zorgvuldigheid (...) om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men ófwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ófwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid van een daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.’⁸¹

De hier geformuleerde zorgvuldigheidscriterium is sterk toegesneden op de specifieke situatie die ter beoordeling voorlag.⁸² Het is zeer de vraag of hier meer algemene regels uit afgeleid mogen worden, bijvoorbeeld een regel als ‘het is onzorgvuldig om stoffen waarvan men niet zeker weet of ze gevaar voor de mens kunnen opleveren buiten zijn controle te brengen’. Toch bestaat er ontegenzeggelijk behoefte aan wat meer *algemene* regels.

23. Zorgvuldigheidscriterium en relativiteit

Duidelijk is dat voor de beslissing van een concreet geval niet volstaan kan worden met een toetsing aan *algemeen* geformuleerde zorgvuldigheidscriterium, maar dat uiteindelijk vastgesteld moet kunnen worden of ook *jegens deze benadeelde* onzorgvuldig is gehandeld. Betekent dit laatste (‘jegens deze benadeelde’) dat het vereiste van relativiteit zoals dat in art. 6:163 is neergelegd ook geldt met betrekking tot ongeschreven zorgvuldigheidscriterium?

Het antwoord moet luiden: dat hangt er van af hoe deze vraag wordt opgevat. Indien de vraag is of ook voor zorgvuldigheidscriterium de eis geldt dat het geschonden belang moet vallen onder de bescherming van de (zorgvuldigheidscriterium)norm, dient het antwoord bevestigend te luiden. Maar indien de zorgvuldigheidscriterium volledig is toegesneden op de concrete situatie, zoals de Hoge Raad deed in het hiervoor aangehaalde arrest inzake het dorps huis te Kamerik,

⁸¹ HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (CJHB) (Dorpshuis Kamerik); vgl. in dit verband ook HR 6 oktober 1995, NJ 1996, 106 (Baas/Harford) en Jansen, Informatieplichten, p. 456 e.v..

⁸² Hierover ook Spier, preadvies NJV 1996, p. 253; Jansen, Informatieplichten, p. 453 e.v..

dan is daarmee eigenlijk de relativiteitsvraag ook al beantwoord. Dan *is* vastgesteld dat ten opzichte van deze concrete persoon onzorgvuldig is gehandeld. In een dergelijk geval valt de onrechtmatigheidsvraag samen met de vraag naar de specifieke inhoud van de zorgvuldigheidsnorm.⁸³ De relativiteitsproblematiek wordt in § 2.5 meer uitvoerig besproken.

24. Bewijslast: ‘res ipsa loquitur’

Alvorens in te gaan op de verschillende specifieke situaties, een algemene opmerking over de bewijslast. Uitgangspunt is ook hier ‘wie stelt moet bewijzen’ (art. 150 Rv.). De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. De eiser zal aannemelijk moeten maken dat de gedaagde jegens hem onzorgvuldig heeft gehandeld. Hij moet daartoe voldoende feiten en omstandigheden stellen. De beantwoording van de vraag of bepaald *gedrag* onrechtmatig is altijd een vraag is die slechts in een concrete situatie beantwoord kan worden (zie ook nr. 66). In sommige gevallen kan uit de feitelijke situatie waarin de schade is ontstaan – als het ware vanzelfsprekend – afgeleid worden dat er onzorgvuldig is gehandeld. Wie thuis, rustig zijn krant lezend, plotseling wordt geconfronteerd met een vrachtwagen die door de voorgevel het huis is binnengereden, zal weinig moeite hebben om aan te tonen dat de chauffeur onzorgvuldig heeft gehandeld (even daargelaten of er niet sprake is van rechtsinbreuk en/of handelen in strijd met de wet); de feiten spreken voor zich, de chauffeur moet maar uitleggen dat er géén sprake is van onrechtmatig handelen. Juristen gebruiken hier wel de (potjeslatijn) uitdrukking ‘res ipsa loquitur’: de zaak spreekt voor zich.⁸⁴

25. Vuistregels en gezichtspunten: algemene en bijzondere regels

Afgezien van deze ‘voor zich sprekende’ gevallen, zitten er aan specifieke situaties bepaalde bijzonderheden, die meebrengen dat we van de burgers die zich in een dergelijke situatie bevinden een bepaalde mate van zorgvuldigheid verlangen; soms meer, soms minder. Dat brengt ons op de vraag naar de inhoud van die zorgvuldigheidsnormen.

Als algemeen uitgangspunt zou kunnen gelden dat iedereen die zorg moet betrachten die van een zorgvuldig mens verwacht macht worden tegenover eens anders persoon of goed, of met betrekking tot iemands vermogensbelangen.⁸⁵ Vroeger sprak men in dit verband wel van de zorg van de ‘goede huisvader’, de ‘bonus pater familias’.

Men zou kunnen stellen dat er maar één zorgvuldigheidsnorm geldt: ‘handel zo dat je door je gedrag aan je medemensen geen, of in ieder geval zo min mogelijk, schade berokkent!’. De moeilijkheid is echter dat deze algemene (vuist)regel geen uitsluitel geeft wat in een concrete situatie gevegd wordt. Hoever moet men gaan in het voorkomen van schade voor anderen? Moet men rekening houden met het feit dat sommige mensen zelf onvoorzichtig zijn? Moet men afzien van het verbranden van tuinafval als de buurman mogelijk last zal hebben van de rook? En wat te doen met gevallen waarin juist *niet* werd gehandeld, waarin verzuimd werd actie te ondernemen waar ingrijpen wellicht geboden was? Moet je ingrijpen als iemand door

⁸³ HR 30 september 1994, NJ 1996, 197.

⁸⁴ Vgl. I. Giesen, WPNR (1997) 6265, p. 241-246.

⁸⁵ PG Boek 6, p. 616.

een stel vandalen op straat in elkaar wordt geslagen? Ook als men daarbij zelf risico's zou lopen?

De Amerikaanse rechter Learned Hand heeft ruim zestig jaar geleden⁸⁶ een aantal vuistregels geformuleerd om vast te stellen wat de vereiste zorgvuldigheid meebrengt voor van de eigenaar van een schip om te zorgen dat het niet losbreekt van zijn trossen en zo andere schepen beschadigt. Het gaat daarbij om drie variabelen: (1) *The probability that she will break away*; (2) *the gravity of the resulting injury, if she does*; (3) *the burden of adequate precautions*.⁸⁷ Judge Hand is onsterfelijk geworden doordat hij het niet heeft gelaten bij deze heldere analyse van wat juristen meestal – intuïtief – doen als ze een aansprakelijkheidsvraag beantwoorden, maar hij heeft er bovendien een ‘wetenschappelijke’ draai aan gegeven door het in een formule samen te vatten: *‘if the probability be called P; the injury L; and the burden B; liability depends upon whether B is less likely than L multiplied by P: i.e. whether B less than PL.’*

Deze door Learned Hand in 1947 geformuleerde vuistregels zijn in hoge mate vergelijkbaar met de door onze Hoge Raad in 1965 geformuleerde gezichtspunten in het hierna (in nr. 47) te bespreken Kelderluik-arrest.

Uit de veelheid van door rechters besliste gevallen kunnen *gezichtspunten* worden afgeleid die bepalend zijn voor de beoordeling van situaties waarin onrechtmatig is gehandeld. Met behulp van deze relevante gezichtspunten zouden dan *algemene* en meer *bijzondere regels* kunnen worden opgesteld die kunnen dienen als uitgangspunt voor de beslissing van nieuwe gevallen.

26. Verschillende situaties

Om enige ordening aan te brengen in de op het eerste gezicht soms willekeurige uitkomsten van de vele tienduizenden procedures, wordt hieronder een onderscheid gemaakt tussen situaties die een aantal gemeenschappelijke kenmerken hebben. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat rechters geneigd zijn bepaalde situaties – bijvoorbeeld sportsituaties – op een vergelijkbare manier te beoordelen. Dat betekent dat binnen een dergelijke situatie bepaalde vuistregels kunnen worden aangewezen die door de rechter als uitgangspunt genomen worden bij de beoordeling van een concrete situatie. Ook binnen sommige beroepsgroepen lijken wat meer specifieke normen te gelden; de professionele hoedanigheid brengt niet alleen ten opzichte van de cliënt maar vaak ook jegens derden een zekere zorgplicht mee. Ook lijkt de overheid soms aan strengere zorgplichten onderworpen dan de gewone burger (daarover hoofdstuk 7, nr. 168 e.v.). Naast deze categorieën kan ook gedacht worden aan situaties tussen bureaus (hindergevallen).

Het is niet doenlijk om een uitputtende opsomming te geven van alle mogelijke situaties waarbij bepaalde gemeenschappelijke kenmerken aanwezig zijn. De hierna gepresenteerde keuze is in zekere mate arbitrair; ook andere keuzes zijn zeer wel verdedigbaar.⁸⁷

Voorzichtigheid is hier dus geboden. Daarbij valt te bedenken dat de zaken die uiteindelijk aan de rechter – ook aan de Hoge Raad – worden voorgelegd, *a-typisch* zijn. Immers als een gedraging evident onrechtmatig is zal er waarschijnlijk niet over geprocedeerd

⁸⁶ United States v. Carroll Towing, 159 F2d 169 (2nd Cir. 1947).

⁸⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 58 e.v. komt tot een onderverdeling in a) schending van verkeers- of veiligheidsnormen, b) normen ter bescherming van zuivere vermogensschade en c) normen ter bescherming van immateriële schade.

worden; het gaat dus meestal om grensgevallen. Bovendien wordt de rechtsvraag die uiteindelijk aan de rechter wordt voorgelegd in belangrijke mate bepaald door de manier waarop is geprocedeerd; de procesregels brengen in dit verband belangrijke beperkingen mee.⁸⁸

Met inachtneming van deze beperkingen wordt hieronder toch een poging gedaan bovengenoemde situaties te onderscheiden en te clusteren onder meer algemene noemers. Traditioneel wordt ‘gevaarzetting’ als een belangrijke categorie beschouwd. Van gevaarzetting is sprake indien iemand verantwoordelijk is voor het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie waarbij schade dreigt voor personen of zaken, zonder dat daarbij de nodige voorzorgsmaatregelen worden getroffen. Veelal zal daarbij ook sprake zijn van de schending van verkeers- of veiligheidsnormen.

Duchateau drinkt in Amsterdam een biertje in café De Munt. Op weg naar het toilet belandt hij – door het openstaande kelderluik – in de kelder en uiteindelijk in het ziekenhuis. Een werknemer van Coca Cola, genaamd Sjouwerman, had het luik geopend en verzuimd de nodige veiligheidsmaatregelen te nemen. Duchateau vordert schadevergoeding van Coca Cola. Hoe moeten we vaststellen wat de vereiste zorgplicht is in een dergelijke situatie? De Hoge Raad geeft de volgende handreiking. Als de omstandigheden daartoe aanleiding geven, moeten bepaalde veiligheidsmaatregelen worden genomen, omdat er rekening mee moet worden gehouden dat niet iedereen even voorzichtig is. Welke omstandigheden zijn daarbij relevant? De Hoge Raad geeft een aantal *gezichtspunten* waarop men zou moeten letten: ‘de *mate van waarschijnlijkheid* waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de *hoegrootheid van de kans* dat daaruit ongevallen ontstaan, op de *ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben*, en op de *mate van bezwaarlijkheid* van te nemen veiligheidsmaatregelen;’ (curs. toegevoegd). In casu heeft het Hof terecht beslist dat Sjouwerman verweten kan worden dat hij geen rekening heeft gehouden met de mogelijke onplettendheid van café-gasten en zo heeft nagelaten veiligheidsmaatregelen te treffen.⁸⁹

Hieronder zullen eerst de situaties besproken worden die onder de noemer ‘gevaarzetting’ kunnen worden gebracht, of daar nauw mee verwant zijn. Achtereenvolgens wordt besproken: sport- en spelsituaties, terreinbeheer, zorginrichtingen, situaties waarin sprake is van een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’ en ‘zuiver nalaten’. Vervolgens zullen nog enkele ‘andere’ situaties worden besproken, zoals hinder, beroepsaansprakelijkheid, toezichthouders en staking.

27. Kelderluikfactoren voor gevaarzettende situaties

De Hoge Raad heeft ten aanzien van de vraag welke algemene gezichtspunten in aanmerking moeten worden genomen in *gevaarzettende* situaties, een aanzet gegeven in het hiervoor geciteerde Kelderluik-arrest.⁹⁰ De daaruit afgeleide deelregels staan dan ook bekend als de ‘kelderluikfactoren’. Deze *algemene* regels kunnen soms aangevuld worden met specifieke, *bijzondere* regels die aanwijzingen geven voor zorgvuldig gedrag in de verschillende soorten situaties die hierboven kort zijn aangeduid en die hieronder nader zullen worden

⁸⁸ Asser-Vranken, nr. 4 e.v.

⁸⁹ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (GJS). Van Maanen, De Nederlandse kelderluikarresten, NTBR 2008/1, p. 42-49.

⁹⁰ Een expliciete herhaling van de kelderluikfactoren is te vinden in HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Ned.).

uitgewerkt.⁹¹ In de literatuur worden – mede voortbouwend op deze ‘kelderluikfactoren’ – de volgende gezichtspunten onderscheiden⁹²:

- de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid (bij het potentiële slachtoffer) kan worden verwacht;
- aard en omvang van de gevreesde schade (letsel- en zaakschade, zuivere vermogensschade en immateriële schade);
- de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen;
- de aard van de gedraging;
- de bezwaarlijkheid (voor de potentiële dader) in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁹³

Een voorbeeld waarin vrijwel al deze factoren een rol spelen:

Korver heeft in het ziekenhuis De Heel een kaakoperatie ondergaan. Nog half onder narcose is hij in een uitslaapkamer gelegd waar hij door een abrupte beweging uit bed is gevallen, waardoor hij aan één oog blind is geworden. Met het Hof vindt ook de Hoge Raad dat het ziekenhuis te kort is geschoten in het nemen van veiligheidsmaatregelen, zoals verhoogde randen of zogenaamde onrusthekken. Het gaat hier om een weinig kostbare voorziening.⁹⁴

De algemene factoren zijn ook te herkennen – meer toegespitst – in de hierna te behandelen specifieke situaties.⁹⁵ De hiervoor genoemde factoren leiden tot de volgende algemene *vuistregels* in verband met gevaarzettende situaties:

- naarmate het waarschijnlijker is dat potentiële slachtoffers minder oplettend en voorzichtig zijn, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de ernst (met name letselschade) en de omvang van de mogelijke schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate de kans op schade groter is, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de gedraging gevaarlijker is, dient eveneens een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen door de potentiële dader, zowel op zichzelf beschouwd als in relatie tot de mogelijke schade, minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, bestaat een sterkere gehoudenheid tot het treffen van preventieve maatregelen.

Bij dit alles is niet van belang of men het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt concreet heeft voorzien.⁹⁶ Voldoende is dat met het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in

⁹¹ Een algemene beschouwing over ‘Gevaarzetting en risicoverhoging’ is te vinden bij T.F.E. Tjong Tjin Tai, WPNR (2005) 6620, p. 364-374.

⁹² Van Dam, diss., p. 110.

⁹³ Zie bijvoorbeeld HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (CJHB).

⁹⁴ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (CJHB) (Korver/De Heel).

⁹⁵ Zie ook Bolt, preadvies NJV 1996, p. 163.

⁹⁶ HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (Dorpshuis Kamerik).

het algemeen – naar objectieve maatstaven – bepaalde (gezondheids)gevaaren getracht wordt te voorkomen.⁹⁷

Het gaat hier dan in beginsel om objectief *kenbare* gevaren en risico's waarvoor bepaalde veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen. Maar hoe zit het als er slechts sprake is van een *vermoeden* van een potentieel risico? Moeten er dan toch voorzorgsmaatregelen getroffen worden, al was het maar in de vorm van een waarschuwingsplicht?⁹⁸ Deze vragen spelen onder meer bij het gebruik van allerlei nieuwe technieken, zoals nanotechnologie.⁹⁹ We weten niet zeker of het mogelijk is dat nanodeeltjes via de huid het lichaam kunnen binnendringen. En hoe zit het met de gevaren voor de mens als gevolg van het massaal preventief gebruik van antibiotica in de veehouderij? Of het risico op besmettelijke ziektes bij grootschalige geitenbedrijven? Of risico's voor het milieu? Spier wijst er op dat degene die omgaat met potentiële risico's gehouden is om actief te zoeken naar mogelijke gevaren en problemen. In uiterste gevallen zou de rechter kunnen verbieden dat onomkeerbare beslissingen worden genomen.¹⁰⁰ Zie ook nr. 10a en 10b.

De rechter zal in een concreet geval waarin er iets is fout gegaan moeten nagaan of de genomen veiligheidsmaatregelen voldoende waren. Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken.

Melchemie heeft gevaarlijke stoffen in bewaring gegeven bij het professionele opslagbedrijf CMI. Daarmee verschuift de (risico-)aansprakelijkheid van art. 6:175 naar van Melchemie naar de bewaarnemer. De vraag die vervolgens aan de orde komt is of Melchemie hiermee ook geheel en al van aansprakelijkheid bevrijd is, ook als zij bijvoorbeeld tekort geschoten is in haar zorgplicht. Kan zij als bewaargever dan toch op grond van art. 6:162 aansprakelijk zijn? Deze vraag speelt omdat in deze zaak de opgeslagen stoffen van Melchemie in brand zijn gevlogen, hetgeen er toe heeft geleid dat een partij opgeslagen paardenhaar, eigendom van Delbanco, verloren is gegaan.

De Hoge Raad oordeelt dat de vraag of Melchemie heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, afhangt van een weging van alle relevante omstandigheden van het geval. Deze afweging dient te geschieden in het licht van de aard van de onderhavige zorgplicht welke erop is gericht zoveel mogelijk te voorkomen dat het aan de in bewaring gegeven stof inherente gevaar van ernstige aard voor personen of zaken zich verwezenlijkt. Daarbij moet in het bijzonder acht worden geslagen op de kans op schade, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen, maar ook op de bij de bewaargever als beroeps- of bedrijfsmatig gebruiker aanwezig te achten kennis van:

- de geldende veiligheidsvoorschriften voor opslag van de bewuste stof;
- (de specifieke) overtredingen van die veiligheidsvoorschriften;
- de kans op verwezenlijking van het aan de stof inherente bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken als gevolg van die overtredingen;
- andere aldaar opgeslagen stoffen en de gevaren die (kunnen) ontstaan als de stoffen met elkaar in aanraking komen;

97 HR 29 november 2002, NJ 2003, 549 (JBMV) (Legionellabesmetting Westfrieze Flora). I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de gezondheidsschade?', *NTBR* 2011/8, p. 394-407.

