

HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT OP DE DREMPEL VAN 2017

Ivo GIESEN*
Hoogleraar Universiteit Utrecht

In deze bijdrage komen de meest tot de verbeelding sprekende ontwikkelingen van de laatste twee jaar op het terrein van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht aan de orde. Naast ontwikkelingen op dogmatisch vlak (o.a. risicoaansprakelijkheden; schadevergoedingsrecht) komt aan bod hoe we omgaan met historisch onrecht, en daarbij ook de vraag welke rol het aansprakelijkheidsrecht in het klimaatdebat kan spelen. En waar raken aansprakelijkheidsrecht en reguleringsvraagstukken elkaar, en gaat dat dan goed? Ook de wijze waarop de interactie tussen procesrecht en aansprakelijkheidsrecht verloopt, bijvoorbeeld als het gaat om collectieve acties, komt aan de orde.

I. INLEIDING

1. Ik ben uitgenodigd om in deze bijdrage de stand van zaken van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht in 2015 en 2016 uit de doeken te doen. Naar ik aanneem, is dat gedaan teneinde te bezien of het aansprakelijkheidsgras in Nederland wellicht groener kleurt dan in België, als bron van inspiratie dus, dan wel, andersom, als moment van reflectie zo te zeggen, om stilletjes genietend wellicht te kunnen ontdekken dat het gras in België ook op dit vlak – naast het culinaire, het hockey- en voetbaltechnische en uiteraard het wielrenmatige vlak – frisser en groener is dan dat in Nederland. Maar of iets van dat alles kan geschieden, is de vraag, want vrijwel al het gras, zelfs de dorre delen, is al vakkundig voor mijn voeten weggemaaid door HARTLIEF's ICAV-lezing en bijbehorend artikel van twee jaar geleden.

* Deze bijdrage, afgerond op 15 december 2016, is een bewerking van mijn voordracht tijdens het tweede ICAV-congres op 2 december 2016 te Gent. De titel van deze bijdrage is stevig geïnspireerd door en geënt op de titel die Ton HARTLIEF koos voor zijn lezing tijdens het eerste ICAV-congres in 2014. Ik bouw in deze bijdrage op enkele plaatsen voort op eigen eerdere publicaties.

2. Gaat u maar na. Als spreker op het eerste ICAV-congres in 2014, en dus als eerste Nederlander die de toestand in het aansprakelijkheidsrecht in Nederland mocht bespreken, had HARTLIEF het immense voordeel dat voor hem als spreker qua thematiek en onderwerpen alles nog helemaal open lag. Hij kon beginnen waar hij wilde, en teruggaan tot daar waar het hem goeddunkte. Hij had, als hij dat gewild had, bij klassieke arresten als *Lindenbaum/Cohen* (1919) of *Kelderluik* (1965) kunnen starten. Dat laatste deed hij dan weliswaar niet, maar HARTLIEF heeft de ruimte die er lag, zeer goed benut, zoals elk ander dat ook gedaan zou hebben, en daarmee dus heel veel van het Nederlandse gras voor mijn voeten weg-gemaaid, zo moest ik betreuren bij de voorbereiding.

3. Want ga maar na: HARTLIEF sprak met u over thema's die ook eind 2016 nog volop leven, zoals de angst voor een claimcultuur versus de meer instrumentele inzet van het aansprakelijkheidsrecht, over de Hoge Raad als rechtsvormer in het aansprakelijkheidsrecht, over de grenzen daarvan en de handicaps die daarbij spelen, over de kentering qua functies die aan het aansprakelijkheidsrecht toebedacht worden (met meer nadruk voor erkenning en genoegdoening), over mogelijke systeemkritiek en de weigering om echt over *no fault*-systemen na te denken, hetgeen bijvoorbeeld na rampen en zware ongevallen niet onverdeeld gunstig uitpakt, over dat het aansprakelijkheidsrecht binnen de kaders van het Burgerlijk Wetboek blijft in Nederland, over de 100% en 50%-regel in het verkeersaansprakelijkheidsrecht, over het *DES*- en het *Hangmat*-arrest en eigenlijk ook over alle andere klassiekers uit de Nederlandse rechtspraak sinds 1990, over de ontwikkeling van artikel 7:611 BW, over het gesneuvelde wetsvoorstel affectieschade, over toezichthouders en hun immuniteit, over overheidsaansprakelijkheid en het gebrek daaraan, en over *punitive damages*. En dat alles over een tijdsspanne van grofweg 1992 tot en met eind 2014.¹

4. Wat resteert mij dan? De mogelijke hoofdlijnen of rode draden die inzake de brede ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht te spinnen zouden zijn (zoals uitdijning en instrumentaliteit), heeft HARTLIEF al voor ons afgedekt. Dat is dus een doodlopend pad. Natuurlijk, er zijn de meest recente wetgevende activiteiten, en die zal ik dan ook graag nog gaan benoemen, maar die zijn er ook weer niet zo heel veel, hoewel 2016 eigenlijk nog best een redelijk goed jaar mag heten. Immers, zo liet HARTLIEF ook al noteren, de wetgever is meestal niet erg actief op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht.² Daarmee is het dus vooral aan de rechter om de spanning erin te houden; en we hebben inderdaad wel enkele nieuwe arresten van de Hoge Raad, maar het aantal echt spannende uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht lijkt te slinken. Immers, die rechter is

¹ Zie T. HARTLIEF, "Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2015" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 269-294.

² T. HARTLIEF, *supra* noot 2, nr. 19.

afhankelijk van de zaken die zich ‘toevallig’ bij hem aandienen – je krijgt niet elk jaar zomaar een *Hangmat*-zaak voor de kiezen – terwijl de kosten van procederen de pan uit rijzen, zeker voor de particulier die het aansprakelijkheidsrecht vaak bevolkt. De Hoge Raad blijft daarmee dus meer en meer verstoken van zaken.

5. Dit euvel kan inmiddels echter verholpen worden, en dat gebeurt ook al deels, door de zogenaamde prejudiciële vraagprocedure.³ Het betreft de wettelijke regeling (in art. 392 e.v. Rv) die het mogelijk maakt, onder bepaalde maar ruim uitgelegde voorwaarden, dat de feitenrechter tijdens de bij hem aangebrachte civiele procedure op voorhand een rechtsvraag ter beantwoording aan de Hoge Raad kan voorleggen, om deze door de Hoge Raad te laten ophelderen. Dit betekent dat er snel een antwoord met autoriteit op een prangende en vaker spelende rechtsvraag kan worden verkregen. Dit betekent ook, in breder verband, dat er een ‘reddingsboei’ is uitgeworpen voor de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht door de Hoge Raad. Deze regeling maakt immers dat rechtsvragen door de Hoge Raad beantwoord kunnen worden zonder dat het steeds nodig is dat iemand in drie instanties procedeert met alle tijd en kosten van dien; de regeling is ook expliciet geënt op rechtsvorming en rechtsontwikkeling. Nu is het weliswaar niet zo dat met deze nieuwe wet – die inmiddels als een succesverhaal te boek staat⁴, en die ik dus graag aanbeveel – hele batterijen aan nieuwe aansprakelijkheidszaken op de rol verschenen zijn⁵, maar er zijn er wel enkele geweest, en één daarvan is een ‘instant klassieker’ geworden, de zaak *Imagine* (zie nr. 32 e.v. hierna).

6. Deze procesrechtelijke noviteit brengt meteen een algemenere karakteristiek van het aansprakelijkheidsrecht naar voren, en dat is de intrinsieke verwevenheid met het burgerlijk procesrecht, althans in Nederland, en, meer specifiek, met de regels inzake collectieve acties en de regels van bewijsrecht. Ik geloof dat dat een kenmerk is dat ook in België meer en meer de aandacht krijgt, en terecht.⁶ Ik ga er nog iets nader op in als het over de collectieve (schade)actie gaat (nr. 24 e.v. hierna).

³ Zie I. GIESEN e.a., *De wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag, BJu, 2016, die de regeling evalueerden als een onverdeeld succes.

⁴ Zie I. GIESEN e.a., *supra* noot 4, alsmede (in verkorte vorm) I. GIESEN & E.R. DE JONG, “Een succesverhaal voor rechtsvorming, rechtseenheid en rechtszekerheid: de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad”, *NTBR* 2016/46, 312-322.

⁵ I. GIESEN e.a., *supra* noot 4, 87, telden twee uitspraken over aansprakelijkheidsrecht, namelijk HR 21 juni 2013, *NJ* 2013/353 (ipr-doorbraak) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 (MacDonald-van Biezen/MacDonald & Delta Lloyd Schadeverzekeringen), waarover nrs. 42 e.v. hierna, maar het is evenzeer mogelijk om ook HR 13 juni 2014, *NJ* 2014/406 (Veertiendagenbrief) en HR 1 mei 2015, *NJ* 2015/425 (Aanvang wettelijke rente) daarbij te rekenen. Zie inmiddels ook HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704 (Veertiendagenbrief II).

⁶ Ik noem hier graag het aanstaande Leuvense doctoraat van VANDENBUSSCHE, en wijs op zijn eerdere publicaties te dier zake, zie W. VANDENBUSSCHE, *Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Een vergelijkend onderzoek van de rechterlijke bewijsmechanismen*, nog uit te geven doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2017, alsmede W.

7. De opbouw van de rest van mijn bijdrage is als volgt. Ik begin groots en mee-slepend, door onder het kopje ‘Historisch onrecht’ (II) het afscheid van Jaap SPIER evenals enkele van de meest spraakmakende zaken van de afgelopen twee jaar te bespreken, de *Groningse gaswinning*-zaken en de *Urgenda*-zaak. Van daar is het een kleine stap naar zowel het thema ‘Reguleringsvraagstukken’ (onder III) als naar het thema ‘Collectieve acties’ (onder IV). Onder de noemer ‘Dogmatiek’ (V) passeren dan in het bijzonder de relativiteitseis, enkele risicoaansprakelijkheden en enkele aspecten van schadevergoedingsrecht (de hoogte van ons smartengeld; schok- en affectieschade) de revue. Daarmee bespreek ik uiteindelijk dus ook vele mogelijke andere onderwerpen in het geheel niet⁷, en dan nog zullen de wél bestreken terreinen enkel met de motormaaier kunnen worden gemaaid, grof en in sneltreinvaart dus, want het grasveld is wellicht niet zo groen als gehoopt, maar toch wel nog zeer groot.

II. HISTORISCH ONRECHT IN HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

A. BREDE BESCHOUWINGEN

8. Alvorens ik inga op enkele specifieke rechtszaken die – mits breed gedefinieerd – onder de noemer historisch onrecht te vatten zijn, bespreek ik eerst de breed opgezette Maastrichtse afscheidsrede van Jaap SPIER.⁸ In zijn afscheidsrede ‘De lange schaduw van het verleden. Omgaan met historisch onrecht’⁹ bepleit hij, kort gezegd, dat we zeer voorzichtig moeten zijn als het om het denken over (mogelijke) aansprakelijkheid in gevallen van historisch onrecht gaat. SPIER (p. 8) heeft het hierbij over schade in het verleden berokkend doch waarvan de gevolgen ook in latere generaties voelbaar zijn en hij noemt bijvoorbeeld

VANDEBUSSCHE, “Je t’aime ..., moi non plus – Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 81-122.

⁷ Ik zal dat her en der in de voetnoten aangeven (met verwijzingen). Nu meld ik alvast dat ik niet nader inga op IPR-kwesties, zie bv. HR 3 juni 2016, NJ 2016/354 (Dahabshiil) en HR 26 februari 2016, NJ 2016/344 (Reaal/Same Deutz), of op zaken omtrent bestuurdersaansprakelijkheid, zie o.a. HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172 (Hage q.q./X.) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233 (X./Velenturf q.q.), noch op zaken over de aansprakelijkheid van de curator, zie HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (Rabobank/Verdonk q.q.), met noot ASSINK in AA 2016, 855-866.

⁸ Dat afscheid leverde een mooi *liber amicorum* op, zie M. FAURE & T. HARTLIEF (eds.), *De Spierbundel*, Deventer, Kluwer, 2016, waarin o.a. veel aandacht voor klimaatverandering en de nog te bespreken (nr. 15 e.v.) *Urgenda*-zaak.

⁹ J. SPIER, *De lange schaduw van het verleden. Omgaan met historisch onrecht*, Den Haag, BJu, 2016.

slavernij,¹⁰ het leegplunderen van landen, het uitmoorden van oorspronkelijke bewoners, ernstige milieuverontreiniging en het verlies aan biodiversiteit, evenals de inquisitie en de Holocaust. Zijn kernboodschap is dat we moeten bedenken dat het niet genoeg is dat naar huidige maatstaven sprake is van onrecht, maar dat het nodig is dat de gewraakte handelingen toen ook al als verkeerd werden beschouwd (p. 8 en 10). En daarbij dient tevens bedacht te worden dat dit lastig vast te stellen is, omdat allerlei verwerpelijke instituten pas laat als verwerpelijk zijn gezien of onderkend (o.a. slavernij, uitstoot van broeikasgassen). Omdat de ‘benefit of hindsight’ hier een gevaarlijke rol kan spelen, moeten we serieus moeite doen om te bepalen hoe men toen tegen zekere fenomenen aankeek (p. 17), want:

“als we aanvaarden dat de huidige inzichten over het verleden de norm worden voor het verleden, liggen lawines van procedures en schadevergoedingsclaims in het verschiet”.¹¹

Een probleem is bovendien wie dan eventueel is aan te spreken, want bijvoorbeeld de VOC en WIC zijn beide lang geleden opgehouden te bestaan (p. 21), terwijl de uiteindelijke rekening waarschijnlijk niet betaald wordt door de bovenlaag van de bevolking (de aandeelhouders) die toen profiteerde maar – via de overheid – door dat deel van de bevolking dat de sociale verworvenheden die door ‘herstelbetalingen’ in het gedrang komen, het meest nodig heeft (p. 22). Ook waarschuwt SPIER voor de mogelijkheden die moderne risico-aansprakelijkheden brengen¹², en voor de tegenwoordig veel (en vaak terecht) gehoorde roep om effectieve rechtsbescherming (p. 28). We moeten, kortom, een dam opwerpen tegen aanspraken op grond van historisch onrecht, vooral ook vanwege het domino-effect van dit type claims (p. 31). SPIER meent zelf dat zijn zwanenzang niet direct in goede aarde zal vallen (p. 37) maar ik betwijfel dat. Mij heeft hij in elk geval alweer stevig aan het denken gezet op vele punten.

¹⁰ In het strafrecht krijgt de omgang met moderne slavernij tegenwoordig de nodige aandacht, zie bv. A.L.M. SCHAAP, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor moderne slavernij*, Den Haag, BoomJuridisch, 2017.

¹¹ J. SPIER, *supra* noot 10, 19. Als de verderfelijke praktijken zich in een minder ver verleden hebben afgespeeld, speelt dit uiteraard minder. Zo is het gebruik van mosterdgas door Saddam Hoessein in Irak zeker te beschouwen als historisch onrecht maar kon het Hof zonder al te veel ongemakken concluderen dat de leverancier van een essentiële grondstof voor dat gas onrechtmatig handelde jegens de slachtoffers van Saddam. Zie Hof Den Haag 7 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:725 (Van Anraat).