⁹⁸ S. Franken, *Voorzorg: beginsel in het aansprakelijkheidsrecht?*, *NJB* 2008/33, p. 2056-2060.

⁹⁹ E.R. de Jong, *Tussen fabel en feit. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling bij onzekere risico's aan de hand van nanotechnologie*, *NJB* 2011/42, p. 2836-2842

¹⁰⁰ J. Spier, *Het WRR-rapport. Onzekere veiligheid: een welkome stap voorwaarts*, *NJB* 2008/40, p. 2523.

- de opslagmethoden, nodig om een aan de gehanteerde wijze van opslaan verbonden gevaar te kunnen onderkennen;
- de redelijkerwijs te treffen maatregelen om de verwezenlijking van de hiervoor genoemde gevaren te voorkomen, de mate van urgentie van het treffen van zodanige maatregelen en het tijdsbestek waarbinnen zij zouden kunnen worden gerealiseerd.¹⁰¹

Het lastige van een dergelijke opsomming van gezichtspunten c.q. vuistregels is dat niet aanstonds duidelijk is wat de onderlinge verhouding tussen deze gezichtspunten is. Welk gewicht hebben de genoemde factoren?¹⁰² Om tot een goed en afgewogen oordeel te komen moet de rechter onder meer nagaan welke (veiligheids)maatregelen feitelijk genomen zijn en welke maatregelen (al dan niet wettelijk) genomen hadden moeten (kunnen) worden. Zo had Jumbo supermarkt maatregelen moeten treffen om te voorkomen dat flessen van de lopende band vallen.¹⁰³ En mag een sauna-exploitant er van uit gaan dat bezoekers weten dat de vloer glad kan zijn en dat het daarom verstandig is om badslippers te dragen.¹⁰⁴

Een ander (maar akelig) voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank Roermond.¹⁰⁵ Een meisje is uit een ronddraaiende kermisattractie, de zogenaamde Turbo Polyp, gevallen en heeft daarbij ernstig letsel opgelopen. Oorzaak is kennelijk geweest dat de – automatisch dichtklappende – veiligheidsbeugel niet altijd strak aansluit, waardoor de passagier onder de beugel door kon glijden en uiteindelijk uit de gondel kon vallen. De rechtbank geeft de volgende overweging hoe het wél veilig had gekund: ‘Een beveiliging, waarbij de deelnemers worden vastgegespt en waarbij zij de sluiting niet zelf kunnen verbreken, zou naar het oordeel van de rechtbank een adequate wijze van beveiliging kunnen betekenen (...). Dat zodanige beveiliging wellicht tijd- of inkomensverlies zou kunnen betekenen, dient ondergeschikt te zijn aan het belang van een adequate bescherming tegen ongevallen als het onderhavige.’ Deze overweging geeft een goed inzicht in de reden waarom de exploitant in dit concrete geval aansprakelijk werd gehouden: hij had de beveiliging nóg beter kunnen maken, hoeveel kosten dat ook met zich zou brengen.

De vraag welke criteria aangelegd moeten worden om vast te stellen of in een bepaald geval voldoende veiligheidsmaatregelen zijn genomen gegeven de bestaande kennis en inzichten, dient – uiteraard – wel beantwoord te worden naar de stand van zaken ten tijde van verweten gedragingen.

Eternit wordt aansprakelijk gesteld voor het feit dat een vrouw de ziekte mesothelioom heeft gekregen als gevolg van blootstelling aan asbest (waarschijnlijk door het uitkloppen van de kleding van haar broers die asbestplaten hadden gezaagd). Dit alles speelde begin jaren '70 van de vorige eeuw. Hoe moet de (on)rechtmatigheid van het handelen van Eternit (het in het verkeer brengen van asbestplaten) beoordeeld worden? De rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet – naar het oordeel van de Hoge Raad¹⁰⁶ – worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten

¹⁰¹ HR 29 april 2011, JA 2011, 108, NJ 2011, 406 (Tjong Tjin Tai) (Melchemie/Delbanco Meyer); Jansen, Informatieplichten, p. 458 e.v.

¹⁰² T. Hartlief, Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan het anders?, NTBR 2011/1, p. 25-28.

¹⁰³ Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, NJ 2009, 102.

¹⁰⁴ Hof Arnhem 23 februari 2010, JA 2010, 52

¹⁰⁵ Rb. Roermond 10 september 2003, NJ 2004, 192 (Turbo Polyp). Als voorbeeld kan eveneens dienen Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2003, VR 2004, 149.

¹⁰⁶ HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 (I. Giesen) (Eternit).

gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een *verhoogde zorgvuldigheidsnorm* had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.

Voorop staat dat bij verhoogd gevaar gestreefd moet worden naar afdoende preventieve – fysieke – maatregelen ter voorkoming van het gevaar. Indien dat niet mogelijk of te bezwaarlijk is, dient op voldoende effectieve wijze voor het gevaar te worden gewaarschuwd.¹⁰⁷ Daarbij is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat de waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar wordt vermeden. Dit alles brengt mee dat de bij de aangesproken partij aanwezige *kennis* ten aanzien van de risico's en specifieke gevaren dus een centrale rol speelt.¹⁰⁸

28. Bijzondere zorgplicht voor terreinbeheerders en opstallen

Op degene die de zorg en verantwoordelijkheid heeft voor een opstal of een terrein (of openbare weg of leidingen), m.a.w. op hen die belast zijn met toezicht, rust een specifieke zorgplicht ten opzichte van de mogelijke gebruikers.¹⁰⁹ Dat brengt mee dat van doorslaggevende betekenis is of te verwachten valt dat een waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor bepaald gevaar wordt vermeden.¹¹⁰

Op vakantie in St. Maarten stond Mevr. Hartmann net buiten de luchthaven Princess Juliana International Airport (PJIAE) te kijken naar vertrekkende vliegtuigen. Het hek dat de afscheiding vormt tussen het terrein van de airport en Maho Beach is door PJIAE voorzien van een bord met daarop de tekening van een opstijgend vliegtuig en daarnaast in kapitale letters de tekst 'warning!' met het onderschift 'low flying and departing aircraft blast can cause physical injury'. Bij het vertrek van een toestel deed zich een zogeheten jetblast voor. Deze was zodanig sterk dat Hartmann met een grote boog door de lucht werd geblazen. Zij kwam neer op de rotsen van Maho Beach. Naar het oordeel van de Hoge Raad handelt degene die de zorg heeft voor een terrein 'onrechtmatig jegens degenen die zich niet op dit terrein bevinden maar in de directe nabijheid daarvan op een plaats waartoe een op het terrein voorkomend gevaar zich uitstrekt, indien hij nalaat afdoende maatregelen te nemen'. (...) 'Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.' PJIAE kon verwachten dat het publiek zich zou opstellen in de zeer directe omgeving van het aan de zijde van Maho Beach geplaatste hek en wist dat toeristen ondanks de waarschuwingsborden in groten getale vanaf die

¹⁰⁷ HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (Jetblast). Zie ook nr. 50.

¹⁰⁸ Jansen, Informatieplichten, p. 367 e.v. en – samenvattend en analyserend - p. 539 e.v.

¹⁰⁹ Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1316, spreekt in dit verband over 'toezichthouder'; Jansen, Informatieplichten, p. 444 e.v.

¹¹⁰ Zie ook I. Giesen, Handle with care. De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, Oratie Utrecht, Den Haag 2005; Jansen, Informatieplichten, p. 387 e.v..

plaats naar vliegtuigen kijken. Van belang is daarbij dat uit de tekst van de waarschuwingsborden niet duidelijk blijkt om welk concreet gevaar het gaat.¹¹¹

Uit deze zaak blijkt dat de zorg van de terreinbeheerder zich ook kan uitstrekken tot gevolgen die zich buiten zijn terrein voordoen. Die zorgplicht is streng, zoals ook blijkt uit de hieronder te vermelden voorbeelden, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in het feit dat zelfs rekening moet worden gehouden met een bepaalde mate van onvoorzichtigheid en ondeskundigheid van die gebruikers. De gevergte mate van zorg is echter weer afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval. Zo zal van belang zijn of de terreinbeheerder zelf de gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen of kennis had van die situatie. Is dat laatste het geval dan zal er sprake zijn van een verhoogde zorgplicht, waarbij de bekende kelderluik-factoren weer een rol zullen spelen. Ook als hij niet op de hoogte is van de gevaarlijke situatie zal zijn zorgplicht meebrengen dat hij het nodige onderzoek verricht, uiteraard binnen redelijke grenzen en kosten. Zo zal van een nutsbedrijf dat verantwoordelijk is voor de veiligheid van een gasleiding, gevraagd mogen worden dat het adequaat reageert op klachten over gaslucht in een woning.¹¹²

Degene die de zorg voor een terrein heeft, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer hij, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar als het onderhavige voordoet, dat aan het publiek niet bekend is, niettemin nalaat maatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of waarschuwing voor dit gevaar. Zulks wordt niet anders wanneer zich op dit terrein ook andere, wel aan het publiek bekende gevaren voordoen.¹¹³

Ook degene die verantwoordelijk is voor de veiligheid van een opstal – beheerders, schoonmaakbedrijven – moet rekening houden met de gevaren die bijvoorbeeld gladde vloeren voor derden met zich meebrengen.¹¹⁴ Vergelijkbare beslissingen zijn te vinden als het gaat om de verantwoordelijkheid van de overheid als wegbeheerder.¹¹⁵ Ook een waterwegbeheerder moet zorgen dat zich geen gevaarlijke obstakels in het water bevinden. Deze plicht brengt, volgens de Hoge Raad, niet mee dat de Staat een controle moet uitoefenen op aanwezigheid op de kanaalbodem van uitsteeksels en voorwerpen, indien deze niet voorkomen met een zodanige frequentie dat men daarop steeds bedacht moet zijn en die controle om schaden te voorkomen zó kostbaar zou worden, dat de kosten daarvan niet meer in een redelijke verhouding zouden staan tot het bedrag van die schaden.¹¹⁶ Men herkent hier de afweging die ook in het Kelderluik-arrest aan de orde kwam (zie nr. 47).

¹¹¹ HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (Jetblast); Gem. Hof Ned. Antillen en Aruba 18 maart 2005, NJ 2005, 302.

¹¹² HR 14 juni 2002, NJ 2003, 428 (Gaslucht).

¹¹³ HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G) (Staat/Daolder).

¹¹⁴ Hof Amsterdam 26 januari 2010, JA 2011, 13 (gladde geglazuurde vloer). Rb. Zwolle-Lelystad 8 september 2010, JA 2011, 34 (val in MacDonalds).

¹¹⁵ HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJHB). Voor de afloop zie Hof 's-Gravenhage 15 september 1994, VR 1995, 9; voorts HR 6 september 1996, NJ 1998, 415 (CJHB) (Slipgevaar).

¹¹⁶ HR 7 januari 1955, NJ 1955, 92 (LEHR).

Een zware vrachtwagen is gekanteld en in de naast de weg gelegen sloot terechtgekomen. Ten tijde van het ongeval was de weg open voor alle verkeer en waren er geen verkeersborden geplaatst die waarschuwden tegen gevaar voor verzakking of een dergelijk gevaar. De breedte van de weg varieert van 2,5 tot 2 meter. Het hof oordeelt de vordering toewijsbaar met name omdat het waterschap *niet gewaarschuwd* heeft voor het feit dat de weg ongeschikt was voor zwaar transport. Na herhaling van de bekende Kelderluikfactoren overweegt de Hoge Raad¹¹⁷ ‘dat de bedoelde aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen wanneer deze omstandigheden meebrengen dat het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was.’

Vergelijken we deze zaak met die uit het zojuist besproken Jetblast-arrest dan valt het volgende op. Daar ging het om iemand die weggeblazen werd door een opstijgend vliegtuig, terwijl er wél gewaarschuwd was voor het gevaar van jetblast. Gemeenschappelijk aan beide uitspraken, hoewel in de casus van de kantelende vrachtwagen in casu géén waarschuwingsplicht noodzakelijk werd geacht terwijl in *Jetblast* juist hoge eisen werden gesteld aan de waarschuwingsplicht, is dat in beide gevallen de waarschuwingsplicht gezien wordt in het kader van de *wederzijdse verwachtingen* tussen de verantwoordelijke terreinbeheerder en de potentiële slachtoffers. Anders gezegd de te verwachten voorzorgsmaatregelen, met name de waarschuwingsplicht van de terreinbeheerder, is afhankelijk van wat van normale gebruikers verwacht mag worden. Hoe zullen zij de waarschuwing interpreteren en begrijpen? Maar ook of de situatie zodanig is dat normale mensen, dus ook mensen die niet altijd oplettend zijn, hadden moeten begrijpen dat de situatie als zodanig gevaarlijk was. Dan wordt een waarschuwingsbord overbodig.

29. Zorginrichtingen en onderwijsinstellingen

Minder duidelijk dan bij terreinbeheerders is het gesteld met de aansprakelijkheid van zorginrichtingen.¹¹⁸ Een zaak naar oud recht door de Hoge Raad beslist, betrof de aansprakelijkheid van een psychiatrisch ziekenhuis jegens derden voor de schade die door een jeugdige patiënt was aangericht.¹¹⁹ De Hoge Raad is van oordeel dat:

‘de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer is vereist, in verband met de aard van psychisch gestoorde minderjarigen, meebrengt dat degene die in het kader van hun behandeling het toezicht over hen heeft aanvaard, gehouden is zo veel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat zij derden (of zichzelf) geen schade toebrengen.’

Het is niet nodig dat bekend was of er rekening mee gehouden moest worden dat er specifiek gevaar voor brandstichting bestond. Het is voldoende dat er gevaar voor weglopen bestond waardoor er verhoogd gevaar voor derden ontstond. Het is dan onverschillig of men weet wat de aard van die schade dan zal zijn. Illustratief voor dit laatste is een curieuze zaak waarin de gevolgen wel heel erg moeilijk te voorzien waren.¹²⁰

¹¹⁷ HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Ned.).

¹¹⁸ Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1409 e.v.

¹¹⁹ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, (JdB) (’t Ruige Veld).

¹²⁰ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (St. Willibrord). Zie ook nr. 215.

In toenemende mate worden ook scholen aangesproken op grond van gestelde gebreken in het onderwijs.¹²¹ Verwijdering van leerlingen kan tot problemen voor de school leiden.¹²² Een onderwijsinstelling is niet zonder meer gehouden om te zorgen voor een ongevallenverzekering die voor door die onderwijsinstelling in het kader van het onderwijs georganiseerde risicovolle activiteiten adequate dekking biedt, of om aan haar studenten duidelijk te maken dat geen verzekering is gesloten die een dergelijke dekking biedt. Een zo ver gaande zorgplicht kan in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard.¹²³

30. Zuiver nalaten; bewustheid van gevaar

In de meeste situaties die de revue zijn gepasseerd, ging het om actief handelen van degene die door zijn – gevaarzettende – optreden schade heeft veroorzaakt. Maar ook het niet-ingrijpen kan schadelijke gevolgen hebben. Men ziet iemand in het water liggen en gaat niet over tot een reddingsactie. Gemeenschappelijk aan gevallen van nalaten is dat het *niet* gaat om de vraag in hoeverre men verantwoordelijk gesteld kan worden voor onvoorzichtige actieve gedragingen of zelf gecreëerde gevaarlijke situaties, de vraag is onder welke omstandigheden actief ingrijpen vereist is en nalaten onrechtmatig wordt. Uit de – betrekkelijk schaarse – rechtspraak blijkt dat *niet* snel wordt aangenomen dat een zuiver nalaten als onrechtmatig wordt aangemerkt. Meestal moet er iets bijkomen, moet er wat bijzonders aan de hand zijn. Bijvoorbeeld een bepaalde relatie tot een zaak of een persoon. Zoals we gezien hebben rust op de terreinbeheerder vaak een specifieke zorgplicht, hetgeen betekent dat het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen snel als onzorgvuldig zal gelden. Indien we de vraag beperken tot gevallen van *zuiver* nalaten dan blijkt dat slechts sprake kan zijn van een rechtsplicht om een gevaarlijke situatie op te heffen of daar voor te waarschuwen, wanneer de *ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen*.¹²⁴

Een bakker die met een grote bakkersmand in de arm liep, heeft bij een val over een boven het toegangspad tot de woning van de familie Heddema gespannen touwtje, ernstig letsel opgelopen waardoor hij geruime tijd arbeidsongeschikt is geweest. De vraag is of de kinderen van Heddema die daar aan het spelen waren, een onrechtmatige daad hebben gepleegd door er niet voor te zorgen dat het door hen waargenomen touwtje werd verwijderd of door te verzuimen de bakker voor het touwtje te waarschuwen. Kortom een verwijt dat de kinderen iets hebben nagelaten dat ze wel hadden moeten doen. Beslissend is of het gevaar wel tot deze kinderen is doorgedrongen.¹²⁵

De volgende voorwaarden voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten zijn te geven:

¹²¹ Rb. Amsterdam 26 mei 1999, AB 2000, 104.

¹²² Rb. Haarlem 25 november 2009, JA 2010, 38.

¹²³ HR 28 oktober 2011, JA 2012, 1; NJ 2012, 197 (Kartwedstrijd), met instructieve conclusie van A-G Spier. De grens tussen contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheid is hier overigens niet altijd scherp. In deze zaak lag het accent vooral op de uit de – gestelde – verplichtingen voortvloeiende uit de onderwijsovereenkomst.

¹²⁴ Veel voorbeelden, ook uit buitenlandse rechtstelsels, vindt men in het preadvies van C.C. van Dam, Aansprakelijkheid voor nalaten, Deventer 1995; Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1102; Jansen, Informatieplichten, p. 436 e.v..

¹²⁵ HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (GJS) (Heddema/De Coninck).

- concrete kennis van een gevaarlijke situatie;
- dreiging van ernstig geestelijk of lichamelijk letsel;
- de mogelijkheid en de noodzaak om daadwerkelijk iets te doen (waarschuwen of helpen);
- reële verhouding tussen moeite en kosten en het gevaar.¹²⁶

In deze voorwaarden herkent men – in meer toegespitste vorm – de zogenaamde kelderluik-factoren. Verschil is dat in de gevallen van zuiver nalaten de voorwaarden stringenter lijken te zijn, met name ten aanzien van het vereiste van de *bewustheid van het gevaar*.¹²⁷

Uitgangspunt is dat men in het algemeen *niet* verantwoordelijk is voor de schade die is ontstaan doordat is nagelaten te waarschuwen of anderszins iets te doen. Slechts indien er aan de zojuist besproken stringente voorwaarden is voldaan kán er aansprakelijkheid voor zuiver nalaten ontstaan.