¹² J. SPIER, *supra* noot 10, 26. Dit gevaar schuilt zijns inziens o.a. in de *Ruggie Principles*. Die Ruggie Principles zijn weliswaar niet rechtens afdwingbaar, maar het debat over juridische zorgplichten voor grote ondernemingen voor de misstanden begaan door bijvoorbeeld hun dochterondernemingen elders is, mede door die Principles, wel in een stroomversnelling geraakt. Zie nader L.F.H. ENNEKING e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles*, Den Haag, BJu, 2016 (*Ucall reeks* deel 6).

B. CONCRETER: INDONESIAË

9. Na deze brede beschouwing is het tijd om concreet enkele van de meest spraakmakende zaken van de afgelopen twee jaar te bespreken, te beginnen met de uitwassen van de zogenaamde ‘politioele acties’ in Indonesië (de voormalige Nederlandse kolonie Indië), de ‘schuilnaam’ in Nederland voor de mislukte militaire poging om de bevrijding en dekolonisatie van de Republiek Indonesië (uitgeroepen door Soekarno in augustus 1945) tegen te gaan, onder andere door, maar helaas niet beperkt tot, zuiveringsacties (van nationalistische opstandelingen) waarbij honderden mannen werden geëxecuteerd door soldaten van het Koninklijk Nederlands Indisch Leger (KNIL). Die misstanden zijn indertijd al onderzocht door een commissie en door het OM, maar niet verder vervolgd. In 2005 wordt namens de regering door de minister van Buitenlandse Zaken diepe spijt betuigd voor het door Nederlandse militairen veroorzaakte leed. Dat kon echter niet verhinderen dat er een Stichting werd opgericht om namens de nabestaanden van de executies bij het dorp Rawagedeh op Java schadevergoeding te eisen. Na een (onverwacht) gunstig vonnis van de Rechtbank Den Haag in die zaak in 2011¹³ (het beroep op verjaring werd in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht en aansprakelijkheid van de Staat werd geaccepteerd) werd na een schikking € 20.000 per weduwe uitgekeerd.

10. Die zaak kreeg een vervolg doordat de slachtoffers van executies elders, zoals op Sulawesi, ook een claim instelden. De regering heeft enkele van die claims (van weduwen) geschikt zoals in de *Rawagedeh*-zaak, en daartoe ook een regeling in het leven geroepen, maar een aantal van de nieuwe claims (o.a. van de kinderen van de gedode mannen en van enkele weduwen van wie (nog) niet kon worden vastgesteld dat ze inderdaad de weduwe van een geëxecuteerde zijn) werd niet erkend. Te dien aanzien besliste de Rechtbank Den Haag in 2015¹⁴ (r.ov. 4.4) dat ook in deze zaak – en dus niet verrassend – het beroep op verjaring ten opzichte van de weduwen niet gehonoreerd kan worden als zijnde in strijd met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid). Trefwoorden daarbij zijn: ‘uitzonderlijke situatie’; ‘onrechtmatigheid erkend’; ‘bijzondere ernst’; ‘naar de toen geldende inzichten onaanvaardbaar’; ‘toegang tot recht’; ‘niet afgewikkelde kwestie in de Nederlandse geschiedenis’. Dat oordeel wordt, anders dan in de *Rawagedeh*-zaak, en dus wel verrassend, overgenomen ten aanzien van de kinderen van de gedode mannen (r.ov. 4.21) omdat de argumentatie zoals die ten aanzien van de weduwen is gebruikt, ook hier geldt en omdat de Nederlandse wet (art. 1406 OBW) geen onderscheid maakt tussen generaties, maar tussen zij die wel of juist niet onderhoudsbehoefstig zijn, en dat waren de kinderen indertijd. Omdat aansprakelijkheid voor de executies erkend is, is dat een gegeven maar de schade dient nog wel

¹³ Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793 (*Rawagedeh*).

¹⁴ Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442 (*Zuid-Sulawesi*).

concreet begroot¹⁵ te worden (na een nader te voeren partijdebat¹⁶), waarbij er geen afdwingbaar recht op smartengeld bestaat (r.ov. 4.71), omdat wij nog geen vergoeding van affectieschade kennen in Nederland (zie nr. 42 hierna).

11. Opvallend: de rechtbank gaat zeer ver in het ecarteren van het verjaringsverweer en neemt daarbij ook afstand van een recente eerdere uitspraak van de eigen rechtbank. Maar ook: een belangrijk aspect van de zaak is dat er niet alleen naar huidige maatstaven sprake is van onrecht maar dat de gewraakte handelingen (executies) toen ook al als verkeerd werden beschouwd. Dat is dus conform de Spier-lijn. Of hij daarmee ook kan instemmen met deze uitkomst, betwijfel ik, gezien zijn pleidooi om verder te kijken dan de concrete billijkheid in een concrete zaak, omdat die concrete uitslag toch altijd bredere repercussies heeft. Bijvoorbeeld dat deze zal leiden tot meer, verwante claims, zoals dat hier in feite al gebeurd is, omdat deze tweede zaak rechtstreeks voortvloeide uit de eerder al besliste *Rawagedeh*-zaak.

C. CONCRETER, EN DICHTER BIJ HUIS: GRONINGEN

12. Dichter bij huis, en minder weerzinwekkend, maar toch ook te bestempelen als een zaak die sterk in het (iets recentere) verleden geworteld is, en waarbij er sprake is van een groep burgers die de lasten draagt van een voor velen elders in het land economisch voordelige en nuttige activiteit, ligt de kwestie van de Groningse gaswinning en de daaruit voortvloeiende aardbevingen en dus zaaks- en vermogensschade voor die Oost-Groningers die in het gaswinningsgebied wonen. In die kwestie zijn de eerste vonnissen inmiddels geveld. Daaruit volgt meteen het belang van die zaken.

a) Zo blijkt dat er naast de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) als mijnbouwexploitant in de zin van artikel 6:177 BW nog een tweede exploitant (en dus risicoaansprakelijke partij) is aan te wijzen, namelijk EBN, zo blijkt uit een vonnis van 5 oktober 2016.¹⁷ Die BV, EBN, is een 100% staatsbedrijf en rechtsopvolger van DSM Aardgas, een dochter van DSM, voorheen NV Nederlandse Staatsmijnen, het bedrijf dat de Limburgse kolenmijnen exploiteerde toen die nog in bedrijf waren. Die nieuw toegekende hoedanigheid is gebaseerd op artikel 6:177, lid 2 sub b BW (te weten: de persoon die een mijnbouwwerk aanlegt of gebruikt zonder vergunninghouder te zijn). De rechtbank constateert, mede gegrond op uitlatingen in de parlementaire geschiedenis, dat

¹⁵ Toekenning van een forfaitair bedrag van € 20.000 zoals in de zaak-*Rawagedeh* is niet aan de orde, aldus de rechtbank.

¹⁶ Zie daartoe Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:700 (Zuid-Sulawesi II), waarbij onder andere een deskundigenoordeel werd ingewacht.

¹⁷ Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL: RBNNE:2016:4402 (X./NAM & EBN), r.ov. 4.4-4.11.