31. Andere situaties dan gevaarzettende

Hierna worden nog enkele situaties van schending van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen besproken die niet met gevaarzetting te maken hebben. Er zij nogmaals op gewezen dat van een uitputtende opsomming geen sprake kan zijn. Het zijn slechts voorbeelden van gevallen die enkele gemeenschappelijke kenmerken vertonen. Een eerste categorie is die waarbij er tussen burens sprake is van overlast of hinder.

32. Beroepsaansprakelijkheid

Accountants, advocaten¹²⁸, curatoren, notarissen¹²⁹ en andere beroepsbeoefenaren¹³⁰ dienen de nodige professionele zorgvuldigheid *jegens hun cliënten* in acht te nemen.¹³¹ Zij moeten ten opzichte van zijn cliënten de ‘zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in acht nemen’.¹³² De verplichting, bijvoorbeeld, om na te gaan of er op een over te dragen onroerende zaak geen beslag ligt, de zogenaamde *rechercheplicht*, berust op de *zwaarwegende zorgplicht* die op de notaris rust die de akte verlijdt. Die zorgplicht geldt overigens ten aanzien van zowel de koper als de verkoper.¹³³

¹²⁶ Van Dam, diss., p. 98.

¹²⁷ In deze zin ook K.J.O. Jansen, Het subjectieve element van de onrechtmatigheid, NTBR 2007/6, p. 222-228, met name p. 224-225.

¹²⁸ Zie bijvoorbeeld HR 9 april 2010, JA 2010, 66 waarin getwist wordt over de juistheid van een fiscaal advies. Aansprakelijkheid afgewezen.

¹²⁹ T.R. Hidma, WPNR (1996) 6239, p. 701-708.

¹³⁰ Zoals psychiaters, Hof Amsterdam 2 augustus 2011, JA 2011, 171.

¹³¹ Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1513 e.v.

¹³² HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

¹³³ HR 29 mei 1997, NJ 1999, 287 (WMK).

Rust op deze beroepsbeoefenaren ook een specifieke zorgplicht om rekening te houden met de belangen van *derden*? Moet een accountant rekening houden met het feit dat ook derden zullen afgaan op de door hem goedgekeurde jaarrekening van een onderneming? In het kader van de Vie d'Or zaak is deze vraag door de Hoge Raad in bevestigende zin beantwoord.¹³⁴ Ten aanzien van de *curator in een faillissement*, wiens optreden ook de belangen van derden zal raken, bepaalde de Hoge Raad het volgende.¹³⁵

Curatoren van een in faillissement verkerende onderneming hadden voorraden garen, waarop nog een eigendomsvoorbehoud van de leverancier rustte, overgedragen aan derden. Die leveranciers spraken daarop de curatoren aan. In cassatie komt de stelling aan de orde dat de faillissementscurator aan dezelfde zorgvuldigheidsnorm moet voldoen als een advocaat. De Hoge Raad is het daar niet mee eens en wijst erop dat de curator soms tegenstrijdige belangen moet behartigen die bovendien vaak geen uitstel kunnen leiden. Hij moet daarbij ook nog met belangen van maatschappelijke aard rekening houden. Wat is dan de zorgvuldigheidsnorm waaraan het gedrag van de curator moet worden getoetst? De Hoge Raad: 'Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid verricht.'

Wat die zorgplicht jegens derden inhoudt is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Daarbij kan onder meer een rol spelen dat de wet in bepaalde gevallen een verplichte inschakeling van een accountant of notaris meebrengt (jaarrekening (art. 2:393); testament (art. 4:922)).

Een notaris die verzuimt tijdig een testament op te maken kan aansprakelijk zijn jegens de beoogde begunstigde voor de schade die deze lijdt doordat zij geen erfgename is geworden.¹³⁶

Binnen deze beroepsgroepen worden vaak speciale gedragsregels geformuleerd waaraan de leden van die beroepsgroep zich moeten houden. Een 'tuchtcollege' ziet toe op de handhaving ervan. Indien dit college vaststelt dat bijvoorbeeld een notaris in strijd met de gedragsregels gebaseerd op art. 50c van de *Notariswet* heeft gehandeld, zal dat voor de burgerlijke rechter een aanwijzing kunnen zijn dat door deze notaris ook in 'strijd met ongeschreven recht' is gehandeld.

In het kader van de afwikkeling van het faillissement van de Tilburgse Hypotheekbank hebben de curatoren ook de notaris aangesproken die destijds de hypotheekaktes heeft gepasseerd voor de afgesloten geldleningen ter financiering van onroerend goed. Veelal bleken die leningen de waarde van het ondergezette onroerend goed te boven te gaan. Toen de woningmarkt vervolgens instortte bleken vele leningen niet meer verhaalbaar. De daardoor ontstane schade wordt in deze procedure gesteld op bijna 20 miljoen gulden. Is de notaris verantwoordelijk voor het op lichtzinnige wijze passeren van de aktes, namelijk zonder onderzoek te doen naar de waarde van het onderliggende onroerend goed? En geldt die eventueel bestaande zorgplicht ook jegens de crediteuren van de Tilburgse Hypotheekbank, vanwege het gevaar van insolventie van de bank dat deze handelwijze met zich meebracht?

Die vraag wordt door de Hoge Raad in beginsel instemmend beantwoord.¹³⁷ De notaris is *onder bijzondere omstandigheden* óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke

134 HR 13 oktober 2005, NJ 2007, 528 (C.C. van Dam) (Vie d'Or, accountants), met name r.o. 5.4.1.; ook de actuaris kan aansprakelijk zijn, zoals blijkt uit een andere uitspraak in de Vie d'Or zaak (NJ 2008, 529).

135 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (WMK).

136 Hof Amsterdam 19 januari 1984, NJ 1985, 740.

137 HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (verwante zaken gepubliceerd onder nr. 627 en 629 (WMK)); met vervolg in HR 19 juni 1998, NJ 1999, 288 (WMK).

mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.¹³⁸ Dat zou kunnen indien de notaris heeft geweten of heeft moeten weten dat zijn medewerking aan het verlijden van de betreffende akten *ernstig gevaar voor insolventie van de bank* zou meebrengen. Tegenover zijn eigen cliënten zal zijn zorgplicht veel groter zijn, maar dat hangt samen met zijn contractuele relatie met die cliënten.¹³⁹

Wanneer de notaris optreedt bij een veiling van een pand mag van de notaris, gezien zijn functie bij deze veiling, verwacht worden dat hij een zelfstandig onderzoek doet naar de juistheid van de aan het publiek over het betrokken pand gegeven informatie.

De notaris had in het kader van een vrijwillige openbare verkoop een advertentie laten plaatsen waarin het te veilen pand werd aangeduid als een ‘bedrijfspand’. Toen de koper het pand als kantoor in gebruik wilde nemen bleek het pand bij de gemeente geregistreerd te staan als ‘eengezinswoning’, hetgeen meebracht dat het niet als kantoor in gebruik genomen mocht worden. De Hoge Raad oordeelt dat op de notaris een onderzoeksplicht rust met betrekking tot het gebruik en bestemming van een onroerende zaak die aan het publiek verstrekt wordt. ‘Dit brengt mee dat een notaris die een zodanig onderzoek nalaat, niet voldoet aan de eis van een hoge mate van zorgvuldigheid die blijkens het hiervoor overwogene van hem dient te worden verlangd.’¹⁴⁰

Wat hiervoor gezegd is over advocaten en notarissen geldt mutatis mutandis ook voor andere beroepen.¹⁴¹ Zo zal ook van artsen een hoge mate van zorgvuldigheid verwacht mogen worden.¹⁴² Die zorgvuldigheid strekt zich ook uit tot ongeborenen. Het nalaten van noodzakelijk prenataal onderzoek kan zowel jegens de moeder als jegens het – gehandicapt ter wereld gekomen – kind onrechtmatig zijn.¹⁴³ De wetgever heeft in dit verband een aantal specifieke gedragsregels in de wettelijke regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (afd. 7.7.5 BW) neergelegd. Het is daarnaast gebruikelijk dat ziekenhuizen voor veel voorkomende situaties afspraken maken over de in acht te nemen procedures (zogenaamde Protocollen). Het niet-naleven van de wettelijke verplichtingen en/of van een dergelijk protocol zal dan in beginsel als onzorgvuldig worden aangemerkt, omdat de daarin neergelegde gedragsregels door de artsen zelf zijn opgesteld als zijnde de juiste procedure. Het is dan aan de arts om aan te tonen dat afwijking van de regels van het protocol in dit geval terecht was.¹⁴⁴

33. Het relatieve karakter van de onrechtmatigheid

¹³⁸ Zie in dit verband ook HR 20 december 2002, NJ 2003, 325.

¹³⁹ HR 7 december 1990, NJ 1991, 474.

¹⁴⁰ HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 (WMK).

¹⁴¹ Ook voor, bijvoorbeeld, de deskundige die optreedt in een gerechtelijke procedure. G.de Groot, Aansprakelijkheid voor deskundigen: regulier beroepsrisico of *chilling factor*?, NTBR 2011/8, p. 408-421; T.F.E. Tjong Tjin Tai en F.M.J. Verstijlen, Kroniek vermogensrecht, NJB 2009/34, p. 2169.

¹⁴² Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1510 e.v.

¹⁴³ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (JBMV).

¹⁴⁴ Bijvoorbeeld HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (F.C.B. van Wijmen/JBMV) (Trombose). Over dit arrest ook nr. 215 in verband met causaliteitsproblemen.

De onrechtmatigheidsvraag is een vraag die uiteindelijk beantwoord moet worden met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval: ‘Is jegens déze gelaedeerde onzorgvuldig gehandeld?’ of ‘Is inbreuk gemaakt op een (subjectief) recht van déze geleedeerde?’, of ‘Is in strijd met een wettelijke plicht gehandeld die beoogde het belang van déze gelaedeerde te beschermen?’ Anders gesteld: de vraag naar de onrechtmatigheid van een bepaalde gedraging is altijd een relatieve vraag, dat wil zeggen een vraag naar de onrechtmatigheid ten opzichte van een bepaalde persoon. Dat beginsel ligt ten grondslag aan art. 6:162 (‘jegens een ander’) en wordt – voor wat betreft de betekenis van de schending van een wettelijke norm – nader uitgewerkt in art. 6:163.¹⁴⁵

Dit neemt echter niet weg dat een daad die onrechtmatig is tegenover een bepaalde persoon (bijvoorbeeld de rechthebbende op het geschonden subjectieve recht) tevens onrechtmatig kan zijn tegenover een ander (bijvoorbeeld op grond van schending van een ongeschreven rechtsnorm jegens die ander). Ook kan een gedraging onzorgvuldig zijn tegenover de één en tevens (zij het wellicht op grond van andere zorgvuldigheidsplichten) onzorgvuldig zijn tegenover de ander. Ten slotte kan een daad wegens strijd met wettelijke normen onrechtmatig zijn tegenover de een omdat die normen hem beoogden te beschermen, maar ook onrechtmatig tegenover een ander omdat diezelfde wettelijke normen ook strekken ter bescherming van diens belangen. Ook kan een gedraging die niet onrechtmatig is wegens schending van een wettelijke norm, omdat het belang niet valt onder het beschermingsbereik van die norm, toch wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm onrechtmatig zijn. Een voorbeeld:

De vrouw van de huiseigenaar met wie deze in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd stak in zijn afwezigheid het tegen brandschade verzekerde huis in brand. De verzekeringsmaatschappij meent niet tot vergoeding van schade aan huiseigenaar gehouden te zijn, omdat zij in de brandstichting een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad zag. *De Hoge Raad*: De echtgenote van de huiseigenaar heeft door de bewuste handelingen te verrichten, regelen van zedelijke en wettelijke aard overtreden, maar regelen die strekken tot bescherming van andere belangen dan die waarin de verzekeraar is geschaad. Daarom kan deze aan de overtreding van die regelen geen vordering ontlenen tot vergoeding van de schade, die hij lijdt in het belang om geen verzekeringssom behoeven uit te keren. Zodanige vordering zou hem wel toekomen, indien de brand ware gesticht met de bedoeling om hem te benadelen, omdat dan inbreuk ware gemaakt op de – ook hem beschermende – zedelijke plicht om niet zonder redelijke grond aan een ander opzettelijk nadeel toe te brengen.¹⁴⁶

34. Dubbele functie van art. 6:163

‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden’, zo luidt kort en krachtig art. 6:163. Volgens de parlementaire toelichting geldt dat:

‘In de woorden “tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden” ligt opgesloten dat de vordering moet worden afgewezen, zowel wanneer de geschonden norm niet ter bescherming van de eiser strekt, als wanneer de soort van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van die bescherming vallen’.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Algemene literatuur: G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, diss.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 129 e.v.; Onrechtmatige Daad, art. 163 (Van Maanen); S.D. Lindenbergh, Alles is betrekkelijk, Oratie EUR. Den Haag (BJU) 2007.

¹⁴⁶ HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299 (Brandstichting).

¹⁴⁷ PG Boek 6, p. 637.

In art. 6:163 worden drie aspecten van het relativiteitsbeginsel tot uitdrukking gebracht:

1. Het personele bereik: Het *gedrag* moet *jegens* de benadeelde onrechtmatig zijn. In dat verband dient 6:163 vooral gezien te worden als een explicitering van het ook in 6:162 lid 1 ('jegens') besloten liggende relativiteitsbeginsel.
2. De soort van schade: De *schade zoals benadeelde die heeft geleden* moet onder het beschermingsbereik van de norm vallen.
3. De wijze van ontstaan: De *wijze waarop de schade is ontstaan* dient te vallen onder de strekking van de norm.

Dit schadegebonden element¹⁴⁸ (aard en wijze van ontstaan) ligt niet, althans niet evident, in art. 6:162 besloten en is dus een belangrijke toevoeging door art. 6:163.¹⁴⁹

Een voorbeeld waaruit blijkt welke consequenties de beperking tot een bepaalde soort van schade kan hebben voor de vergoeding van individuele (zuivere) vermogensbelangen van derden, biedt het Linda-arrest.¹⁵⁰

In een grindgat aan de Maas bevond zich een combinatie van aan Van Hasselt in eigendom toebehorende vaartuigen. De Linda was gedeeltelijk beladen daaraan vastgelegd. De Linda is gezonken. Daarbij is schade toegebracht aan de Moonlight en de Vrouwe Johanna, toebehorende aan Van Hasselt. Volgens Van Hasselt heeft de Staat onzorgvuldig jegens Van Hasselt gehandeld doordat zij de Linda heeft goedgekeurd.

De Hoge Raad overweegt dat het bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, aankomt op (1) *doel en de strekking* van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht (2) *tot welke personen* en tot (3) *welke schade* en (4) *welke wijzen van ontstaan* van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. Na deze leerstellige weergave van het relativiteitsvereiste, gaat de Raad verder. 'Het hof heeft (...) kennelijk en terecht geoordeeld dat het RosR [Reglement onderzoek schepen op de Rijn] en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, (...). In 's hofs oordeel ligt besloten dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen deze algemene norm en de gedragsnorm (...) die betrekking heeft op de zorgvuldigheid waarmee het (...) onderzoek moet worden verricht.' 'Ook deze eis van zorgvuldigheid bij het overeenkomstig het RosR uit te voeren onderzoek beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, maar dat wil niet zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van het *individuele vermogensbelang van derden* die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt.' (curs. toegevoegd).

35. Relativiteit bij de verschillende onrechtmatigheidscategorieën

Uitgangspunt van de aansprakelijkheid van art. 6:162 is relatieve onrechtmatigheid. Soms volgt dit beginsel uit de aard van de norm die geschonden wordt. Ten aanzien van het criterium 'inbreuk op een recht' is dit zeer duidelijk. Door het toekennen van subjectieve rechten geeft de rechtsorde indirect te kennen dat bepaalde handelingen die een inbreuk op

¹⁴⁸ Term ontleend aan Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 136.

¹⁴⁹ Zo wordt de schade die een aandeelhouder lijdt in geval jegens de vennootschap onrechtmatig is gehandeld ook wel aangemerkt als 'afgeleide schade' die als zodanig niet voor vergoeding in aanmerking komt. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP); M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, Deventer 2004.

¹⁵⁰ HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 (JH) (Linda). In vergelijkbare zin HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115; C04/325 (Pfizer/Cosmétique).

deze rechten opleveren rechtens verboden zijn. Het (indirect) verbieden van deze handelingen door middel van het verlenen van een subjectief *recht* geschiedt slechts met het oog op de belangen van de rechthebbende. Alleen hij kan aan de schending daarvan een vordering ontlenen. Hetzelfde geldt ten aanzien van het criterium ‘doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. De parlementaire toelichting benadrukt dat alleen degene *jegens wie* door een onbetamelijke gedraging een onrechtmatige daad wordt gepleegd, een vordering tot schadevergoeding aan art. 6:162 kan ontlenen.¹⁵¹ Dat hoeft niet in art. 6:163 te worden uitgedrukt, omdat dit voor iedere onrechtmatige daad uit het in het eerste lid van art. 6:162 voortvloeit (‘hij die jegens een ander’).¹⁵²

Indien er sprake is van ‘een doen of nalaten in strijd met de wettelijke plicht’ ligt het accent anders. Daar geldt dat strijd met een wettelijke plicht *in beginsel* onrechtmatig is. Maar, aldus de toelichting:

‘ook al levert een gedraging in strijd met een in publiekrechtelijk voorschrift omschreven verplichting in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van het onderhavige artikel, toch zal vaak degene die dientengevolge schade heeft geleden geen aanspraak op vergoeding van die schade aan art. 1 [lees 6:162] ontlenen en wel wegens het in art. 2 [lees 6:163] bepaalde. Indien uit de strekking van de overtreden wetsbepaling volgt dat de dader door de overtreding niet jegens de benadeelde onrechtmatig handelde of dat de wettelijke plicht niet beoogde de benadeelde te beschermen tegen schade zoals hij heeft geleden, kan immers een vordering tot schadevergoeding door de benadeelde niet enkel op deze wetsovertreding gebaseerd worden’.¹⁵³

Het is daarom van belang de vraag naar de betekenis van art. 6:163 uit te splitsen naar de verschillende onrechtmatigheidscategorieën. Wat bij de ene een nuttige aanvulling kan zijn, is wellicht bij de andere categorie – deels - overbodig.