- gegeven de geschiedenis en de bedrijfsstructuur die voor de gaswinning in Groningen gekozen is – te kort: de NAM en EBN werken zelfstandig samen in de Maatschap Groningen, zij bepalen daarbij samen het beleid en dragen samen het economisch belang – EBN mede-eigenaar van de mijnbouwwerken is geworden en dat EBN in die hoedanigheid in beginsel ook medegebruiker is daarvan.
- b) Ook is duidelijk geworden dat de lopende wetgevingsperikelen en politieke discussies rondom het (alsnog) introduceren van een bewijsvermoeden ten gunste van de slachtoffers¹⁸ met een korrel zout te nemen zijn als het om het direct juridische belang daarvan – dus los van de politieke lading – voor de slachtoffers gaat, omdat de rechter in een concreet geschil natuurlijk ook zonder wetwijziging al een feitelijk vermoeden kon en kan aanvaarden; dat is staande praktijk in het bewijsrecht, en volgens dit vonnis is de rechter ook bereid dat te doen.¹⁹
- Bovendien is gebleken dat er qua schadeposten en schadebegroting geldt:
- c) dat de woning, mits in waarde verminderd, nog niet daadwerkelijk fysiek beschadigd hoeft te zijn om via abstracte schadeberekening tot een schadevergoeding te kunnen komen²⁰, en
- d) dat verkoop van de woning alvorens tot een uitkering overgegaan kan worden, daarbij niet vereist kan worden van de gedupeerden, omdat de schade (de verminderde vermogenspositie) nu al wordt geleden.²¹

D. CONCRETER, EN VANUIT BELGIË NOG DICHTER BIJ HUIS: LIMBURG

13. Hierboven werden de Nederlands-Limburgse mijnen al kort genoemd. Ongetwijfeld mede aangezwengeld door de discussie in Groningen is ook in het zuiden van Nederland weer enige commotie ontstaan over (vermeende) schade aan woningen door mijnbouwactiviteiten, in dit geval de steenkolenmijnbouw.²²

¹⁸ Het ligt inmiddels bij de Eerste Kamer, zie *Kamerstukken I*, 2016/17, 34 390, nr. G. Deze wetwijziging komt er (waarschijnlijk) na de nodige weerstand van de minister, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 32 849, nr. 37. Zie nader o.a. R.D. LUBACH, “Aardbevingsschade en het aansprakelijkheidsrecht”, *MvV* 2016, 62 e.v., met verdere verwijzingen, J.M. VAN DUNNÉ, “De wet bewijsvermoeden, gaswinning Groning, laatste bedrijf”, *NJB* 2016, 2975 e.v., alsmede in iets breder verband H.J. SNIJDERS, “Bewijsvermoedens nader beschouwd”, *NJB* 2015/1902, 2664 e.v.

¹⁹ Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4402 (X./NAM & EBN), r.ov. 4.18. Eveneens terughoudend t.a.v. het belang van het bewijsvermoeden is R.D. LUBACH, *supra* noot 19, 67.

²⁰ Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, r.ov. 4.4.12. Zie m.n. R. RIJNHOUT, “Aardgas en aansprakelijkheid”, *NTBR* 2016, alsmede R.D. LUBACH, *supra* noot 19.

²¹ Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, r.ov. 4.4.14.

²² Lees in dit verband vooral het ontluisterende en fraaie boek *Het Geluk van Limburg* van Marcia LUYTEN, Amsterdam, De Bezige Bij, 2015.

Al het voorgaande kan daar dus wellicht ook van belang zijn, al is de situatie niet een-op-een hetzelfde natuurlijk en is de nieuwe mijnbouwwetgeving (het bewijsvermoeden) uitdrukkelijk beperkt tot Groningen, hetgeen minst genomen opmerkelijk is omdat dit een stuk 'regionaal privaatrecht' invoert. Het Ministerie van Economische Zaken heeft dienaangaande een advies ingewonnen (bij de Utrechtse onderzoeksgroep Ucall) waarin gevraagd is de juridische stand van zaken waar het gaat om claims wegens mijnbouwactiviteiten in Limburg te beschrijven in het licht van de vergoedingsregelingen in België en Duitsland (waar de kolenmijnen langer open zijn gebleven).²³ Het vestigen van aansprakelijkheid blijkt (ook) hier, gegeven de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:177 BW, niet de meest bezwaarlijke kwestie; dat is de verjaringskwestie. In beginsel is een claim gebaseerd op schade door mijnbouwactiviteiten immers verjaard (de Nederlandse mijnen zijn uiterlijk in 1974 gesloten), omdat de absolute termijn van 30 jaar verlopen is (art. 3:310, lid 1 en 2 BW), tenzij een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat is op zich natuurlijk een mogelijkheid – het asbestdossier bewijst dat²⁴ – net als de omgang met de schade door de 'politieacties' in Indonesië, zoals besproken in nr. 9 e.v., maar evident is die route niet.²⁵ Wat echter wat mij betreft wel evident is, is dat het niet zomaar te accepteren valt, zeker in het licht van de tegemoetkomingen die er inmiddels richting Groningen zijn uitgegaan, dat *als* er nu nog schade op zou treden aan Limburgse woningen door verzakkingen gerelateerd aan de mijnbouw van toen, dat de slachtoffers daarvan zelf de schade zouden moeten dragen. De economische voorspoed door de Groningse gaswinning die sinds medio jaren '60 onze welvaart stutte, en waar de Groningers nu de wrange vruchten van plukken, werd voordien immers gevonden, met eveneens nogal wat wrange vruchten, inclusief bodemverzakkingen, bij de steenkoolwinning in Zuid-Limburg.

²³ Het Ucall-rapport is naar de Kamer gezonden als bijlage bij *Kamerstukken II*, 2015/16, 32 849, nr. 77, en inmiddels verschenen als deel 9 in de *Ucall*-reeks, zie E. BAUW e.a., *Rechtsvergelijkend onderzoek naar de vergoeding van schade als gevolg van (voormalige) steenkoolwinning in Nederland, België en Duitsland*, Den Haag, BJu, 2016.

²⁴ Zie bv. E. DE KEZEL, *Asbest, veiligheid en gezondheid*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 219 e.v.

²⁵ De *Van Hese/De Schelde*-zaak (HR 28 april 2000, NJ 2000/430) laat zien dat die uitzondering mogelijk kan zijn, gegeven de dan uit te voeren weging van een aantal factoren, als iemands rechtsvordering al verjaard blijkt te zijn voordat die ontstaan is, omdat de vordering al die tijd naar haar aard verborgen is gebleven, zoals de asbestziekte mesothelioom met zijn incubatietijd van vaak meer dan 30 jaar. In het Ucall-rapport (E. BAUW, *supra* noot 24) wordt dit besproken (op p. 68-71), doch er wordt ook nog wel opgemerkt dat pas in 1994 de pompen voor het reguleren van de grondwaterstand zijn stopgezet. Die pompen werden op Nederlands grondgebied tot 1994 in werking gehouden om de tot dan plaatsvindende steenkoolwinning in Duitsland mogelijk te maken. Dat gegeven heeft mogelijk nog gevolgen voor het verjaringsverweer, in elk geval ten aanzien van een aantal wellicht al lopende claims (ingesteld voor 2014).