36. Wie wordt beschermd bij de inbreuk op een subjectief recht?

Wanneer een (subjectief) recht op onrechtmatige wijze is aangetast, doet zich de vraag voor of ook derden-belanghebbenden aanspraak op schadevergoeding kunnen maken, indien zodanige inbreuk hun schade heeft berokkend. Dat is in beginsel niet het geval. Alleen de rechthebbende kan zijn vordering uit onrechtmatige daad op de rechtsinbreuk baseren. Derden-belanghebbenden zouden hun vordering wel op een andere onrechtmatigheidsgrond kunnen baseren.

Men zou kunnen menen dat met betrekking tot de rechtsinbreuk aan de relativiteitsleer geen behoefte bestaat. Inbreuk op eens anders recht is immers slechts onrechtmatig jegens degene, op wiens subjectief recht inbreuk wordt gemaakt. Dit eerste aspect (zie hiervoor nr. 60) van het relativiteitsvereiste zit dus al besloten in het rechtsinbreuk criterium. Maar het tweede aspect, dat de schade zoals benadeelde die heeft geleden ook onder het beschermingsbereik van de norm moet vallen, is daarmee nog niet afgedekt. Ook de soort schade als gevolg van de inbreuk en de wijze waarop die is ontstaan dienen te vallen onder het beschermingsbereik van de met de rechtsinbreuk geschonden norm.¹⁵⁴ De Hoge Raad oordeelt ook in deze geest.

¹⁵¹ PG Boek 6, p. 616.

¹⁵² PG Boek 6, p. 614.

¹⁵³ PG Boek 6, p. 615.

¹⁵⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 136.

Beschadiging van elektriciteitskabel door duikvlucht van een vliegtuig van de Nederlandse militaire luchtmacht; bedrijfsschade ontstaan door het uitvallen van elektriciteit. *Weliswaar kan over de aan schuld te wijten inbreuk op een subjectief recht alleen geklaagd worden door de drager van dat recht*, doch daaruit volgt nog niet, dat het Hof ten onrechte beslist zou hebben, dat de Staat in het onderhavige geval de door eiser geleden schade zal hebben te vergoeden. De persoon of de personen voor wie de Staat aansprakelijk is, hebben door op de in het arrest omschreven wijze de duikvlucht daar ter plaatse te doen uitvoeren, in strijd gehandeld met de zorgvuldigheid welke in het verkeer betaamt ten aanzien van de belangen van degenen die voor toevoer van elektrische stroom op de hoogspanningsleiding waren aangewezen.¹⁵⁵

37. Strijd met wettelijke normen

De relativiteitsleer is met name van belang op het gebied van de strijd met *wettelijke normen*. Wettelijke normen (publiekrechtelijke, strafrechtelijke, privaatrechtelijke) hebben als kenmerkende eigenschap dat ze niet slechts gericht zijn tot één individu, maar in beginsel op alle burgers van toepassing zijn. Er zijn voorschriften die zich slechts richten op een beperktere categorie van personen (burgers of gezagsdragers). De vraag wie bescherming kan ontlenen aan de overtreding van een dergelijke norm in geval daardoor schade wordt veroorzaakt, leidt tot de noodzaak van *uitlegging* van de strekking van die norm.¹⁵⁶ Hetzelfde geldt voor de vraag *welk* soort schade de norm beoogt te beschermen. Uitgangspunt is dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden, en in beginsel ook ter bescherming van alle soorten schade.¹⁵⁷

In het arrest Staat/Van den Brink, wordt ingegaan op de betekenis van het overtreden van een *wettelijk* voorschrift (in casu het handelen in strijd met de verleende ontgrondingsvergunning).¹⁵⁸ De Hoge Raad overweegt dat in het kader van dit type onrechtmatige daad, het handelen in strijd met de wet, dient te worden vastgesteld of de wettelijke norm *strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden*. Het strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij – anders dan het geval is bij handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, die uitsluitend strekken ter bescherming van belangen waarop de dader bedacht moest zijn – *niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was* of behoorde te zijn *op de belangen van de benadeelde* die de geschonden norm beoogt te beschermen.

Het overtreden van veiligheidsvoorschriften is vrijwel altijd onrechtmatig jegens degene wiens belangen door dat veiligheidsvoorschrift worden beschermd. Ook verkeersvoorschriften hebben een sterk beschermingskarakter, zodat de overtreding daarvan veelal onrechtmatig is jegens weggebruikers die daarvan het slachtoffer zijn geworden. Die bescherming geldt in de eerste plaats natuurlijk voor mogelijke lichamelijke of materiële schade. Vertragingsschade als gevolg van een door een ongeluk ontstane file, zal hier waarschijnlijk niet onder

¹⁵⁵ HR 14 maart 1958, NJ 1961, 570 (Spitfire).

¹⁵⁶ P.W. den Hollander, Van Parijs tot Berlijn. Het onrechtmatige daadsrecht en de schending van wettelijke normen, NTBR 2011/7, p. 336-343.

¹⁵⁷ PG Boek 6, p. 634-635 en 638.

¹⁵⁸ HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 (CJHB) (Staat/Van den Brink).

vallen.159 In bepaalde gevallen wordt het beschermingsbereik van verkeersregels (en veiligheidsnormen) opgerekt tot niet-verkeersdeelnemers. Zie ook nr. 251, hierna.

Een vijf jaar oud meisje is bij een verkeersongeval om het leven gekomen.¹⁶⁰ Zij reed op haar fietsje op een woonerf en werd aangereden door een achteruit rijdende taxibus. Deze taxibus is met een van de achterwielen over haar hoofd gereden. De moeder zag haar dochter kort daarna levenloos liggen. Een en ander heeft geleid tot ernstig geestelijk letsel van de moeder. De juridische vraag is of de verkeersnorm die de taxibuschauffeur heeft overtreden óók strekt ter bescherming van de belangen van de moeder die zelf geen verkeersdeelnemer was. Volgens de Hoge Raad is dat – onder bepaalde omstandigheden – wel het geval:

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond. (...) Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.’

Als het niet gaat om veiligheidsvoorschriften moet per geval worden vastgesteld *wiens* belangen en *welke* belangen door een specifieke wettelijke bepaling worden beschermd. Dat blijkt niet altijd eenvoudig om vast te stellen. Soms is de wettelijke regeling evident toegesneden op de bescherming van een specifiek belang. Een goed voorbeeld van dit laatste is de uitspraak inzake *Vie d’Or*¹⁶¹, waar de regelgeving klip en klaar de strekking had om de financiële belangen van de getroffen polishouders te beschermen. Vaak is het op voorhand niet duidelijk wat de strekking van een bepaalde regeling is.

Wat is – bijvoorbeeld – de strekking van art. 17 Vluchtelingenverdrag? Een Iraanse asielzoekster bleek ten onrechte niet toegelaten te zijn als vluchteling en vordert schadevergoeding. De Hoge Raad overweegt dat de toelating vindt plaats om humanitaire redenen, teneinde de vluchteling te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst. Zij strekt niet tot bescherming van enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling. Als de Staat in het kader van de procedure tot toelating een voor die procedure geldende regel heeft geschonden, heeft de aanvrager toegang tot de rechter om deze schending te doen herstellen. Deze schending geeft in beginsel echter geen recht op vergoeding van schade.¹⁶²

Het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) beogen – onder meer – patiënten te beschermen tegen een te grote invloed van de

159 PG Boek 6, p. 634, noemt het voorbeeld van schade als gevolg van de kosten van verdediging in een strafprocedure; die kosten vallen buiten het bereik van de geschonden zorgvuldigheidsnormen.

160 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (JBMV) (Shockschade). Zie voorts C.C. van Dam, *Verkeersrecht* 2002, p. 205-209; G.E. van Maanen, *NJB* 2002, p. 1102-1107; S.D. Lindenbergh in *AV&S* 2002, p. 63-73.

161 HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 (C.C. van Dam) (*Vie d’Or*, Verzekeringkamer); *JB* 2007, 20 (Albers).

162 HR 13 april 2007, NJ 2008, 576 (JBMV) (Iraanse vluchteling); *JB* 2007, 100 (Van Maanen).

farmaceutische industrie. De vraag is of bij overtreding van die voorschriften ook concurrenten zich op die schending kunnen beroepen en op die grond een vordering tot schadevergoeding hebben ten opzichte van de concurrent die deze regels overtreedt.

Astrazeneca c.s. zijn fabrikanten van specialités (merkgeneesmiddelen). Zij stellen zich op het standpunt dat zorgverzekeraar Menzis jegens hen onrechtmatig handelt doordat zij door middel van financiële *incentives* de bij haar onder contract staande huisartsen ertoe probeert te bewegen aan hun patiënten in plaats van specialités generieke preparaten voor te schrijven. De generieke geneesmiddelen zijn goedkoper dan de specialités. Astrazeneca c.s. betogen dat Menzis aldus handelt in strijd met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg), met de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) en met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens Astrazeneca c.s. betaamt. De voorzieningenrechter en het hof hebben overwogen dat de regelgeving waarvan het Rbg en de WTG deel uitmaken, een aantal doeleinden beoogt te dienen, waaronder: de vrijheid van de arts om aan de hand van zijn professionele normen geneesmiddelen voor te schrijven, de normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en goede publieksvoorlichting moeten voldoen, de beheersing van de kosten in de gezondheidszorg en de kwaliteit van de gezondheidszorg. Zij hebben geoordeeld dat deze doeleinden *niet* dienen ter bescherming van de belangen van fabrikanten van geneesmiddelen. Het hof heeft voorts geoordeeld dat de correctie Langemeijer niet meebrengt dat farmaceutische bedrijven als Astrazeneca c.s. zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van de reclameregels. De Hoge Raad oordeelt dat het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd.¹⁶³

Hoe zit het met wetgeving die economische activiteiten beoogt te reguleren? Men dient voor het uitoefenen van bepaalde activiteiten over een vergunning te beschikken. Is overtreding van de Vestigingswet Bedrijven 1954 bijvoorbeeld onrechtmatig tegenover legale concurrenten? Herhaalde malen is aan de rechter de vraag voorgelegd, of die wetten mede de vergunninghouder beoogden te beschermen tegen concurrentie van iemand, die zijn bedrijf zonder een zodanige vergunning uitoefent. Die vraag is bevestigend beantwoord.

Doel van de Vestigingswet is om de middenstand tegen overbezetting te beschermen. Wel heeft de minister bij de totstandkoming van de wet verscheidene malen als doel van de wet de verheffing van het vak genoemd, maar daarnaast werd evenzeer telkens de bescherming van de middenstand tegen overbezetting – volgens de aanhef der Memorie van Antwoord ‘het groote euvel, dat den middenstand bedreigt’ – als doel der wet vermeld. Dit standpunt bleef ook gelden bij de totstandkoming van de Vestigingswet Bedrijven 1954. Hij, die met overtreding van het wettelijk verbod een inrichting vestigt – waarmee de wet de uitbreiding van het in een inrichting uitgeoefende bedrijf gelijkstelt – en daarmee concurrentie aandoet aan een ondernemer die legaal zijn bedrijf uitoefent, brengt deze door zijn handelen in strijd met de wet nadeel toe in het belang dat de wet mede beoogt te beschermen, en handelt jegens hem onrechtmatig.¹⁶⁴

Een andere betekenis werd toegekend aan de Winkeltijdenwet.

Zo werd geoordeeld dat het overtreden van de Winkeltijdenwet niet onrechtmatig was jegens een concurrent. Volgens de rechter was het niet de bedoeling van deze wet om ondernemers onderling een handvat te bieden om daarmee tegen overtreding te ageren. Het enkele feit dat de concurrent op zondag open was is niet beslissend voor de onrechtmatigheid van zijn gedrag tegenover zijn branchegenoot.¹⁶⁵

¹⁶³ HR 10 november 2006, NJ 2008, 491 (JBMV) (Astrazeneca/Menzis).

¹⁶⁴ HR 30 oktober 1959, NJ 1961, 574.

¹⁶⁵ Rb. Alkmaar 16 januari 1997, KG 1997, 78.

Duidelijk is dat steeds gevraagd wordt naar de strekking, de bedoeling van bepaalde wetgeving. Daarin ligt uiteraard ook een rechtspolitieke beoordeling besloten die in de loop der tijd kan veranderen.

38. Wat is de beschermingsomvang van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen?

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 6:163 gericht is op het handelen in strijd met een wettelijke norm (strijd met de wet) en dat art. 6:163 dus niet in stelling gebracht hoeft te worden voor de ‘strijd met het ongeschreven recht’; het relatieve karakter daarvan is met de *aard van die norm* (schending) gegeven:

‘Deze norm heeft betrekking op de zorgvuldigheid die in een bepaalde verhouding tegenover een of meer anderen behoort te worden betracht en is dus naar haar aard niet een norm die strekt tot bescherming van de belangen van allen die schade lijden als gevolg van het feit dat de vereiste zorgvuldigheid tegenover die bepaalde anderen niet in acht is genomen.’¹⁶⁶

Ook in de rechtspraak komt dit tot uitdrukking.¹⁶⁷ Poot zocht schadevergoeding in verband met de destijds geruchtmakende ABP-affaire. De vraag is of Poot ook privé als aandeelhouder van de tot het Poot-concern behorende vennootschappen, schadevergoeding zou kunnen vorderen indien het ABP onzorgvuldig gehandeld zou hebben jegens de betrokken vennootschap(pen). Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW betrekking op:

‘de zorgvuldigheid die in een bepaalde verhouding tegenover een of meer bepaalde anderen behoort te worden betracht en is dus naar haar aard niet een norm die strekt tot bescherming van de belangen van allen die schade lijden als gevolg van het feit dat de vereiste zorgvuldigheid tegenover die anderen niet in acht is genomen.’

De nauwe verwevenheid tussen beide vragen komt ook in een ander arrest goed naar voren. In de rechtspraak van de Hoge Raad inzake verhaal van saneringskosten voor gevallen van bodemverontreiniging daterende van vóór 1975, was het probleem dat verhaal slechts mogelijk was indien aangetoond kon worden dat *destijds jegens* de Staat onrechtmatig is gehandeld.¹⁶⁸ De Hoge Raad wijst er op dat dergelijke normen uitsluitend strekken ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn.¹⁶⁹ Schendt hij een belang van een ander *waarop hij niet bedacht behoefde te zijn*, dan is niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld *jegens die ander*; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet *onrechtmatig* heeft gehandeld. In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.

Verwant met het voorgaande is de problematiek van de schadevergoeding ter zake van ‘wrongful birth’ en ‘wrongful life’. Het gaat dan om gevallen waarin ouders als gevolg van

¹⁶⁶ PG Boek 6, p. 616.

¹⁶⁷ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Ma) (Poot/ABP).

¹⁶⁸ HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-198 (CJHB) (30 september-arresten).

¹⁶⁹ Zie ook HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 (G) (Verstekeling), waarin geoordeeld werd dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor een verstekeling (waarop hij niet bedacht behoefde te zijn). In gelijke zin HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema).

een medische fout een kind krijgen. Met de *wrongful birth* actie wordt dan gedoeld op de vordering van de ouders en met *wrongful life* de actie van kind zelf. Deze problematiek kent vele complexe ethische en juridische vragen. Eén van die vragen is die van het onrechtmatig handelen van een arts of verloskundige jegens het kind dat op dat moment nog niet geboren is. Kan dat onrechtmatig zijn? Ook als wel zorgvuldig handelen tot gevolg zou hebben dat tot abortus zou zijn besloten? Wat is dan de basis van de vordering van het gehandicapt ter wereld gekomen kind? Dat het niet geboren had willen worden?

In de belangrijke uitspraak inzake Baby Kelly¹⁷⁰ heeft de Hoge Raad zowel de vordering van de ouders als die van het gehandicapte kind toewijsbaar geacht.

Naar het oordeel van de Hoge Raad is ‘de behandelaar op grond van zijn thans in art. 7:453 BW omschreven, primair jegens de zwangere vrouw bestaande, zorgplicht ook jegens het nog ongeborn kind ertoe (is) gehouden de in de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten en, indien daartoe aanleiding is, een klinisch geneticus te consulteren om de vrucht waarvan de vrouw zwanger is, nader te doen onderzoeken. De vrouw dient immers in staat te worden gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog ongeborn kind, voortzetting of afbreking van haar zwangerschap wenst. Als de behandelaar in de nakoming van deze verplichting jegens de vrouw tekortschiet, handelt hij tevens in strijd met hetgeen hem jegens de ongebornen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’

Door het vereiste van relativiteit wordt nog eens benadrukt dat de zorgvuldigheidsnorm die geldt in een specifieke verhouding, niet zonder meer óók geldt in andere situaties. Dit volgt uit het feit dat de zorgvuldigheidsnorm vastgesteld wordt met het oog op één bepaalde verhouding. De relativiteit zit hier als het ware ingebakken in de – concrete – zorgvuldigheidsnorm.

39. De betekenis van het relativiteitsvereiste

Belangrijkste doel van het vereiste van relatief verband tussen de normschending en het geschonden belang (dat is de kern van de relativiteitsvereiste) is het voorkomen van een te vergaande aansprakelijkheid. Deze te vergaande aansprakelijkheid zou het gevolg kunnen zijn van een opvatting waarbij het overtreden van een (wettelijke) norm onrechtmatig is *tegenover iedereen* die daardoor schade lijdt. Het uitgangspunt van art. 6:162 jo. 6:163 is een ander: de vraag naar de onrechtmatigheid is altijd een vraag naar de onrechtmatigheid van *bepaald* gedrag *jegens* een bepaald persoon.

De relativiteitsleer bestrijdt een te vergaande aansprakelijkheid door (in art. 6:162) te vragen naar de strekking van de overtreden wetsbepaling, in het bijzonder of de overtreden bepaling de strekking had om *déze* persoon in zijn belangen te beschermen en of de in concreto geschonden belangen vielen onder de bescherming van de norm. Al naar gelang de interpretatie van de strekking van de geschonden norm voert deze opvatting dus tot een beperking van de *kring* van personen die een aanspraak op schadevergoeding zouden hebben en tot een beperking van *de soort* van schade.¹⁷¹

170 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (JBMV) (Baby Kelly); Hartlief, NTBR 2005, p. 232-248.

¹⁷¹ Het relativiteitsvereiste als vraag naar de beschermingsomvang speelt niet alleen bij art. 6:162, maar kan ook bij andere aansprakelijkheden een rol spelen. Zo blijkt uit het Hangmatarrest (HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465) dat bij de aansprakelijkheid voor opstallen van art. 6:174 de vraag speelt of ook mede-bezitters onder het beschermingsbereik van deze bepaling vallen. Zie nr. 108 e.v.

40. Van algemeen naar bijzonder; van abstract naar concreet

In het voorgaande is op meerdere plaatsen naar voren gekomen dat de beantwoording van de vraag of bepaald *gedrag* onrechtmatig is, altijd een vraag is die slechts in een concrete situatie beantwoord kan worden. De functie van de onderscheidingen die in dit kader gemaakt zijn (de verschillende onrechtmatigheidscategorieën, de mogelijke aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de vraag naar de relativiteit) is behulpzaam te zijn bij de beantwoording van deze vraag. Veelal gaat het om het (nader) concretiseren van een algemene regel. Het concretiseren van de regel vindt plaats in nauwe betrekking tot de feitelijke situatie.¹⁷²

Deze nadere concretisering is in veel gevallen het resultaat van een confrontatie van meningen; nadat de eiser – summier – heeft uiteengezet waarom de gedaagde naar zijn mening onrechtmatig heeft gehandeld, zal deze laatste daar een andere interpretatie van de gebeurtenissen tegenover stellen.¹⁷³ Ook de toelichting heeft oog voor deze praktijk:

‘Uit de rechtspraak blijkt dat in de gevallen waarin de eiser de onrechtmatigheid van gedaagdes gedraging baseert op de overtreding van een wettelijke plicht, de rechter meermalen geneigd is om aan te nemen dat de eiser niet kan volstaan met het feit van die overtreding te stellen en te bewijzen, maar tevens moet aantonen feiten waaruit voortvloeit onachtzaamheid van de gedaagde met betrekking tot die wetsovertreding en dat die neiging sterker wordt naar mate de wettelijke norm abstracter geformuleerd is.’¹⁷⁴

Zo ontwikkelt zich de gedragsnorm die in de concrete situatie zou dienen te gelden, als resultaat van deze confrontatie. Om af te sluiten met een citaat van Nieuwenhuis:¹⁷⁵

‘Ieder oordeel over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt een nadere bepaling van de tussen eiser en gedaagde bestaande rechtsverhouding, doordat in het processuele debat wordt vastgesteld waarop zij jegens elkaar recht konden doen gelden.’

Bij deze confrontatie gaat het niet uitsluitend over de gedragsnorm die tussen partijen geldt, maar daarbij dient ook de persoon van de dader te worden betrokken. Kan het als onrechtmatig gekwalificeerde gedrag ook aan hem worden toegerekend?

50. De persoon van de dader; toerekening

Tot nu toe is aan de orde geweest de vraag onder welke voorwaarden bepaald *gedrag* als onrechtmatig kan worden aangemerkt; anders gezegd, welke gedragsnormen worden aangelegd en is daarbij ook voldaan aan het vereiste van relativiteit? De functie van het schuldbegrip, of ruimer genomen de toerekeningsvraag is de kwalificatie van de *dader*. Welke persoonscriteria leggen we aan?¹⁷⁶

¹⁷² Hartlief/Van Maanen, nr. 50 en 64; Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 828 e.v.

¹⁷³ J.H. Nieuwenhuis, Confrontatie en compromis, Deventer 1992, p. 98.

¹⁷⁴ PG Boek 6, p. 618.

¹⁷⁵ J.H. Nieuwenhuis, De ramp op het Pikmeer, Deventer 1997, p. 21.

¹⁷⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 98 e.v.

Onrechtmatigheid kwalificeert dus de daad, schuld de dader. Het is van belang er op te wijzen dat deze theoretische scheiding tussen de *gedraging* en de *persoon* die deze handeling verricht in de praktijk niet goed te maken is. De vraag naar de ‘verwijtbaarheid’ van een bepaalde schadeveroorzakende gedraging ziet eigenlijk zowel op het gedrag als op degene die de gedraging verricht. In het ‘verwijt’ zijn beide aspecten verenigd.¹⁷⁷ In de opzet van art. 6:162, in de structurele onderscheiding tussen de vraag naar de onrechtmatigheid die in lid 2 wordt uitgewerkt en de vraag naar de toerekening aan de dader die beantwoording vindt in lid 3, gaat de wetgever echter uit van de hiervoor bedoelde theoretische onderscheiding tussen onrechtmatigheid als kwalificatie van het *gedrag* en toerekenbaarheid (op grond van schuld) als kwalificatie van de *dader*.

De als onrechtmatig gekwalificeerde daad moet dus aan de dader toegerekend (art. 6:162 lid 3) kunnen worden. In lid 3 van art. 6:162 wordt als voldoende voorwaarde aangemerkt de situatie waarbij er sprake is van ‘schuld’ van de dader. Schuld heeft hier de beperkte betekenis van ‘verwijtbaar’ of ‘vermijdbaar’. Dit veronderstelt uiteraard dat de dader in het algemeen toerekeningsvatbaar is. Dat is natuurlijk ook meestal het geval. Maar ook als dit niet het geval is dan kan er nog steeds sprake zijn van toerekening van een (als een doen te beschouwen) onrechtmatige gedraging aan de dader, omdat art. 6:165 – waar lid 3 van art. 6:162 met het woordje ‘wet’¹⁷⁸ naar verwijst – toerekening ook mogelijk maakt in gevallen waarin er sprake is van een geestelijke of lichamelijke handicap. Dit laatste zou immers – zonder art. 6:165 – een beletsel zou zijn om de dader aansprakelijk te stellen.

Een *tweede* mogelijkheid om de dader aansprakelijk te stellen zonder dat er sprake is van ‘schuld’ in de zin van lid 3 is dat er gesproken kan worden van ‘een oorzaak welke krachtens (...) de in het verkeer geldende opvattingen’ voor rekening van de dader komt. Ook dan is persoonlijke verwijtbaarheid niet noodzakelijk.

Er zijn kortom drie mogelijke gronden van toerekening van onrechtmatig gedrag aan de dader:

- schuld;
- de in het verkeer geldende opvattingen;
- een specifieke wettelijke bepaling.

51. Wat betekent ‘schuld’?

In ruime zin wordt de term als equivalent aan ‘fout’ gebruikt, de toerekenbare onrechtmatige *gedraging*. Hier in het kader van de toerekeningsvraag heeft de term de meer beperkte betekenis van ‘verwijtbaar’. Een logische vooronderstelling daarbij is uiteraard dat de dader ‘normaal’ is en dus ook (in het algemeen) een verwijt van zijn onrechtmatige gedrag gemaakt kan worden. Onder het oude BW was dat ook en vooral de functie van het schuldbegrip, namelijk als vraag naar de *toerekeningsvatbaarheid* van de dader. In die zin kwam het voor het eerst duidelijk aan de orde in het Jaguar I arrest:¹⁷⁹

‘dat het woord “schuld” in art. 1401 B.W. *onder meer* tot uitdrukking brengt dat degene die een onrechtmatige daad heeft gepleegd, tot vergoeding van de dientengevolge door anderen geleden schade

¹⁷⁷ In deze zin ook K.J.O. Jansen, Het subjectieve element van de onrechtmatigheid, NTBR 2007/6, p. 222-228.

¹⁷⁸ Met ‘wet’ wordt hier, in art. 6:162 lid 3, niet bedoeld op afd. 6.3.2 e.v.!

¹⁷⁹ HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 (DJV) (Jaguar I).

niet gehouden is, indien uit hoofde van geestesziekte elke mogelijkheid om hem van zijn gedrag een verwijt te maken ontbreekt; dat hieruit volgt, dat art. 1401 geen toepassing kan vinden, wanneer de dader ten gevolge van geestesziekte ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handeling, alsmede wanneer hij door gelijke oorzaak buiten staat was anders te handelen dan hij gedaan heeft.' (curs. toegevoegd).

Schuld in de zin van toerekeningsvatbaarheid kwam in het bijzonder aan de orde bij de vraag of jonge kinderen en geestelijk gestoorden aansprakelijk kunnen worden gesteld. In het oude recht (en nog steeds in de meeste buitenlandse rechtstelsels) ging men ervan uit dat jonge kinderen en geheel ontoerekeningsvatbaren niet aansprakelijk gesteld behoren te worden voor de door hen aangerichte schade. In het BW wordt zoals vermeld met betrekking tot deze laatste categorie een andere opvatting aangehangen (art. 6:164) en kunnen ook geheel zinnelozen en lichamelijk gehandicapten in beginsel aansprakelijk worden gesteld (art. 6:165).

Nu de toerekeningsvatbaarheid in deze twee bepalingen nader is uitgewerkt, is die functie van het begrip 'schuld' komen te vervallen. Het belang van art. 6:162 lid 3 zit dus nauwelijks meer in dit vereiste van schuldbequaamheid. Wat is dan nog wel de functie van het vereiste van 'schuld' in lid 3 van art. 6:162?

52. Schuld en toerekening en de vraag naar persoonlijke verwijtbaarheid

Hoe moet deze voorwaarde van 'schuld' opgevat worden? Er is in ieder geval sprake van 'schuld' indien de dader een persoonlijk verwijt treft van zijn onrechtmatige gedrag. Dan is er sprake van schuld in subjectieve zin. Beslissend is of de dader in kwestie zijn daad kan worden verweten.¹⁸⁰

Er zal nauwelijks twijfel mogelijk zijn dat de vandaal die een steen door de ramen van een geparkeerde auto gooit ook 'schuld' heeft aan zijn onrechtmatig handelen.

Uit de rechtspraak blijkt dat hier geobjectiveerd mag worden, naar wat een *normaal* mens verweten kan worden.¹⁸¹ Zelfs menselijkerwijs niet echt verwijtbaar handelen kan in ons recht als *juridisch* verwijtbaar en dus als toerekenbaar worden aangemerkt. Nu in lid 3 ook toerekening krachtens verkeersopvattingen expliciet tot de mogelijkheden behoort kan veelal in het midden gelaten worden of dan nog wel van 'echte' schuld sprake is. Een en ander kan geïllustreerd worden met een onder het oude recht gewezen arrest.¹⁸²

Bij een frontale botsing tussen een door Lanting bestuurde, goed rechts rijdende auto en een tegenligger, bestuurd door Vos, komt deze laatste te overlijden. Deze botsing is te wijten aan het feit dat Vos, die circa 80 km per uur rijdt, toen hij Lanting reeds zeer dicht was genaderd, plotseling zover naar links is uitgeweken dat hij op de voor het hem tegemoetkomend verkeer bestemde linkeweghelft is beland. Vos is naar links uitgeweken als reactie op het plotseling, met grote snelheid vlak voor zijn auto dwars de weg oversteken van een ree. Het Hof is van oordeel 'dat de achteraf gezien, onjuiste en fatale reactie van Vos geenszins onbegrijpelijk is en hem niet als schuld is aan te rekenen'.

De Hoge Raad deelt dit oordeel niet omdat Vos een uiterst gevaarlijke manoeuvre heeft gemaakt: hij heeft zich immers plotseling op de voor het tegemoetkomend verkeer bestemde rijstrook begeven, en zulks op een smalle, drukke autoweg, vlak voor een naderende tegenligger. Dit terwijl een andere reactie ook

¹⁸⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 100.

¹⁸¹ Verheij, Onrechtmatige daad, nr. 17.3.

¹⁸² HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 (Meppelse ree); Zie over dit arrest ook G.E. van Maanen, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, p. 50 e.v.

mogelijk was geweest, bijvoorbeeld naar rechts uitwijken. Voorts is van belang dat Vos zijn gevaarlijke manoeuvre maakte kort nadat hij het gevarenbord ‘overstekend groot wild’ was gepasseerd. Onder deze omstandigheden – zo overweegt de Hoge Raad – kan *niet* worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden – hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn – *rechtens geen enkel verwijt* valt te maken. Het Hof heeft ten onrechte aangenomen dat Vos ter zake van het ongeval geen schuld treft.’

Hoewel niet uitgesloten is dat de rechter ook op grond van art. 6:162 lid 3 van ‘schuld’ zal spreken, is het meer waarschijnlijk dat men in een dergelijke situatie de toerekening zal laten geschieden op grond van de ‘in het verkeer geldende opvattingen’ die immers ook de toerekening kunnen funderen. Duidelijk is wel dat het niet gaat om het persoonlijke ‘verwijt’, maar om het geobjectiveerde ‘rechtens geen enkel verwijt’.

53. Het ontbreken van schuld

Wanneer zal de ‘schuld’ in de beperkte zin van lid 3 van art. 6:162 ontbreken? Dat zal het geval zijn als er sprake is van een geestelijke tekortkoming, in geval van verontschuldigbare dwaling en verdere schulduitsluitingsgronden.¹⁸³ Een geestelijke tekortkoming sluit ‘schuld’ uit (maar niet de toerekening o.g.v. art. 6:165!). Verontschuldigbare dwaling ten aanzien van het objectieve recht kan schuld uitsluiten, maar veelal wordt aangenomen dat een dergelijke dwaling toch verwijtbaar is of voor risico van de dwalende komt.

Wie in Nederland een product in het verkeer brengt (een sterk op ‘Rummikub’ gelijkend spel) en zo jegens een concurrent onrechtmatig handelt, omdat dit product moet worden beschouwd als een slaafse nabootsing van dat van de concurrent, kan zich niet met succes erop beroepen dat dit handelen niet aan zijn schuld te wijten is omdat hij verschoonbaar heeft gedwaald omtrent het hier ten lande geldende recht inzake ongeoorloofde mededinging. Wie hier handel gaat drijven dient zich voordien terzake te informeren. Wanneer dat niet is gebeurd komen de gevolgen daarvan voor zijn rekening.¹⁸⁴

Bij het ontbreken van schuld kan ook gedacht worden aan de schulduitsluitingsgronden die in het Wetboek van Strafrecht genoemd worden, zoals noodweerexces (art. 41 lid 2 Wetboek van Strafrecht), waarbij de grenzen van noodweer zijn overschreden als gevolg van een hevige gemoedsbeweging. Ook door een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel kan de schuld ontbreken (art. 43 Wetboek van Strafrecht). Dat zal uiteraard slechts het geval zijn als de onbevoegdheid voor een derde niet kenbaar was.

54. Dubbelzinnige betekenis van ‘schuld’ in de rechtspraak en in lid 3 van art. 6:162

Uit sommige arresten van de Hoge Raad blijkt dat het bij ‘schuld’ – zeker waar het wat oudere rechtspraak betreft – niet slechts gaat om ‘schuld’ in enge zin opgevat als het vereiste om iemand persoonlijk een verwijt te kunnen maken, maar ook om een nadere kwalificatie van de gedraging.¹⁸⁵ Roelvink heeft er op gewezen dat dit deels samenhangt met de betekenis die men aan de onrechtmatigheidscriteria van art. 6:162 lid 2 toekent, met name in gevallen waar aansprakelijkheid eigenlijk onwenselijk is, zoals bijvoorbeeld bij kleine

¹⁸³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 108 e.v.

¹⁸⁴ HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 (F.W. Grosheide) (Rummikub).

¹⁸⁵ Vgl. in deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 106; Engelhard/Van Maanen, nr. 32.

ongelukjes.¹⁸⁶ Er zijn diverse voorbeelden waaruit blijkt dat de Hoge Raad ondanks het feit dat letsel is toegebracht toch geen aansprakelijkheid aanneemt, met name als sprake is van een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’.¹⁸⁷ Indien en voor zover men vasthoudt aan de stelling dat de enkele inbreuk op een recht of de enkele schending van een wettelijke bepaling voldoende is om tot onrechtmatigheid van de *gedraging* te besluiten, komt dan de nadruk te liggen op de vraag of de toerekening (o.m. ‘schuld’) op grond van lid 3 van art. 6:162 ontbreekt (als men niet tot aansprakelijkheid wil komen). Een voorbeeld ter toelichting.

Terwijl het zicht als gevolg van mist niet meer dan 75 meter bedroeg, is Gutman toch met zijn vrachtwagencombinatie linksaf geslagen, als gevolg waarvan een aanrijding met Breuer ontstond. Art. 19 Reglement verkeersregels en verkeerstekens verplicht de bestuurder zijn snelheid aan te passen aan de omstandigheden, waaronder natuurlijk ook mist, terwijl art. 18 van dat Reglement de bestuurder die linksaf slaat, verplicht het *tegemoet komende verkeer niet te hinderen*. Brengt dit nu mee dat als er in een dergelijke situatie een botsing plaatsvindt de linksaffer *aansprakelijk is*? Enerzijds was 75 meter zicht voor Gutman onvoldoende om tegemoet komend verkeer dat zich nog op een grotere afstand bevond te zien, maar anderzijds was dat ruim voldoende voor dat tegemoet komend verkeer om tijdig te stoppen of andere maatregelen te nemen ter voorkoming van een aanrijding. Met dit uitgangspunt kon het Hof volgens de Hoge Raad:¹⁸⁸ ‘zonder schending van enige rechtsregel tot het oordeel komen dat Gutman er niet van behoefde af te zien om op de wijze als in het arrest weergegeven links af te slaan, en dat Gutman, gelet ook op de verdere omstandigheden in het arrest vermeld, geen *schuld* treft aan het onderhavige ongeval.’

‘Schuld’ heeft hier betrekking op het *rijgedrag* van de bestuurder in *deze specifieke situatie* en slaat niet op de vraag naar de al of niet toerekenbaarheid van dat gedrag aan *deze persoon*.¹⁸⁹ Zou dat wel het geval zijn, dan zouden slechts zeer persoonlijke omstandigheden (medicijngebruik of tijdelijke bewusteloosheid) een rol spelen (daargelaten de rol van art. 6:165 in dit verband). Ook dit voorbeeld illustreert de vloeiende grenslijn tussen het verwijt dat men maakt ten aanzien van het gedrag en de toerekenbaarheid daarvan aan de persoon in kwestie; in beide gevallen kan men spreken van ‘schuld’.¹⁹⁰

55. Toerekenen op grond van de in het verkeer geldende opvattingen

De toerekening op basis van verkeersopvattingen kan gebruikt worden voor die gevallen waarin persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt, terwijl aansprakelijkheid desondanks gewenst is. Te denken valt aan de hiervoor (nr. 69) besproken zaak inzake de Meppelse ree. Ook schadetoebrenge vanwege het feit dat afgegaan is op onjuist gebleken deskundige adviezen, waardoor een verschoonbaar beroep op dwaling mogelijk zou zijn, kan een situatie opleveren die ondank het ontbreken van concrete verwijtbaarheid toch voor iemands rekening hoort te

186 H.L.J. Roelvink, *Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes*, in: CJHB. Brunnerbundel, Deventer 1994, p. 329.

187 Zie hiervoor nr. 51.

188 HR 5 oktober 1979, NJ 1980, 68 (Breuer/Gutman).

189 Van Dam (*Aansprakelijkheidsrecht*, nr. 902) wijst erop dat het eigenlijk onjuist is om de nadere toetsing van het gedrag te laten plaatsvinden in het kader van de toerekeningsvraag.