E. TUSSENDOR: RAMPENFONDSEN ALS WENKEND ALTERNATIEF?

14. Sprekend over historisch onrecht in deze setting, gaan de gedachten al gauw uit naar de mogelijkheid van het instellen van een rampenfonds of een schadefonds als vehikel om (toch) aan (snelle, efficiënte) vergoedingen of tegemoetkomingen van de slachtoffers te komen. In Groningen gebeurt dat in wezen al, waar de schadeafwikkeling sinds januari 2015 wordt afgehandeld door het Centrum Veilig Wonen (CVW) in plaats van de NAM zelf, als aangesproken partij, daarbij (bemiddelend) bijgestaan door de Nationaal Coördinator Groningen (NCG) waar nodig.²⁶ VAN DE BUNT bespreekt de thematiek van het rampenfonds uitvoerig in haar Leidse proefschrift en analyseert in het bijzonder de schadeafwikkeling na de Legionella-affaire, de Vuurwerkcramp, de dijkdoorbraak in Wilnis en via het fonds voor asbestslachtoffers, om vervolgens te pleiten voor een structureel rampenfonds²⁷, terwijl ENGELHARD en RIJNHOUT kort daarvoor de vraag onderzochten of het mogelijk zou moeten worden gemaakt, en zo ja, hoe dan, om bij een bestaande variant op een dergelijk rampenfonds, de tegemoetkomingsregeling van de Wet Tegemoetkoming Schade bij Rampen (WTS), ook tot uitkeringen in verband met geleden letselschade te komen, waar die regeling nu nog alleen zaakschade omvat.²⁸ De wetgever heeft intussen met die aanbevelingen nog niets gedaan.

F. CONCRETER WEER, DICHT BIJ HUIS MAAR OOK VER WEG: DE *URGENDA*-UITSPRAAK

15. Een laatste hier te bespreken vorm van historisch onrecht (althans: historisch onrecht dat *as we speak* in de maak is) betreft de ook door SPIER veelvuldig genoemde (en via de zogenoemde 'Oslo Principles'²⁹ ook juridisch aangekaarte) kwestie van klimaatverandering en de daaraan gerelateerde klimaatschade. De vraag of het aansprakelijkheidsrecht 'iets' kan of moet doen met de gevolgen van de opwarming van de aarde is in het bijzonder naar voren gekomen in de meest besproken (civiele) Nederlandse rechtszaak van pakweg deze eeuw, te weten de *Urgenda*-zaak, zoals

²⁶ Vgl. R.D. LUBACH, *supra* noot 19, 67; *Kamerstukken II* 2014/15, 32 849, nr. 37, p. 1-2, en *Kamerstukken II*, 2015/16, 33 529, nr. 248, over de relatie tussen NAM en NCG.

²⁷ J.E. VAN DER BUNT, *Het rampenfonds*, Deventer, Kluwer, 2016. Zie overigens ook nog B. BARENTSEN & J. VAN DE BUNT, "Een vergoeding voor chroom VI-slachtoffers bij Defensie", *NJB* 2016/2219, 3166-3174.

²⁸ Zie E. ENGELHARD en R. RIJNHOUT, *Een regeling voor personenschade door rampen*, Den Haag, Bju, 2015 (*Ucall reeks* deel 4).

²⁹ Zie EXPERT GROUP ON GLOBAL CLIMATE OBLIGATIONS, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, Den Haag, Eleven Publishing, 2015, en daarover J.L.R.A. HUYDECOPER, "De 'Oslo Principles' en verder", *MenR* 2016/60; I. GIESEN, "Van Tilburg via Wenen naar Oslo" in M. FAURE & T. HARTLIEF (eds.), *De Spierbundel*, Deventer, Kluwer, 2016, 35-68.

beslist door de Rechtbank Den Haag.³⁰ Deze zaak is ook voor de Belgische aansprakelijkheidsjurist van groot gewicht, omdat hier eenzelfde soort claim in voorbereiding is³¹, en eenzelfde soort argumentatie wellicht denkbaar zou zijn.

16. In die *Urgenda*-zaak³² wordt, sterk samengevat, beslist, door middel van het verlenen van het daartoe gevraagde bevel, dat de Nederlandse regering het bestaande milieubeleid moet aanpassen omdat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, aangezien dat huidige klimaatbeleid te weinig reductie van de uitstoot van broeikasgassen (CO₂) bereikt in 2020 (namelijk 17%) om de opwarming van de aarde op langere termijn enigszins onder controle te kunnen houden en de doelstellingen op dat vlak te halen (daarvoor is een CO₂-reductie van minimaal 25% nodig, doch liever 40%). De grondslag voor die rechtsplicht en het daaraan gekoppelde bevel wordt gevonden in de norm voor onrechtmatig handelen uit artikel 6:162, lid 2 BW: ‘handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt’, zoals nader ingevuld door de gevaarzettingsleer uit het beroemde *Kelderluik*-arrest.³³ Opmerkelijk daarbij is dat de rechtsplicht (zorgplicht) die de Staat geschonden heeft, via de afweging van factoren die de gevaarzettingsleer biedt, ‘verrijkt’ of ten minste aangevuld wordt door (de strekking van) diverse internationaalrechtelijke en Europese normen daarin mee te wegen en deze dus te incorporeren.³⁴

³⁰ Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 (*Urgenda*/Staat). Ook voor deze uitspraak was er al een debat gaande over deze kwestie, zie T.J. THURLINGS, “Aansprakelijkheid en klimaatverandering: de Nederlandse Staat handelt niet onrechtmatig”, *AV&S* 2014/19; J.M. VAN DEN BERG en R.H.J. COX, “Is de Staat aansprakelijk voor klimaatverandering?”, *AV&S* 2014/2, welke ook een ethische kant heeft (zie G. Bos e.a., “Klimaatverandering als ethische kwestie”, Ethische annotatie #1, www.uu.nl/onderzoek/ethiek-instituut) en een Unierechtelijke zijde (aldus T.J. THURLINGS, t.a.p., waarover A. DE VRIES-STOTIJN & J. SOMSEN, “De *Urgenda*-uitspraak: geen schending van EU-recht”, *AV&S* 2016/29, met verdere verwijzingen in noot 7 op pagina 149).

³¹ Zie <http://klimaatzaak.eu/nl/>. De zaak is gelinkt aan Nederland via banden met *Urgenda*'s advocaat.

³² Overige vormen van overheidsaansprakelijkheid zoals diverse aspecten van de besluitaansprakelijkheid, ook ten opzichte van ‘derden’, zie o.a. HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/291 (Hengelo) en HR 8 juli 2016, *NJ* 2016/326 (Noordoostpolder), en de aansprakelijkheid jegens de overheid als deze aan kostenverhaal wil doen, zie HR 10 juli 2015, *NJ* 2015/441 (Qubio) en HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278; AB 2016/394 (Staat/Neerijnen), blijven buiten beschouwing. Zie nader bv. A. BOORSMA e.a., “Kroniek Algemeen Bestuursrecht”, *NJB* 2016, 2544-2545, en T.F.E. Tjong Tjin Tai, “Kroniek van het algemeen vermogensrecht”, *NJB* 2016, 2518. Over de aansprakelijkheid van semipublieke instellingen, zie N. JAK, “Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning”, *NTB* 2016/8, 56-65.

³³ Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966//136 (*Kelderluik*) en Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 (*Urgenda*/Staat), r.ov. 4.53 e.v.