190 PG Boek 6, p. 618.

komen.¹⁹¹ Onzekerheid over de uitlegging van wettelijke bepalingen komt ook voor rekening van de dwalende (zie het volgende nr.).

De buitenlandse automobilist die dwaalt omtrent de betekenis van Nederlandse verkeersborden en dientengevolge een ongeval veroorzaakt kan zich niet verschoonbaar beroepen op rechtsdwaling, ook al gaat het om een specifiek Nederlands verkeersbord.

In sommige gevallen bestaat deze behoefte om zonder dat er sprake is van ‘schuld’ iemand toch voor zijn onrechtmatige gedragingen aansprakelijk te stellen, zo wordt in de toelichting gesteld.¹⁹² Van eventuele onervarenheid en bepaalde individuele eigenschappen kan dan geabstraheerd worden bij de beoordeling van de vraag of iemand krachtens art. 6:162 aansprakelijk is.

Een klassiek voorbeeld is dat van de onervaren automobilist die een verkeersfout maakt die een meer ervaren chauffeur zou hebben vermeden. Zou men de verwijtbaarheid toetsen aan de maatstaf van beginnende onervaren automobilisten, dan zou het gedrag wellicht niet verwijtbaar zijn. Volgens de parlementaire toelichting bij art. 162 lid 3 dient een dergelijke gedraging toch op grond van de ‘in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening’ te komen.

56. De verschillende toerekeningsgronden: ‘schuld’ en ‘krachtens verkeersopvattingen’

Wat is nu het verschil tussen de verschillende gronden voor toerekening die in lid 3 van art. 6:162 worden onderscheiden? Schuld in de zin van persoonlijke verwijtbaarheid voor de vraag naar de toerekenbaarheid van een als onrechtmatig gekwalificeerde gedraging speelt nog steeds een rol, zo blijkt uit de rechtspraak. Het is niet zo dat gezegd kan worden dat als de persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt iets toch altijd wel ‘krachtens de in het verkeer geldende opvattingen’ voor iemands rekening komt. In ‘gewone’ gevallen moet er sprake zijn van schuld. De volgende zaak kan dit illustreren.¹⁹³

De Maastrichtse officier van justitie Van Hilten verbiedt het vrije verkeer tussen de van overtreding van de Vuurwapenwet verdachte M. en zijn raadsman. Uiteindelijk moest de rechter-commissaris er aan te pas te komen om het verkeer tussen M. en zijn raadsman te herstellen, waarna M. zowel de Staat als Van Hilten persoonlijk aanspreekt op grond van onrechtmatige daad en vergoeding vordert van de geleden schade, die bestaat in kosten verbonden aan het ongedaanmaken van de situatie door de raadsman. De Hoge Raad is van oordeel dat de in het eerste lid van art. 50 [Sv.] aan de raadsman toegekende bevoegdheden ertoe strekken de onbelemmerde uitoefening te verzekeren van een fundamenteel recht van de verdachte, te weten het recht op vrij verkeer tussen hem en zijn raadsman. Dit betekent dat: ‘In het oordeel van de rechtbank dat de Staat gehouden is de door de onrechtmatige gedraging van mr. Van Hilten geleden schade te vergoeden, ligt besloten dat naar het oordeel van de rechtbank deze gedraging als een onrechtmatige daad van de Staat heeft te gelden en ook aan de Staat kan worden toegerekend. Dit oordeel is juist: een onzekerheid over de uitlegging van art. 50 lid 2 Sv. behoort voor rekening van de Staat te komen.’

Maar dit betekent niet dat dit onrechtmatig handelen ook aan mr. Van Hilten persoonlijk moet worden toegerekend.

‘Wanneer een orgaan van de overheid zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, zal deze gedraging slechts aan

¹⁹¹ Voorbeeld ontleend aan de PG Boek 6, p. 619.

¹⁹² PG Boek 6, p. 619.

¹⁹³ HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 (CJHB en C) (Van Hilten).

hem persoonlijk kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. Voor een toerekening aan hem op de grond dat deze gedraging krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, is geen plaats.’

Het feit dat Van Hilten optrad als orgaan van de Staat is kennelijk niet voldoende om hem vrijuit te laten gaan. Hij kan persoonlijk aansprakelijk zijn. Maar onzekerheid over de uitlegging van een bepaald wettelijk voorschrift, omdat de rechtspraak daarover onduidelijk was, brengt in casu mee dat Van Hilten zich – persoonlijk – kan disculperen (geen ‘schuld’).¹⁹⁴

Datzelfde geldt *niet* voor de Staat. Kennelijk komt het risico van deze verkeerde uitleg, deze rechtsdwaling, voor rekening van de overheid, en wel krachtens de ‘in het verkeer geldende opvattingen’. De eisen die aan de overheid gesteld worden zijn strenger dan de eisen die aan de ambtenaar persoonlijk worden gesteld.

57. Het ontbreken van toerekening is uitzonderlijk; bewijslast

Van belang is dat het *ontbreken* van de mogelijkheid om de onrechtmatige gedraging ook aan de dader toe te rekenen vrij *uitzonderlijk* is.¹⁹⁵ In de eerste plaats omdat in veruit de meeste gevallen met de onrechtmatigheid van de *gedraging* in beginsel ook de verwijtbaarheid van dat gedrag aan de dader gegeven is. Immers wie zich onbehoorlijk gedraagt zal daar in de regel een verwijt van kunnen worden gemaakt. In de tweede plaats zal het slechts bij uitzondering voorkomen dat – zelfs in geval deze persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt – de daad niet aan de dader kan worden toegerekend. Indien immers de ‘schuld’ ontbreekt blijft toerekening mogelijk op grond van ofwel art. 6:165 ofwel de ‘in het verkeer geldende opvattingen’. Dit alles brengt mee dat het in de praktijk niet de eiser is die moet bewijzen dat de daad aan de dader kan worden toegerekend, maar dat het de gedaagde is die moet aantonen waarom toerekening in een specifiek geval zou ontbreken. De eiser kan in beginsel volstaan met het stellen van de toerekenbaarheid van de als onrechtmatig gekwalificeerde gedraging.¹⁹⁶

58. Aansprakelijkheid ondanks geestelijke en lichamelijke tekortkomingen

Volgens art. 6:165 lid 1 is de omstandigheid, dat een als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaren of ouder is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel om haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen. Het betreft hier, in de termen van art. 6:162 lid 3, een toerekening krachtens de wet. De volgende punten verdienen de aandacht.

194 Thans kan deze situatie zich niet meer voordoen nu art 42. Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (sinds 1 januari 1997) de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter en de leden van het OM uitsluit en deze op de Staat laat rusten: ‘1. Voor schade die een rechterlijk ambtenaar of een rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de vervulling van zijn taak aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, is jegens die derde uitsluitend de Staat aansprakelijk.’

195 In gelijke zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 107.

196 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 107.

- Het moet gaan om een als een *doen* te beschouwen gedraging. Zuiver nalaten valt hier dus niet onder. Met de formulering ‘als een doen te *beschouwen*’ wordt ook tot uitdrukking gebracht, dat de aansprakelijkheid niet beperkt is tot handelingen in de zin van gewilde of controleerbare spierbewegingen.
- Met de zinsnede dat de gedraging ‘als een onrechtmatige daad’ aan de dader is toe te rekenen wordt tot uitdrukking gebracht, dat toerekening niet alleen mogelijk is indien de geestelijke of lichamelijke tekortkoming de schuld van de dader doet wegvallen, maar ook indien men zou oordelen dat het gebrek de onrechtmatigheid van de *gedraging* doet wegvallen. In beide gevallen blijft toerekening mogelijk.

De achterliggende gedachte om deze toerekening te beperken tot ‘als een doen te *beschouwen* gedragingen’ is dat het toch wel erg onbillijk zou zijn om bijvoorbeeld een dove aansprakelijk te stellen omdat hij heeft nagelaten hulp te verlenen aan een drenkeling in nood wiens hulpgeroep hij evenwel niet gehoord heeft. Men kan zich echter afvragen of er een wezenlijk verschil bestaat tussen passieve ‘gedragingen’ van een invalide die wegens zijn invaliditeit niet tot hulp verlenen in staat is, en de invalide die (actief) struikelt bij het oversteken of te traag is, en zo een ongeval veroorzaakt.

- Een lichamelijke of geestelijke tekortkoming is ‘geen beletsel’ voor toerekening. De dader is niet aansprakelijk, indien de onrechtmatigheid van zijn daad op een andere grond dan die tekortkoming ontbreekt (art. 6:165).¹⁹⁷

59. Regres op de toezichthouder

Art. 6:165 lid 2 bevat een bijzondere bepaling met betrekking tot het eventuele regres van de gehandicapte dader op diens toezichthouder. Let wel het gaat hier *niet* om een bepaling die de toezichthouder aansprakelijk maakt, maar om een regeling die veronderstelt dat zowel de gehandicapte als diens toezichthouder jegens het slachtoffer aansprakelijk zijn. Bepaald wordt dat de toezichthouder indien hij aansprakelijk is wegens onvoldoende toezicht, ten opzichte van de dader verplicht is tot het gehele bedrag van zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde bij te dragen in de schadevergoeding. Het gaat hier om een species van art. 6:102 jo. 6:10. Zie verder hoofdstuk 9, nr. 242.

60. Groepsaansprakelijkheid

Art. 6:166 vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de deelnemers van een groep voor een onrechtmatige daad die in groepsverband wordt gepleegd.¹⁹⁸ De vereisten om art. 6:166 te kunnen inroepen zijn de volgende:

- ten minste één groepslid brengt onrechtmatig schade toe, waarbij kan worden opgemerkt dat deze onrechtmatige daad niet per se aan de dader zelf hoeft te kunnen worden toegerekend;¹⁹⁹
- de kans op het aldus toebrengen van schade had het *aangesproken* groepslid van zijn gedragingen in groepsverband moeten weerhouden;
- deze gedragingen kunnen het aangesproken groepslid ook worden toegerekend. In dit verband is lid 3 van art. 6:162 van belang: de onrechtmatige gedragingen kunnen de

¹⁹⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 117.

¹⁹⁸ Zie Boonekamp, diss.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 127.-128.

¹⁹⁹ PG Boek 6, p. 663; Hof Arnhem 29 oktober 2002, LJN AF1059.

aangesproken persoon worden toegerekend als ze te wijten zijn aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

Een groep baldadige supporters molesteert in een dronken bui een willekeurige voorbijganger. Reeds voor deze mishandeling was er met stenen gegooid en waren onschuldige voorbijgangers lastig gevallen. Toegesnelde omstanders weten slechts één van de supporters in de kraag te vatten. Deze erkent dat hij heeft meegedaan met de groep, maar ontkent dat hij betrokken was bij de bewuste mishandeling. Deze had ook niet zijn goedkeuring, zo zei hij. Onder deze omstandigheden kan hij echter wel op grond van art. 6:166 voor de hele schade aansprakelijk worden gehouden.²⁰⁰

De norm die in art. 6:166 aan groepsop treden is gesteld, zou ook zonder de bijzondere bepaling van art. 6:166 gevonden kunnen worden. Het gaat er namelijk om, dat de deelnemer in strijd handelt met de ongeschreven zorgvuldigheidsplichten. Deze zorgvuldigheidsnorm ligt besloten in art. 6:162 lid 2 (het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt). In die zin bestaat naast art. 6:162 geen echte noodzaak voor een bijzondere bepaling als art. 6:166.²⁰¹

Toch heeft art. 6:166 zelfstandige betekenis, omdat het afrekenet met bepaalde causaliteitsproblemen en een richtsnoer geeft voor de aansprakelijkheid in geval van handelen in groepsverband. Art. 6:162 laat immers de mogelijkheid open, dat de aangesproken persoon bewijst, dat tussen zijn gedraging en de schade geen causaal verband bestaat. Dat verweer is met art. 6:166 niet meer mogelijk. De aansprakelijkheid *van alle deelnemers* op grond van art. 6:166 vloeit voort uit de enkele overtreding van de norm dat de kans op het aldus toebrengen van schade de deelnemers had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Indien deze (zorgvuldigheid)snorm overtreden is, staat niet alleen de onrechtmatigheid van het handelen van de deelnemer vast, maar tevens het causaal verband tussen zijn groepsdeelneming en het toebrengen van schade.²⁰²

61. Productaansprakelijkheid

Er bestaat een – op een Europese richtlijn – gebaseerde speciale wettelijke regel voor de aansprakelijkheid van de producent voor gevallen waarin het product schade veroorzaakt.

De tekst van die bepaling luidt:

Artikel 185

1. De producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt, tenzij: a. hij het produkt niet in het verkeer heeft gebracht; b. het, gelet op de omstandigheden, aannemelijk is dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestond op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer heeft gebracht, dan wel dat dit gebrek later is ontstaan; c. het produkt noch voor de verkoop of voor enige andere vorm van

²⁰⁰ Hetzelfde geldt voor drie (vijftienjarige) jongens die verantwoordelijk waren voor de brand in een schoolgebouw, Rb. Amsterdam 25 november 2009, JA 2010, 62; Vgl. ook Hof Arnhem 7 september 2010, JA 2010, 151 (Gezamenlijk beschadigen auto's); Hof Den Bosch 18 januari 2011, JA 2011, 57 (Gezamenlijke mishandeling).

²⁰¹ Boonekamp, diss., p. 6.

²⁰² Boonekamp, diss., p. 17-18.

verspreiding met een economisch doel van de producent is vervaardigd, noch is vervaardigd of verspreid in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf; d. het gebrek een gevolg is van het feit dat het produkt in overeenstemming is met dwingende overheidsvoorschriften; e. het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken; f. wat de producent van een grondstof of fabrikant van een onderdeel betreft, het gebrek is te wijten aan het ontwerp van het produkt waarvan de grondstof of het onderdeel een bestanddeel vormt, dan wel aan de instructies die door de fabrikant van het produkt zijn verstrekt.

2. De aansprakelijkheid van de producent wordt verminderd of opgeheven rekening houdende met alle omstandigheden, indien de schade is veroorzaakt zowel door een gebrek in het produkt als door schuld van de benadeelde of een persoon voor wie de benadeelde aansprakelijk is.

3. De aansprakelijkheid van de producent wordt niet verminderd, indien de schade is veroorzaakt zowel door een gebrek in het produkt als door de gedraging van een derde.

Volgens art. 186 is een product is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het product; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product; c. het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht. Een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.

De meerwaarde van deze speciale bepaling voor gebrekkige producten naast de mogelijkheden van art. 6: 162 e.v. BW is niet heel groot. De afwegingskaders ('een product is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het product; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product') zijn immers vrijwel gelijk aan die van art. 6:162 BW. Uiteindelijk komt het aan op dezelfde afweging die in het kader van de 'Kelderluikfactoren' gemaakt wordt aan de hand van de reeds genoemde vuistregels. De bewijslast voor het slachtoffer blijft hetzelfde omdat de benadeelde de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade moet bewijzen.

D. Civielrechtelijke analyse van de mogelijke scenario's

Na dit uitvoerige overzicht van het civielrechtelijke kader zal ik nu de concrete civielrechtelijke risico's bespreken van de hiervoor onder B geschetste scenario's. De lezer dient daarbij wel te bedenken dat deze inschatting van de civielrechtelijke risico's derhalve toch wat kunstmatig is. Voor een uiteindelijke beoordeling in werkelijkheid zullen de specifieke details vaak van doorslaggevend belang zijn. Dat betekent dat het dus hier om een wat ruwe inschatting gaat. Voor het gemak van de lezer zal ik de casus herhalen.

1. Gebruik/misbruik door anderen dan waarvoor de middelen bestemd zijn.

Stel dat een lid van de CLW de door de coöperatie verstrekte middelen bewaart in een (al dan niet zorgvuldig afgesloten) nachtkastje. Nieuwsgierige (klein)kinderen vinden de middelen en gebruiken het apparaat of slikken de pillen met dood of blijvende invaliditeit tot gevolg. Los van de mogelijke strafrechtelijke gevolgen voor het betreffende lid en/of de CLW, dient zich de vraag aan naar de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de ontstane schade,

Die schade (buiten beschouwing gelaten de emotionele consequenties) kan heel groot zijn. Bij de dood van een kind zijn de bedragen relatief laag, maar de bedragen bij blijvende invaliditeit kunnen op jaarbasis oplopen tot meer dan 100 000 euro aan verzorgingskosten. Bij levenslang noodzakelijke intensieve verzorging gaat het dan om bedragen tot 5 miljoen euro.

Bespreking van de concrete civielrechtelijke risico's casus 1

Uitgaande van de meest ernstige situatie van een kind dat blijvende invaliditeit oploopt doordat het de door de CLW verstrekte middelen heeft ingeslikt, kom ik tot de volgende conclusie. In een dergelijke situatie zal natuurlijk eerst en vooral het lid dat de middelen zo onzorgvuldig heeft bewaard, aansprakelijk zijn voor deze gevolgen en de daaruit voortvloeiende schade. In de praktijk echter zullen weinig mensen voldoende vermogen (of een aansprakelijkheidsverzekering) hebben voor een schade die op kan lopen tot 5 miljoen euro. We zien dan vaak dat dan vervolgens wordt gezocht naar een andere persoon of instantie die aansprakelijk kan worden gesteld.

Strafbaar feit

Aan het verkopen en leveren van pillen en apparaten kleven altijd civielrechtelijke risico's. Die civielrechtelijke risico's worden nog vergroot indien het leveren van die zaken mede als een strafbaar vergrijp wordt gezien (hulp bij zelfdoding). Er bestaat een dunne lijn tussen het legaal/toegestaan verschaffen van objectieve informatie en het verboden bieden van echte hulp bij zelfdoding. Zie bijvoorbeeld <http://www.wetboek-online.nl/jurisprudentie/ljnAU7519.html>, waar de rechter vond dat de verschaft informatie en het leveren van een grote hoeveelheid slaapmiddelen, voldoende waren om tot een veroordeling te komen.

Het is mijn stellige indruk – maar een strafrechtsspecialist moet daar meer duidelijkheid over geven – dat het *leveren* van pillen of apparaten voor zelfdoding op dit moment zeker strafbaar is (en ook vervolgd zal worden). Dat heeft ook civielrechtelijke consequenties. Immers een strafbare handeling is per definitie civielrechtelijk onrechtmatig. Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen. Dat betekent dat de CLW al snel aansprakelijk zal zijn voor de schade die voortvloeit uit de (verboden) levering van pillen of apparaten. Ook andere vormen van hulp, zoals het verschaffen van directe informatie zou onder omstandigheden strafbaar kunnen zijn. Waar precies de grens ligt tussen strafbare hulp bij zelfdoding en niet-strafbare objectieve informatie daarover is niet altijd duidelijk.

Maar ook als het verschaffen van de pillen of apparaten **niet strafbaar** zou zijn dan zijn er nog steeds civielrechtelijke risico's. Ik licht dat toe.

Gevaarzetting

In de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht zien we dat naast de direct verantwoordelijke (in de geval het lid dat de pillen onzorgvuldige heeft bewaard) vaak wordt gezocht naar een vermogende persoon of instantie die aansprakelijk kan worden gesteld, omdat die persoon of

instantie indirect betrokken is. Dat zou in dit geval de CLW kunnen zijn omdat die het betreffende middel heeft verschaft of daarin op een of andere wijze heeft bemiddeld. De stelling is dan dat de CLW door zo te handelen een gevaarlijke situatie heeft gecreëerd dan wel daaraan heeft meegewerkt. Dat noemen wij gevaarzetting. Als algemeen uitgangspunt zou kunnen gelden dat iedereen die zorg moet betrachten die van een zorgvuldig mens verwacht macht worden tegenover eens anders persoon of goed, of met betrekking *tot iemands vermogensbelangen*. Vroeger sprak men in dit verband wel van de zorg van de ‘goede huisvader’, de ‘bonus pater familias’.

Men zou kunnen stellen dat er maar één zorgvuldigheidsnorm geldt: ‘handel zo dat je door je gedrag aan je medemensen geen, of in ieder geval zo min mogelijk, schade berokkent!’. De moeilijkheid is echter dat deze algemene (vuist)regel geen uitsluitel geeft wat in een concrete situatie gevegd wordt. Hoever moet men gaan in het voorkomen van schade voor anderen? Moet men rekening houden met het feit dat sommige mensen zelf onvoorzichtig zijn?

Een voorbeeld om dit laatste te illustreren.

De werkster van het Dorpshuis in Kamerik had ter gelegenheid van de grote schoonmaak een emmertje met een voor haar onbekende vloeistof gevonden. In overleg met de beheerder wordt dit emmertje in een doos en vervolgens in een vuilniszak verpakt en zo klaar gezet voor de vuilnisophaaldienst. Toen deze zak door de vuilnisman in de vuilnisauto werd geworpen, kwam een straal van de – naar later bleek zeer gevaarlijke vloeistof, waarschijnlijk natronloog – in zijn oog terecht, met als gevolg blindheid aan dat oog. Is hier onzorgvuldig gehandeld? Ja, oordeelt de Hoge Raad: ‘Het is in strijd met de zorgvuldigheid (...) om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, òfwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid van een daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.’

Schending van verkeers- of veiligheidsnormen

Traditioneel wordt ‘gevaarzetting’ als een belangrijke categorie beschouwd. Van gevaarzetting is sprake indien iemand verantwoordelijk is voor het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie waarbij schade dreigt voor personen of zaken, zonder dat daarbij de nodige voorzorgsmaatregelen worden getroffen. Veelal zal daarbij ook sprake zijn van de schending van verkeers- of veiligheidsnormen.

Duchateau drinkt in Amsterdam een biertje in café De Munt. Op weg naar het toilet belandt hij – door het openstaande kelderluik – in de kelder en uiteindelijk in het ziekenhuis. Een werknemer van Coca Cola, genaamd Sjouwerman, had het luik geopend en verzuimd de nodige veiligheidsmaatregelen te nemen. Duchateau vordert schadevergoeding van Coca Cola. Hoe moeten we vaststellen wat de vereiste zorgplicht is in een dergelijke situatie? De Hoge Raad geeft de volgende handreiking. Als de omstandigheden daartoe aanleiding geven, moeten bepaalde veiligheidsmaatregelen worden genomen, omdat er rekening mee moet worden gehouden dat niet iedereen even voorzichtig is. Welke omstandigheden zijn daarbij relevant? De Hoge Raad geeft een aantal *gezichtspunten* waarop men zou moeten letten: ‘de *mate van waarschijnlijkheid* waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de *hoegrootheid van de kans* dat daaruit ongevallen ontstaan, op de *ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben*, en op de *mate van bezwaarlijkheid* van te nemen veiligheidsmaatregelen;’ (curs. toegevoegd). In casu heeft het Hof terecht beslist dat Sjouwerman verweten kan worden dat hij geen rekening heeft gehouden met de mogelijke onoplettendheid van café-gasten en zo heeft nagelaten veiligheidsmaatregelen te treffen.

Kelderluikfactoren voor gevaarzettende situaties

De Hoge Raad heeft ten aanzien van de vraag welke algemene gezichtspunten in aanmerking moeten worden genomen in *gevaarzettende* situaties, een aanzet gegeven in het hiervoor

geciteerde Kelderluik-arrest. De daaruit afgeleide deelregels staan dan ook bekend als de ‘kelderluikfactoren’. Deze *algemene* regels kunnen soms aangevuld worden met specifieke, *bijzondere* regels die aanwijzingen geven voor zorgvuldig gedrag in de verschillende soorten situaties die hierboven kort zijn aangeduid en die hieronder nader zullen worden uitgewerkt. In de literatuur worden – mede voortbouwend op deze ‘kelderluikfactoren’ – de volgende gezichtspunten onderscheiden:

- de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid (bij het potentiële slachtoffer) kan worden verwacht;
- aard en omvang van de gevreesde schade (letsel- en zaakschade, zuivere vermogensschade en immateriële schade);
- de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen;
- de aard van de gedraging;
- de bezwaarlijkheid (voor de potentiële dader) in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.

Een voorbeeld waarin vrijwel al deze factoren een rol spelen:

Korver heeft in het ziekenhuis De Heel een kaakoperatie ondergaan. Nog half onder narcose is hij in een uitslaapkamer gelegd waar hij door een abrupte beweging uit bed is gevallen, waardoor hij aan één oog blind is geworden. Met het Hof vindt ook de Hoge Raad dat het ziekenhuis te kort is geschoten in het nemen van veiligheidsmaatregelen, zoals verhoogde randen of zogenaamde onrusthekken. Het gaat hier om een weinig kostbare voorziening.

De hiervoor genoemde factoren leiden tot de volgende algemene *vuistregels* in verband met gevaarzettende situaties:

- naarmate het waarschijnlijker is dat potentiële slachtoffers minder oplettend en voorzichtig zijn, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de ernst (met name letselschade) en de omvang van de mogelijke schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate de kans op schade groter is, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de gedraging gevaarlijker is, dient eveneens een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen door de potentiële dader, zowel op zichzelf beschouwd als in relatie tot de mogelijke schade, minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, bestaat een sterkere gehoudenheid tot het treffen van preventieve maatregelen.

Bij dit alles is niet van belang of men het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt concreet heeft voorzien. Voldoende is dat met het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in het algemeen – naar objectieve maatstaven – bepaalde (gezondheids-)gevaren getracht wordt te voorkomen.

Wat betekent dit alles nu voor de CLW in deze situatie?

Toepassing van de hier genoemde vuistregels brengt mee dat de eerste vier vuistregels allemaal in de richting wijzen van een sterk verhoogde zorgplicht van de CLW. Kinderen die de pillen vinden zullen zelf niet voorzichtig en oplettend zijn (regel 1), de schade is voorzienbaar ernstig en groot (regel 2), de kans op schade is groot (regel 3), de ‘gedraging’, lees het afleveren en voorradig hebben van dodelijke pillen, is zeer gevaarlijk (regel 4).

Dat betekent dat de CLW gehouden is om zoveel mogelijk *effectieve* veiligheidsmaatregelen te nemen. Te denken valt daarbij aan het zorgen voor een absoluut veilige opbergplaats, aan

duidelijke instructies over het opbergen van de middelen. Het hiervoor geciteerde arrest over het Dorpshuis Kamerik illustreert dat bij het omgaan met potentieel gevaarlijke stoffen of stoffen waarvan men niet weet of ze een gevaar kunnen opleveren, men een plicht heeft om er voor te zorgen dat derden geen onnodige risico's lopen.

De hiervoor voorgestelde voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van situaties dat de pil in handen van kinderen valt, zijn niet extreem kostbaar gegeven het grote belang dat op het spel staat en *moeten* dan ook door de CLW (en uiteraard het lid zelf ook) genomen worden (regel 5). In geval de CLW deze maatregelen *niet* heeft genomen en het risico zich toch heeft gerealiseerd, is aansprakelijkheid van de CLW niet uit te sluiten. In geval alle reële en effectieve (!) voorzorgsmaatregelen zijn getroffen wordt de kans op een succesvolle aansprakelijkheidsstelling geringer. (Maar, er zij nogmaals op gewezen, in geval er sprake is van strafbare hulp bij zelfdoding, is de kans op aansprakelijkheid veel groter...)

2. Het middel heeft niet de gewenste dood tot gevolg maar blijvende invaliditeit.

Uit het gesprek met Gert Rebergen en Jos van Wijk bleek dat het de bedoeling was om voor het apparaat dat met gas zou moeten werken, een constructie te zoeken die het mogelijk maakt om het ingezette proces van levensbeëindiging af te breken. Dat brengt het risico met zich dat als dat door welke oorzaak ook – menselijk falen of technisch falen – te laat wordt afgebroken er blijvende schade aan de gezondheid kan optreden. In het ergste geval blijvende invaliditeit met hersenschade waarbij er geen wilsvrijheid meer bestaat. De familie zou in een dergelijke situatie – optredende namens het slachtoffer en/of voor zichzelf - de CLW kunnen aanspreken voor deze noodlottige (schadelijke) gevolgen voortvloeiende uit de (constructie-)gebreken van het geleverde apparaat. Onder omstandigheden zou ook de producent c.q. importeur van het apparaat aangesproken kunnen worden. Een en ander geldt in mindere mate voor het gebruik van pillen.

Bespreking van de concrete civielrechtelijke risico's

Strafbare gedraging?

Ook hier geldt hetgeen hiervoor is beschreven. Indien en voor zover het leveren van pillen of apparaten voor zelfdoding strafbaar is, heeft dat civielrechtelijke consequenties. Immers een strafbare handeling is per definitie onrechtmatig. Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen.

Civielrechtelijke gevaarzetting:

Ook hier zijn algemene *vuistregels* in verband met gevaarzettende situaties weer het uitgangspunt:

- naarmate het waarschijnlijker is dat potentiële slachtoffers minder oplettend en voorzichtig zijn, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de ernst (met name letselschade) en de omvang van de mogelijke schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate de kans op schade groter is, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;

- naarmate de gedraging gevaarlijker is, dient eveneens een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen door de potentiële dader, zowel op zichzelf beschouwd als in relatie tot de mogelijke schade, minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, bestaat een sterkere gehoudenheid tot het treffen van preventieve maatregelen.

Bij dit alles is niet van belang of men het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt concreet heeft voorzien. Voldoende is dat met het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in het algemeen – naar objectieve maatstaven – bepaalde (gezondheids)gevaaren getracht wordt te voorkomen.

Maar bij een verkoop is er ook sprake van een contractuele relatie.

Wat betekent dit alles nu voor de CLW in deze situatie?

In geval de CLW het apparaat zelf verkoopt bestaat er een contractuele relatie tussen het lid en de CLW. Het geleverde apparaat moet voldoen aan de verwachtingen die de koper ervan mag hebben. Het apparaat moet conform de overeenkomst zijn. Dat wil in dit geval zeggen dat indien er sprake is van een constructie die het mogelijk maakt om zonder schadelijke gevolgen het proces af te breken en dit misgaat, de verkoper op basis van wanprestatie aansprakelijk kan worden gesteld voor de gevolgen als er sprake is van een technisch mankement of een constructiefout. Die vordering kan dan uit naam van het slachtoffer door bijvoorbeeld familieleden worden ingesteld.

In geval er geen afbrekemogelijkheid is voorzien zal het apparaat ook voorzien moeten zijn van een zodanige constructie dat het proces onomkeerbaar is en de beoogde levensbeëindiging ook gegarandeerd is. Ook in deze situatie is het theoretisch denkbaar dat de dood niet intreedt maar blijvende invaliditeit resteert. Ook in deze situatie is een op wanprestatie gebaseerde vordering tegen de verkoper mogelijk.

In geval de familie zelf op eigen naam een vordering instelt voor de schade die zij lijdt vanwege bijvoorbeeld de verzorgingskosten, kan de vordering gebaseerd worden op onrechtmatige daad zoals in de eerste casus (dan bestaat er immers geen contractuele band).

Toepassing van de hiervoor genoemde vuistregels brengt mee dat de eerste regel niet in de richting van aansprakelijkheid wijst, immers men mag verwachten dat de gebruiker van het apparaat wèl voorzichtig en oplettend zijn. De andere vuistregels daarentegen wijzen wel weer in de richting van een verhoogde zorgplicht van de CLW: de schade in geval van een gebrek is voorzienbaar ernstig en groot (regel 2), de kans op schade is groot (regel 3), de ‘gedraging’, lees het afleveren van een apparaat met schadelijke gassen, is gevaarlijk (regel 4).

Dat betekent dat de CLW gehouden is om zoveel mogelijk *effectieve* veiligheidsmaatregelen te nemen. Te denken valt daarbij aan het zorgen voor een absoluut veilige constructie die in geval van de mogelijkheid van afbreken 100% veilig is en indien die mogelijkheid er niet is 100% garandeert dat het beoogde resultaat van levensbeëindiging ook daadwerkelijk intreedt. Als die garanties niet geboden kunnen worden, is het enige (juridische) alternatief om af te zien van de levering van zo’n apparaat. Het leveren van een apparaat met als doel levensbeëindiging schept immers een grote verantwoordelijkheid en creëert een navent risico.

Als de veiligheid niet gegarandeerd kan worden moet men er van af zien om zo'n apparaat te laten ontwikkelen of te verkopen of daarin te bemiddelen.

Naast de mogelijke aansprakelijkheid van de CLW als verkoper bestaat ook nog de mogelijkheid van productaansprakelijkheid voor de producent of de importeur van het apparaat op grond van art. 6:185 BW: de producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Volgens art. 6:186 BW is een product is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het product; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product; c. het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht. Een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.

De juridische mogelijkheden die deze regeling biedt verschillen niet veel van die welke op grond van art. 6:162 e.v. BW mogelijk zijn. De afwegingskaders ('een product is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het product; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product') zijn immers vrijwel gelijk aan die van art. 6:162 BW. Uiteindelijk komt het aan op dezelfde afweging die in het kader van de 'Kelderluikfactoren' gemaakt wordt aan de hand van de reeds genoemde vuistregels.

3. Het middel heeft wel geleid tot het beoogde doel van levensbeëindiging

In het geval dat het middel wel en zonder problemen, tot gevolg heeft gehad dat het leven van degene met de wens tot levensbeëindiging, is beëindigd, is het theoretisch denkbaar dat de nabestaanden de CLW aanspreken voor hun betrokkenheid bij het overlijden van hun dierbare. Uiteraard zal in de meeste gevallen de verantwoordelijkheid bij de zelfdoder liggen. Er zijn situaties denkbaar waarin de nabestaanden van oordeel zijn dat degene die van de middelen gebruik heeft gemaakt niet in staat was, niet compos mentis was, om in volle vrijheid een dergelijke beslissing te nemen. Ook dan kan er minst genomen een debat ontstaan of zelfs een gerechtelijke procedure worden begonnen door de nabestaanden over de vraag of CLW aansprakelijk is voor de ontstane schade.

Bespreking van de concrete civielrechtelijke risico's

Strafbare gedraging?

Ook hier geldt hetgeen hiervoor is beschreven. Indien en voor zover het leveren van pillen of apparaten voor zelfdoding strafbaar is, heeft dat civielrechtelijke consequenties. Immers een strafbare handeling is per definitie onrechtmatig. Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen. Dat betekent dat het verschaffen van middelen aan iemand waarvan in ieder geval de nabestaande claimen dat die persoon niet in volle vrijheid de consequenties van zijn handelen kon overzien, kan leiden tot aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de CLW als die de middelen heeft verschaft en op de hoogte was of had moeten zijn van de labiele geestelijke situatie van de betrokkene.

Voor zover het gaat om **niet** strafbare gedragingen, bijvoorbeeld algemene informatie verschaffen binnen de geoorloofde kaders, bestaat er nog steeds een zeker risico.

Civielrechtelijke gevaarzetting:

Ook hier zijn algemene *vuistregels* in verband met gevaarzettende situaties weer het uitgangspunt:

- naarmate het waarschijnlijker is dat potentiële slachtoffers minder oplettend en voorzichtig zijn, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de ernst (met name letselschade) en de omvang van de mogelijke schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate de kans op schade groter is, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de gedraging gevaarlijker is, dient eveneens een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen door de potentiële dader, zowel op zichzelf beschouwd als in relatie tot de mogelijke schade, minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, bestaat een sterkere gehoudenheid tot het treffen van preventieve maatregelen.

Bij dit alles is niet van belang of men het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt concreet heeft voorzien. Voldoende is dat met het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in het algemeen – naar objectieve maatstaven – bepaalde (gezondheids)gevaaren getracht wordt te voorkomen.

Wat betekent dit alles nu voor de CLW in deze situatie?

Toepassing van de hier genoemde vuistregels brengt mee dat de eerste vier vuistregels allemaal in de richting wijzen van een sterk verhoogde zorgplicht van de CLW. Personen die geestelijk labiel zijn zullen zelf niet voorzichtig en oplettend zijn (regel 1), de schade is voorzienbaar ernstig en groot (regel 2), de kans op schade is groot (regel 3), de ‘gedraging’, lees het afleveren van dodelijke pillen, is zeer gevaarlijk (regel 4). Minder gevaarlijk is natuurlijk het verschaffen van objectieve informatie.

Dat betekent dat de CLW gehouden is om zoveel mogelijk *effectieve* veiligheidsmaatregelen te nemen. Te denken valt daarbij aan een streng veiligheidsprotocol. Zie verder daarover hierna onder F sub 6. Een dergelijk veiligheidsprotocol dient ervoor om te voorkomen dat de pillen of de informatie erover in verkeerde handen valt, zoals bijvoorbeeld labiele personen.

De hiervoor voorgestelde voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van situaties dat de pil in handen van labiele personen valt, zijn niet extreem kostbaar gegeven het grote belang dat op het spel staat en *moeten* dan ook door de CLW genomen worden (regel 5). In geval de CLW deze maatregelen *niet* heeft genomen en het risico zich toch heeft gerealiseerd, is aansprakelijkheid van de CLW niet uit te sluiten. In geval alle reële en effectieve voorzorgsmaatregelen zijn getroffen wordt de kans op een succesvolle aansprakelijkheidsstelling geringer. (Maar, er zij nogmaals op gewezen, in geval er sprake is van strafbare hulp bij zelfdoding, is de kans op aansprakelijkheid veel groter...)