³⁴ Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 (*Urgenda*/Staat), r.ov. 4.43 e.v. Dat werd deels slecht ontvangen, zie o.a. L. BERGKAMP, “Het Haagse klimaatvonnis”, *NJB* 2016, 2278-2288 en “Onrechtmatige gevaarstelling 4.0”, *TGMA* 2016/1, doch deels als verdedigbaar, zie Chr.H. VAN DIJK, “Opwarming van de Aarde en de *Kelderluik*criteria”, *MenR* 2016, 279-285, en deels als onvermijdelijk in de gelaagde rechtsorde gezien, zie o.a. R. VAN GESTEL en M. LOTH, “*Urgenda*: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0”, *NJB* 2015, 2598-

17. Evenzeer opmerkelijk is dat de traditionele scheiding der machten (gaat de rechter hier niet het beleid van de regering bepalen en daarmee op de stoel van de wetgever plaatsnemen?) niet als doorslaggevend argument tegen het verlenen van het gevorderde bevel werd gezien door de Rechtbank.³⁵ Dat heeft sommigen verrast, en heeft anderen juist aanleiding gegeven om te bepleiten meer afstand van dergelijke (ver)oude(rde) dogma's te nemen; in elk geval is er in ruime mate over gediscussieerd.³⁶ Intussen is hoger beroep ingesteld en dus is het afwachten of deze uitspraak in stand zal blijven; dat is nu nog niet te voorspellen.³⁷ Wel laat zich voorspellen dat deze uitspraak, wat het hoger beroep ook brengt, nog gedurende langere tijd de nodige effecten zal hebben³⁸, omdat met dit vonnis is gebleken, nu al, dat de rechterlijke macht (in Nederland, maar waarom niet ook in België?) een belangrijke rol kan spelen in dit type zaken, dossiers die in feite de vraag betreffen hoe en door wie bepaalde maatschappelijke problemen gereguleerd moeten worden. En zo is meteen de link naar het volgende thema gelegd.

III. AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT EN REGULERINGSVRAAGSTUKKEN

18. De *Urgenda*-zaak is naast al het voorgaande immers ook nog eens een schoolvoorbeeld van een zaak waarin enkele lastige reguleringsvragen rijzen, en waarin vervolgens het aansprakelijkheidsrecht in (harde) aanraking komt met die reguleringsvraagstukken, in die zin dat in dit type zaak van de civiele rechter gevraagd wordt om, over de band van het aansprakelijkheidsrecht – eventueel in combinatie met een in te roepen mensenrecht³⁹ – via een bevel of verbodsactie, een maatschap-

2605, en R. VAN GESTEL en M. LOTH, "Naschrift. Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde", *NJB* 2016, 194-195; R. ORTLEP, "De Urgenda-uitspraak: wetgever en regering onder verscherpt rechterlijk toezicht", *Montaigne Blog* (via <http://blog.montaigne.com>). Zie ook nog S. FIKKERS, "Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties", *NJB* 2015, 2289-2293 en E.R. DE JONG, "Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?", *NTBR* 2015, 319-326.

³⁵ Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, *AB* 2015/336 (Urgenda/Staat), r.ov. 4.94 e.v.

³⁶ Zie o.a. R. SCHUTGENS, "Urgenda en de Trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter", *NJB* 2015, 2270-2277; R. VAN GESTEL en M. LOTH, *supra* noot 35; G. BOOGAARD, "Urgenda en de rol van de rechter", *AA* 2016, 26-33; A.G. CASTERMANS, "Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik", *AA* 2016, 34-40; R. ORTLEP, *supra* noot 35.

³⁷ Zie inzake het hoger beroep *Kamerstukken II*, 2014/15, 32 813, nr. 103, en *Kamerstukken II*, 2015/16, nr. 121. De oud-A-G bij de Hoge Raad, J.L.R.A. HUYDECOPER *supra* noot 30, spreekt expliciet de hoop uit dat de uitspraak in stand blijft.

³⁸ Ook omdat inmiddels soortgelijke zaken (over luchtkwaliteit) aanhangig worden gemaakt, bv. door Milieudefensie, zie de voortgang van die zaak via <https://milieudefensie.nl/duurzaam-doordestad/nieuws/staat-schuift-probleem-luchtvervuiling-af-op-gemeenten-en-provincies>.

³⁹ Zo werd bv. in HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (NFE/Staat) een beroep gedaan op art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (recht op eigendom) om de Wet verbod pelsdierhouderij onverbindend verklaard te krijgen.

pelijk probleem dat niet (of onbevredigend) op andere (wetgevende of beleidsmatige) weg tot een oplossing is gekomen, te reguleren. In het *Urgenda*-geval gaat het dan niet om een gebrek aan overheidsregulering van de beleidsmakers en de wetgever, maar – en dat is extra bijzonder – om vervanging en aanvulling (beter: aanscherping) van dat beleid en de regels. Er zijn echter ook andere voorbeelden te geven van onderwerpen en terreinen waarop van het aansprakelijkheidsrecht expliciet gevraagd wordt (mede) een regulerende functie te vervullen.⁴⁰

19. Een dergelijk voorbeeld, hoewel minder succesrijk dan *Urgenda*⁴¹, is de zaak *X/Staat* inzake de asbestregulering. De eiser, een mesotheliomslachtoffer, kan zijn failliete werkgever niet meer aanspreken, doch spreekt wel (daarom) de Staat aan wegens onrechtmatig handelen, bestaande uit onder andere een regelgevingsfalen, hieruit bestaande dat het algemene verbod op asbest door het Asbestbesluit (uit 1993) te laat en vertraagd is ingevoerd. Die vorm van regulering (en de tijdsplanning ervan) wordt dus expliciet ter discussie gesteld. Gegeven de terughoudendheid die de rechter hier past en die deze zelf ook vooropstelt omdat de Staat ruime beleidsvrijheid toekomt ter zake van de inhoud en vorm van regelgeving, verbaast het niet dat het Hof Den Haag de vordering (ook op dit punt) afwijst.⁴² Niettemin had in het licht van de *Urgenda*-zaak een minder terughoudende opstellingen ook niet hoeven verbazen. Of zien we hier een voorproefje van hoe het Hof Den Haag het hoger beroep in de *Urgenda*-zaak gaat afwickelen?

20. Het voorgaande laat zien dat de combinatie van reguleringsvragen en aansprakelijkheidsrecht diverse (nieuwe) vragen oproept⁴³; daarmee wordt dus

⁴⁰ Impliciet reguleert het aansprakelijkheidsrecht altijd al, namelijk door vast te stellen welke zorgplichten (normen) er wel of niet gelden in bepaalde gevaltypen, en dusdoende te bepalen wat wel en niet mag. Het hier besproken fenomeen ziet op een veel explicieter, bewuster, doelmatiger gebruik van dit gevolg van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Ik verwijs in dit verband ook naar de bijdrage van I. BOONE aan deze bundel, die de regulerende functie van het aansprakelijkheidsrecht binnen het familierecht laat zien. Kritisch over deze vorm van regulering is L. BERGKAMP, “Onrechtmatige gevaarzetting 4.0”, *TGMA* 2016/1.

⁴¹ Minder succesrijk was ook de kwestie of onderwijs in de Turkse taal bekostigd moet blijven worden door de overheid, zie HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2341. Dat de nieuwe wettelijke en beleidslijn (geen bekostiging) is strijd zou zijn met de vrijheid van onderwijs (art. 2 Eerste Protocol bij het EVRM) en dus onrechtmatig, is niet gebleken. Ook de studenten die zich verzetten tegen een verhoging van hun collegegeld vingen bot; zij hadden (collectief) de bestuursrechter moeten adieren, zie HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049; *AB* 2016/268 (Collectieve Actie Universiteiten). Ik wijs ook nog op de eveneens afgewezen vordering van de Stichting Rookpreventie Jeugd die de nauwe banden tussen de tabaksindustrie en de overheid wilde verbreken, zie Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746 (Rookpreventie Jeugd/Staat), en nader B. TOEBES, “Tabakszaak tegen Nederland”, *NJB* 2015, 2606-2611.

⁴² Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:25 (*X./Staat*), r.ov. 3.2-3.5. Vgl. ook reeds W.H. VAN BOOM en I. GIESEN, “Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen”, *NJB* 2001, 1675-1685.

⁴³ Mits de klager ontvankelijk is, hetgeen niet zo is als er een ‘met voldoende waarborgen’ omgeven bestuursrechtelijke rechtsgang open staat, zie Rb. Den Haag 12 oktober 2016,

tevens een nieuw onderzoeksveld binnen het aansprakelijkheidsrecht blootgelegd. We hebben het dan bijvoorbeeld over onderzoek naar (de mogelijkheden van) ‘public interest litigation’, over regulering van technologische risico’s (via het aansprakelijkheidsrecht) en ‘judge made risk regulation’, alsmede over de vaak lastige omgang met de macro-effecten⁴⁴ bij de rechterlijke rechtsvorming.⁴⁵

21. Nog niet genoemd, maar wel nauw hierbij aansluitend is er dan nog het brede en steeds verder uitdijende vraagstuk van het (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen en de rol van het aansprakelijkheidsrecht daarin. Kort gezegd gaat het hierom dat steeds meer personen en organisaties (ngo’s) in de rijke westerse landen zich zorgen maken over het leefmilieu, de mensenrechten en de arbeidsomstandigheden elders in de wereld, in lagelonenlanden voornamelijk, voor de mensen daar die tegen minimaal loon onze welvaartsproducten produceren (denk aan kleding, smartphones etc.). Aldus rijst de vraag of multinationals, zoals de grote oliebedrijven, de grote kledingmerken, hier in het Westen, de thuisbasis van die multinationals, aangesproken kunnen worden door de slachtoffers van bijvoorbeeld mensenrechtenschendingen of beroerde arbeidsomstandigheden in hun thuislanden, hoewel die schendingen op het conto komen van dochterondernemingen en onderaannemers. Dat is een lastig reguleringsvraagstuk omdat in die thuislanden er veelal geen daadwerkelijke ‘access to justice’ is te verkrijgen voor de slachtoffers, terwijl er aan het instellen van procedures in het Westen grote vraagtekens kleven, zoals (ipr-)vragen van rechtsmacht en toepasselijk recht, evenals de vraag of het aansprakelijkheidsrecht wel (het meest) geschikt en in staat is om dit type zaken af te wikkelen, mede vanwege de extraterritorialiteit van die claims (waardoor bijvoorbeeld het strafrecht als regulerend mechanisme veel van zijn potentie verliest).

22. Er is veel meer over te zeggen en over te doen dan ik hier kwijt kan, maar één van de specifieke kwesties die speelt, is in hoeverre er op westerse bedrijven civielrechtelijke zorgplichten rusten met betrekking tot hun omgang met mens en milieu elders. ENNEKING e.a.⁴⁶ concludeerden in een breed opgezette, empirisch-rechtsvergelijkende studie dat hoewel veel van de bestaande normen geënt zijn op vrijwilligheid van de deelnemende bedrijven (soft law; zelfregulering) en de bestaande internationale normen (denk aan de *UN Guiding Principles*, het zgn. ‘Ruggie Frame-

ECLI:NL:RBDHA:2016:14947 (Comité N65 Ondergronds Helvoirt/Staat).

⁴⁴ L. CORNELIS spreekt in dit verband elders in deze bundel over het ‘samenlevingsbelang’.

⁴⁵ Zie L. ENNEKING en E.R. DE JONG, “Regulering van onzekere risico’s via public interest litigation?”, *NJB* 2014/23, 1542-1551; E.R. DE JONG, *Voorzorgsverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico’s* (diss. Utrecht), *Ucall-reeks* nummer 5, Den Haag, BJu, 2016; E.R. DE JONG, “Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico’s”, *AA* 2015, 872-881; E.R. DE JONG, “Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?”, *NTBR* 2015, 319-326, resp. E.R. DE JONG, “De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten” in T. HARTLIEF en M.G. FAURE (eds.), *De Spier-bundel*, Deventer, Kluwer, 2016, 51-67.

⁴⁶ Zie L.F.H. ENNEKING e.a., *supra* noot 13.

work’) meestal niet als bindend worden geafficheerd, er inmiddels wel degelijk zorgplichten te ontwaren zijn⁴⁷ en dat het aansprakelijkheidsrecht via de civiele rechter hier dus op zichzelf regulerend zou kunnen optreden.⁴⁸ Dat is potentieel belangrijk in die landen waar de overheden, zoals de Nederlandse overheid, vaak minder daadkrachtig (kunnen of wensen te) zijn omdat ze de gevolgen vrezen voor het economisch klimaat (men wil de desbetreffende multinationals niet weggagen).⁴⁹

23. Meer ‘dichter-bij-huis’ en traditionelere reguleringsvraagstukken (in de zin van: welke regels krijgen voorrang?) speelden overigens ook de afgelopen jaren, en deze stonden bovendien in direct verband met het aansprakelijkheidsrecht. Zo moest de Hoge Raad zich uitspreken over de omvang van de bevoegdheid om formele wetgeving te toetsen aan ieder verbindt verdragsrecht (en Unierecht) in de zin van artikel 94 Grondwet (Gw). Die bevoegdheid is er, en als die toets negatief uitvalt in die zin dat een wettelijke bepaling in strijd is met zulk hoger recht, dan blijft die bepaling buiten toepassing én is het uitvaardigen en handhaven daarvan een (toerekenbare) onrechtmatige daad. Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw doet daaraan niet af, want dat ziet (enkel) op toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet en de fundamentele rechtsbeginselen. Deze regels zien bovendien ook op de gevallen van strijd met rechtstreeks werkend Unierecht en de te late of onjuiste implementatie van richtlijnen.⁵⁰

IV. COLLECTIEVE (SCHADEVERGOEDINGS)ACTIES

24. Als een beroep wordt gedaan op het aansprakelijkheidsrecht om een reguleringsvraagstuk te ‘tacklen’, om tot beleid of wetgeving te geraken of daar juist vanaf te raken, gebeurt dat geregeld in de vorm van een collectieve actie.⁵¹ De

⁴⁷ “Op ondernemingen rust een zelfstandige verantwoordelijkheid om zoveel mogelijk te voorkomen dat hun activiteiten negatieve gevolgen hebben voor de mensenrechten van derden en om eventuele schendingen te verhelpen.”, aldus L.F.H. ENNEKING e.a., *supra* noot 13, 41 (samenvatting) en 659. Daarbij gelden wel de nodige praktische en procedurele drempels (t.a.p.).

⁴⁸ Zie in dit verband ook de uitspraken van de Rechtbank Den Haag inzake de claims van enkele Nigeriaanse boeren en Milieudefensie tegen Shell, en met name Rb. Den Haag 30 december 2009, ECLI:NL:RBDHA:2009:BY9854 (Olielekkage Ikot Ada Udo), waarover L.F.H. ENNEKING e.a., *supra* noot 13, 99 e.v.

⁴⁹ L.F.H. ENNEKING e.a., *supra* noot 13, laat zien dat die vrees niet al te sterk hoeft te zijn.

⁵⁰ Zie HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722; AB 2016/30 nt. WIDDERSHOVEN (Staat/Habing), met instructieve noot van R.J.B. SCHUTGENS, “Gemiste vakantie en een lesje staatsrecht van de Hoge Raad”, *Ars Aequi* 2016, 371 e.v. In deze gevallen is de aloude regel dat met de onrechtmatigheid ook de toerekening aan de Staat in beginsel is gegeven, eveneens van toepassing, maar daarop is een uitzondering mogelijk, aldus de Hoge Raad (die de bestaande duidelijke lijnen compliceert, aldus WIDDERSHOVEN in diens AB-noot). Zie over de verhouding nationaal versus internationaal recht ook nog HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (NFE/Staat), r.ov. 3.3.3.