4. Het middel wordt door het CLW lid gebruikt voor een ander doel

Het middel zou ook gebruikt kunnen worden om iemand anders mee te doden, al dan niet op verzoek. Wordt het middel op verzoek van een ander gebruikt om een einde aan diens leven te maken, dan is er sprake van hulp bij zelfdoding en worden de reguliere kaders van toegelaten euthanasie overschreden. Een heel ander verhaal is natuurlijk wanneer het middel wordt gebruikt om iemand te vermoorden. Dat kan de partner zijn of een derde. In beide gevallen zullen waarschijnlijk strafrechtelijke maatregelen worden gestart uiteraard tegen de dader zelf maar mogelijk ook jegens medeplichtigen zoals de CLW. Maar ook civielrechtelijk zijn er acties tegen de dader en de CLW voorstelbaar. De CLW heeft immers de middelen verstrekt.

Bespreking van de concrete civielrechtelijke risico's

Strafbare gedraging?

Ook hier geldt hetgeen hiervoor is beschreven. Indien en voor zover het leveren van pillen of apparaten voor zelfdoding strafbaar is, heeft dat civielrechtelijke consequenties. Immers een strafbare handeling is per definitie onrechtmatig. Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen. Dat betekent dat het verschaffen van middelen aan iemand waarvan het vermoeden kon bestaan dat hij of zij die middelen zou kunnen aanwenden om iemand anders te doden, kan leiden tot aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de CLW als die de middelen heeft verschaft.

Voor zover het gaat om niet strafbare gedragingen, bijvoorbeeld algemene informatie verschaffen binnen de geoorloofde kaders, bestaat er nog steeds een zeker risico.

Civielrechtelijke gevaarzetting:

Ook hier zijn algemene *vuistregels* in verband met gevaarzettende situaties weer het uitgangspunt:

- naarmate het waarschijnlijker is dat potentiële slachtoffers minder oplettend en voorzichtig zijn, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de ernst (met name letselschade) en de omvang van de mogelijke schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate de kans op schade groter is, dient een hogere zorgplicht betracht te worden;
- naarmate de gedraging gevaarlijker is, dient eveneens een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen door de potentiële dader, zowel op zichzelf beschouwd als in relatie tot de mogelijke schade, minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, bestaat een sterkere gehoudenheid tot het treffen van preventieve maatregelen.

Bij dit alles is niet van belang of men het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt concreet heeft voorzien. Voldoende is dat met het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in het algemeen – naar objectieve maatstaven – bepaalde (gezondheids)gevaaren getracht wordt te voorkomen.

Wat betekent dit alles nu voor de CLW in deze situatie?

Toepassing van de hier genoemde vuistregels brengt mee dat de eerste vier vuistregels allemaal in de richting wijzen van een sterk verhoogde zorgplicht van de CLW. Personen die kwade bedoelingen hebben zijn zullen zelf niet voorzichtig en oplettend zijn – dat is een

understatement - (regel 1), de schade is voorzienbaar ernstig en groot (regel 2), de kans op schade is groot (regel 3), de 'gedraging', lees het afleveren van dodelijke pillen, is zeer gevaarlijk (regel 4). Minder gevaarlijk is natuurlijk het verschaffen van objectieve informatie.

Dat betekent dat de CLW gehouden is om zoveel mogelijk *effectieve* veiligheidsmaatregelen te nemen. Te denken valt daarbij aan een streng veiligheidsprotocol. Zie verder daarover hierna onder F sub 6. Een dergelijk veiligheidsprotocol dient ervoor om te voorkomen dat de pillen of de informatie erover in verkeerde handen valt, zoals bijvoorbeeld personen met verkeerde bedoelingen.

De hiervoor voorgestelde voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van situaties dat de pil in handen van verkeerde personen valt, zijn niet extreem kostbaar gegeven het grote belang dat op het spel staat en *moeten* dan ook door de CLW genomen worden (regel 5). In geval de CLW deze maatregelen *niet* heeft genomen en het risico zich toch heeft gerealiseerd, is aansprakelijkheid van de CLW niet uit te sluiten. In geval alle reële voorzorgsmaatregelen zijn getroffen wordt de kans op een succesvolle aansprakelijkheidsstelling geringer. (Maar, er zij nogmaals op gewezen, in geval er sprake is van strafbare levering van pillen, is de kans op aansprakelijkheid veel groter...)

5. Antwoorden op de specifieke vragen

Hieronder geef ik nog antwoord op een aantal specifieke vragen die aan mij zijn voorgelegd met name over de risico's van het ontwikkelen van een apparaat.

Antwoord op de gestelde concrete vragen over een prototype

Vraag: Als de designer producten gaat ontwerpen voor zelfdoding in hoeverre is de designer dan aansprakelijk?

Antwoord: Voor het ontwerpen van apparaten voor zelfdoding zal een designer niet snel civielrechtelijk (of strafrechtelijk) aansprakelijk zijn. Veel hangt echter af van de context. Als het oogmerk is om die apparaten te gebruiken voor *illegale* doeleinden (hulp bij zelfdoding) kan men wel in de sfeer komen van strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dat laatste uiteraard vooral in situaties zoals geschetst in de verschillende mogelijke scenario's

Vraag: Samenstelling van bestaande producten -> dus informatieverstrekking van mogelijkheden. Mag dit ook een instructie zijn over hoe te gebruiken?

Antwoord: Dit is vooral een strafrechtelijke vraag. Er lijkt een dunne lijn tussen objectieve informatieverstrekking te bestaan en verboden concrete hulp bij zelfdoding.

Vraag: Mag je dit als pakket leveren en aanbieden?

Antwoord: Dit is wederom vooral een strafrechtelijke vraag. Een pakket aanbieden en leveren lijkt al binnen de strafrechtelijke sfeer te liggen van hulp bij zelfdoding. Dat kan dan vervolgens indien één van de geschetste scenario's zich voordoet weer leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheidsrisico's.

Vraag: Samenstelling van een aantal elementen en één koppel element specifiek voor deze toepassing. -> mag je zo'n koppel element bedenken? Mag je zo'n koppel element maken? Mag je zo'n koppel element leveren?

Antwoord: Zie het antwoord op de eerste vraag. Op zich zal het bedenken van iets niet snel tot strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Het leveren komt wel in de sfeer van (nu nog) verboden hulp bij zelfdoding met alle mogelijke strafrechtelijke en civielrechtelijke risico's, met name in geval zich de geschetste scenario's voordoen.

Vraag: Een nieuw product specifiek bedacht voor de doelstelling> mag je product bedenken? Mag je zo'n product maken? Mag je zo'n product leveren?

Antwoord: Juridisch gezien is dit dezelfde situatie als die van de vorige vraag. Het antwoord is dan ook hetzelfde: Op zich zal het bedenken van iets niet snel tot strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Het leveren komt wel in de sfeer van (nu nog) verboden hulp bij zelfdoding met alle mogelijke strafrechtelijke en civielrechtelijke risico's, met name in geval zich de geschetste scenario's voordoen. Er bestaat hier ook nog de mogelijkheid van productaansprakelijkheid voor de producent of de importeur van het apparaat op grond van art. 6: 185 BW: De producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Volgens art. 186 BW is een product is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het product; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product; c. het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht. Een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht. De mogelijkheden die deze regeling biedt verschillen niet veel van die welke op grond van art. 6:162 e.v. BW mogelijk zijn. De afwegingskaders ('een product is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het product; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product') zijn immers vrijwel gelijk aan die van art. 6:162 BW.

Vraag: In hoeverre is de coöperatie aansprakelijk is indien zij een product voor zelfdoding laten ontwerpen, laten produceren en gaat leveren?

Antwoord: De coöperatie CLW kan aansprakelijk zijn voor met name het leveren van producten voor zelfdoding. Zeker zolang er geen uitzondering voor de CLW voor de strafrechtelijke regel van het verbod van hulp bij zelfdoding zal dat leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. In geval één van de geschetste scenario's zich voordoet, zal het gegeven van de strafbaarheid van de handeling (het leveren van een product voor zelfdoding) sneller leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Maar ook in geval er een legale weg wordt geopend voor het leveren van producten voor zelfdoding kan dat nog steeds tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leiden in geval zich één van de geschetste scenario's voordoet. Dat laatste met name indien geen effectieve voorzorgsmaatregelen zijn getroffen door de CLW.

E. Conclusie ten aanzien van de mogelijke civielrechtelijke risico's

Aan het verkopen en leveren van pillen en apparaten kleven altijd strafrechtelijke en civielrechtelijke risico's. Die civielrechtelijke risico's worden vergroot indien het leveren van die zaken mede als een strafbaar vergrijp wordt gezien (hulp bij zelfdoding).

Er bestaat een dunne lijn tussen het legaal/toegestaan verschaffen van objectieve informatie en het (verboden) bieden van echte hulp bij zelfdoding. Zie bijvoorbeeld <http://www.wetboek-online.nl/jurisprudentie/ljnAU7519.html>, waar de rechter vond dat de verschaft informatie en het leveren van een grote hoeveelheid slaapmiddelen, voldoende waren om tot een veroordeling te komen.

Het is mijn indruk – maar een strafrechtsspecialist moet daar meer duidelijkheid over geven – dat het leveren van pillen of apparaten voor zelfdoding op dit moment zeker strafbaar is (en ook vervolgd zullen worden). Dat heeft civielrechtelijke consequenties. Immers een strafbare handeling is per definitie onrechtmatig. Iemand die zich schuldig maakt aan een strafrechtelijk vergrijp zoals diefstal, moord, hulp bij zelfdoding, doodslag of verduistering, handelt uiteraard in strijd met de wet en zal ook civielrechtelijk onrechtmatig handelen.

Gemeenschappelijk aan het risico dat kleeft aan de hiervoor genoemde en besproken scenario's is dat in geval van een strafbare gedraging zoals het leveren van dodelijke pillen of apparaten, de civielrechtelijke onrechtmatigheid een reëel risico vormt. Soms groter, zoals in de eerste casus en soms wat kleiner zoals in de vierde casus.

Buiten de sfeer van potentieel strafrechtelijke gedragingen ligt het genuanceerder. Als voldaan wordt aan de zorgplicht tot het nemen van effectieve veiligheidsmaatregelen (beveiligde medicijnbox en een strak veiligheidsprotocol) kunnen de risico's zowel in feitelijke als in juridische zin sterk verminderd worden.

F. Aanbevelingen

1. *Houdt het eenvoudig.* Kies voor één laatste-wil-middel. Het gebruik van een – technisch gecompliceerd - apparaat dat met gassen werkt, raad ik af. Los van de ongewenste associaties zijn er substantiële civielrechtelijke aansprakelijkheidsrisico's aan verbonden. Techniek kan altijd falen. Dus géén (complex) apparaat. Als toch voor een apparaat gekozen wordt, dan in ieder geval geen complex apparaat.

Een pil (of een combinatie van pillen) is zowel qua risico's als qua beeldvorming het beste. De associatie met 'de pil van Drion' is politiek-maatschappelijk gezien positief. Bovendien is het bewaren van de pil goed te beveiligen tegen misbruik.

2. *Bouw veiligheidsmaatregelen in (ter voorkoming van aansprakelijkheid):*

-De pil of de informatie daarover zou alleen met inachtneming van een veiligheidsprotocol verkrijgbaar moeten zijn exclusief voor lezen van de CLW.

-Om (volwaardig) lid te kunnen worden van de CLW moet een eerste screening plaatsvinden door een getraind 'actief lid' of 'buddy' van de CLW. Ik zou me kunnen voorstellen dat een groep van honderd actieve leden wordt samengesteld, die geschoold en getraind worden om op een andere leden te informeren en te helpen op een veilige manier informatie te verkrijgen


en om te gaan met zelfdodingsmiddelen. Op deze wijze vindt er als het ware een democratisering van de verantwoordelijkheid van het bestuur van de CLW plaats.

-Om de pil te mogen ontvangen of toegang te krijgen tot de informatie voor het verkrijgen ervan, moet iemand minimaal een jaar (of een half jaar) lid zijn en moet een gesprek plaats vinden met een 'actief lid' over onder meer voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van misbruik.

-Na dit gesprek krijgt het lid een toegangscode van vier cijfers.

-Verstrekken van de pil (of apparaat) of het beschikbaar stellen van informatie daarvoor kan alleen in samenwerking tussen het 'actieve lid' en het lid dat de toegang wil hebben tot het afgeschermd deel van de website. Om de bestelling te kunnen plaatsen moeten de twee codes na elkaar worden ingevoerd. Bestellingen met deze samengestelde codes zijn eenmalig.

-De pil wordt alleen verstrekt in combinatie met de beveiligde medicijn-box die alleen door de beoogde gebruiker met zijn vingerafdruk kan worden geopend. Dergelijke beveiligde medicijnboxen zijn op de markt (ook via internet) eenvoudig verkrijgbaar:



Rx DrugSAFE
Our Price: \$199.99
[Add to cart](#)

Rx DrugSAFE is the latest and most secure prescription medication storage product now available. Rx DrugSAFE is made from 17 gauge steel and has been the choice of homeowners for years. Rx DrugSAFE uses the most advanced and accurate biometric (fingerprint) technology to safeguard your prescription drugs. Rx DrugSAFE is simple to operate and simple to open after it recognizes you. Rx Drug SAFE includes a sleek compact design and convenient fingerprint access control that stores up to 120 users. Powered by 4 AA batteries, the Rx DrugSAFE will provide you with over a 1000 openings and is able to recognize you even when the batteries are changed. [▶ more info](#)

-CLW zou deze beveiligde medicijn-box aan haar leden zelf kunnen verkopen of op het afgeschermd deel van de website de link naar de verkoper aanbieden. Dat is op zichzelf niet strafbaar en leidt niet tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Integendeel, het adviseren (en verkopen) van deze box is juist één van de voorzorgsmaatregelen die civielrechtelijke aansprakelijkheid kan helpen te voorkomen.

3. *Bouw juridisch-bestuurlijk toezicht in:*

-Volstreekte openheid naar de Inspectie Volksgezondheid

-Volledige openheid naar het Openbaar Ministerie

-Organiseer een regulier overleg met Inspectie Volksgezondheid en Openbaar Ministerie

4. Zorg voor goede verzekeringen van de CLW en haar bestuursleden en actieve leden:

-Sluit een adequate rechtsbijstandverzekering af met een dekking van minimaal één miljoen euro per aansprakelijkheidsstelling

-Sluit een adequate aansprakelijkheidsverzekering af met een dekking van minimaal vijf miljoen euro per aansprakelijkheidsstelling voor de CLW en haar bestuursleden

-Overweeg en onderzoek om deze verzekering uit te breiden tot een verzekering voor alle (actieve) leden ter dekking van het specifieke risico dat samenhangt met het in bezit hebben van de laatste-wil-middelen.

5. Zorg voor een strakke, heldere en overtuigende argumentatie:

- Maak een duidelijk onderscheid tussen de bestaande praktijk van gereguleerde euthanasie door artsen en de gewenste mogelijkheid van zelfbeschikking over de eigen dood. Dat betekent vooral ook dat niet de indruk gewekt moet worden dat men zou willen tornen aan de grenzen van de bestaande euthanasiepraktijk. Het gaat om iets anders bij zelfbeschikking over de eigen dood.

-Geef naast het principiële argument van het recht op zelfbeschikking over de eigen dood ook meer pragmatische argumenten. Die kunnen politiek gezien voor meer draagvlak zorgen. Bijvoorbeeld:

-Wijs op de ingrijpende consequenties van zelfdoding met andere middelen: treinmachinisten die getraumatiseerd raken bij de zoveelste treinspringer

-Idem hulpverleners – politie, ambulance personeel, artsen – die geconfronteerd worden met springers

-Waarom zouden we wel – binnen strakke kaders - aan heroïne verslaafden schone spuiten, methadon en zelfs heroïne mogen verstrekken zonder strafrechtelijke consequenties en niet mogen zorgen voor effectieve middelen voor zelfdoding om te voorkomen dat mensen voor de trein springen of anderszins kiezen voor methoden die zwaar belastend kunnen zijn voor anderen en de maatschappij?

-Mislukte pogingen tot zelfdoding kunnen dramatische gevolgen hebben ook voor de persoon zelf: blijvende invaliditeit en de daaraan verbonden hoge kosten.

6. *Ontwikkel een veiligheidsprotocol voor het beschikbaar stellen van informatie over zelfdodingsmiddelen (of bij het zelf verkopen ervan)*

Voorbeeld veiligheidsprotocol:

- 1) Aanmelden voor het (aspirant)lidmaatschap van de CLW kan alleen onder overlegging van kopie van paspoort en overboeking lidmaatschapsbijdrage (CLW controleert of naam in paspoort en naam bankrekening overeenstemmen).
- 2) Na 6 maanden kan het aspirantlid verzoeken om een gesprek met een ‘actief lid’. In dat gesprek worden onder meer de voorzorgsmaatregelen voor het bewaren en gebruiken van de pil of het apparaat besproken. Ook vindt een tweede identiteitscontrole plaats.
- 3) Als het ‘actief lid’ twijfels heeft over de veiligheidssituatie dient een tweede gesprek met daarbij ook een bestuurslid van de CLW aanwezig plaats te vinden.
- 4) Als aan alle voorwaarden voldaan is kunnen het actieve lid en het lid samen inloggen (door het combineren van beider codes) op het afgeschermd deel van de website van de CLW waarop de links staan voor het bestellen van de pil en eventueel (onderdelen) van het apparaat. De pil kan alleen besteld worden als ook de beveiligde medicijnbox besteld wordt.
- 5) Nadat de middelen bij het lid zijn afgeleverd komt het actieve lid nog een keer langs om de vingerafdruk in te stellen van de Medsafe box en samen met het lid naar een veilige plaats te zoeken om de box op te bergen.

7. *Probeer zoveel mogelijk juridische zekerheid te krijgen*

Probeer in overleg met het OM en de Inspectie voor de volksgezondheid een *gedoogsituatie* tot stand te brengen waarin de CLW onder zeer strikte voorwaarden – zie hiervoor – een haar leden informatie mag verstrekken over de ‘pil van Drion’ en apparaten en de verkrijgbaarheid ervan. Misschien moet de eerste stap een kleinschalig experiment zijn dat door middel van onderzoek goed gevolgd wordt. Daarna zou onderzocht kunnen worden of het noodzakelijk is om zelf de pillen of apparaten te verkopen en of dat gedoogd kan worden.

Maastricht/Dalhem

18 augustus 2015