⁵¹ Die actie wordt uiteraard ook nog steeds ‘gewoon’ ingezet om tot een verklaring voor recht te komen die dan tot schadevergoeding voor de betrokken individuen kan leiden, en dus zonder ‘bijbedoelingen’ om enig beleid te wijzigen; recente voorbeelden zijn HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (Staatsloterij), waarin beslist is dat de Staatsloterij misleidende

mogelijkheden die een wettelijk systeem biedt voor collectieve acties – en dat verschilt van stelsel tot stelsel – zijn dus wezenlijk, ook voor het (materiële) aansprakelijkheidsrecht. En dat betekent automatisch dat ook de regels van rechtspleging, van burgerlijk procesrecht, zeer belangrijk zijn als context voor de stand van zaken en de veranderingen in het aansprakelijkheidsrecht. De samenhang en mogelijk soms zelfs versmelting van die twee rechtsgebieden is dus evenzeer wezenlijk; het aansprakelijkheidsrecht is mede ingebed in het burgerlijk procesrecht, inclusief het bewijsrecht.⁵²

25. De samenhang tussen rechtspleging en aansprakelijkheid is van oudsher al bijzonder groot op het vlak van de collectieve acties, een terrein waarop overigens al tientallen jaren het nodige gebeurt, en juist daar is recent ‘een stevig nieuw begin’ gemaakt, zo te zeggen, overigens na een in feite mislukte eerdere poging daartoe via een voorontwerp van wet.⁵³ De Nederlandse regering heeft namelijk op 15 november 2016 een wetsvoorstel geopenbaard dat de regeling van de collectieve actie in Nederland fundamenteel gaat herzien.⁵⁴ Hoezo fundamenteel? Ten eerste doordat de aloude belemmering dat er via zo’n actie geen schadevergoeding maar ‘slechts’ een verklaring voor recht (plus bevel of verbod) geclaimd kan worden (zie nu nog art. 3:305a, lid 2 BW) zal worden opgeheven: er komt één gelijk regime voor alle types collectieve acties; collectief schadeverhaal wordt dus toegestaan. Dat is overigens een breed en lang gekoesterde wens⁵⁵, en dus geen verrassende wending van de wetgever; het probleem zat hem echter hierin hoe deze mogelijkheid te stroomlijnen als voor schadevergoedingen wel nog steeds individuele feiten (ten aanzien van kwesties als schade en causaliteit) nodig zijn. Door te werken met vormen van ‘damage scheduling’ (categorieën van types schade en bijhorende bedragen) zoals bij de regeling van de Wet collectieve afwikkeling

informatie heeft verstrekt; HR 27 november 2015, NJ 2016/245 (Gedupeerde Beleggers/ABN AMRO), waarin bepaald is dat de bank een zorgplicht heeft bij ongebruikelijk betalingsverkeer op rekeningen van een cliënt (om zo een Ponzi-zwandel te onderkennen); HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2213 (Fortis Effect/Staat), alsmede de noot van D. BUSCH, “Het Europese effectiviteitsbeginsel effectief omzeild?”, *Ars Aequi* 2016, 867 e.v., waarin bepaald werd dat de Staat geen misleidende informatie verspreid heeft rondom de aanvankelijke steunactie voor en daarna de overname van de Fortis bank.

⁵² Die samenhang is ook te zien bij de regeling van de deelgeschillen in art. 1019w e.v. Rv, waarover M. WESSELINK, *De Deelgeschilprocedure. Kan procederen onderhandelen stimuleren?* (diss. UvA), Den Haag, BJu, 2016. Voor een voorbeeld uit de rechterlijke praktijk, zie Hof Den Bosch in de zaak *Reaal/Deventer* (Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022): de zgn. ‘aanvullende stelplicht’ wordt nader ingevuld op een wijze die tot aansprakelijkheid van de gemeente als wegbeheerder leidt.

⁵³ Een eerder geopenbaard en in consultatie gegeven voorontwerp werd vrij massaal aangevalen als te complex, ineffectief en inefficiënt; dat voorontwerp is dan ook vrijwel geheel herzien, zie voor een overzicht J.M.L. VAN DUIN en R.S.I. LAWANT, “Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of een brug te ver?”, *TCR* 2015, 7 e.v.

⁵⁴ Zie *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 608, nrs. 1-4.

⁵⁵ Zie m.n. de motie-Dijkzma, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 000, XIII, 14.

massaschade (WCAM; art. 7:907 e.v. BW) al gebeurd is, is dit – zo is nu het gevoelen – te ondervangen.⁵⁶

26. Een tweede vernieuwing is dat de eisen aan zgn. ‘claimstichtingen’ (rechtspersonen die zijn opgericht met als (enig) doel collectieve acties te faciliteren) zijn aangescherpt. Zeker gesteld moet worden dat de stichting of vereniging die een rechtsvordering instelt tot bescherming van een belang van een groep gedupeerden, die belangen ook inderdaad afdoende waarborgen kan en zal, en niet enkel of vooral is gericht op het eigen gewin van de personen achter de stichting.⁵⁷ Artikel 3:305a, lid 2 nieuw BW verlangt daarom o.a. een versterkte governance-structuur via een toezichthoudend orgaan, deelname aan de besluitvorming binnen de rechtspersoon door personen wier belang op het spel staat, voldoende financiële middelen, algemene toegankelijke informatie over het reilen en zeilen van de rechtspersoon, alsmede voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het voeren van dit soort procedures. Ook wordt vereist dat bestuurders geen winstoogmerk hebben en dat er een voldoende nauwe band met Nederland is (om al te ongebreidelde vormen van forum shopping tegen te gaan). Lid 6 van de nieuwe bepaling biedt nog wel een escape voor rechtsvorderingen met een ideëel doel of een zeer beperkt financieel belang: de rechter kan de voorgaande eisen dan naast zich neerleggen en de stichting toch ontvankelijk verklaren.

27. Ten derde wil de wetgever een wildgroei aan collectieve acties tegengaan. Om deze (en aanpalende individuele) acties onderling af te stemmen en om te voorkomen dat meerdere stichtingen naar aanleiding van dezelfde gebeurtenis schade gaan verhalen, komt er bijvoorbeeld een register voor collectieve acties (art. 3:305a, lid 7 nieuw BW), wordt de Rechtbank Amsterdam exclusief bevoegd (art. 1018b nieuw Rv) en is de regel ontwikkeld dat een ‘Exclusieve belangenbehartiger’ wordt aangewezen (vergelijk de Amerikaanse ‘lead plaintiff’) (zie art. 1018c, lid 1 sub e en art. 1018^e nieuw Rv) bij concurrerende collectieve acties. De niet als zodanig aangewezen personen blijven deel uitmaken van de actie, tenzij men (vroegtijdig) kiest voor een ‘opt-out’ (art. 1018f nieuw Rv). Ook wordt nog vroegtijdig getoetst of een collectieve actie in het voorliggende geval wel meerwaarde heeft, efficiënter en effectiever is, als ontvanke-

⁵⁶ Zie art. 1018 i nieuw Rv en *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 3 en p. 5.

⁵⁷ In de feitenrechtspraak is nu reeds eenzelfde tendens (strenger toetsen) waar te nemen, zie Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*Union des Victimes/Trafigura*), waarin de claimende stichting niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat de belangen van de slachtoffers onvoldoende gewaarborgd zijn. Zie ook reeds ECLI:NL:RBOBR:2016:3383 (*Renteswapclaim*), waarin niet-ontvankelijkheid volgt op het oordeel van de Rechtbank dat de structuur van deze claimstichting niet voldoet aan de eisen die de Claimcode stelt, waardoor de nodige waarborgen ontbreken om te voorkomen dat de directeur zijn persoonlijke belang laat prevaleren boven de belangen van de gedupeerden.

lijkheidseis ex artikel 1018c, lid 5 nieuw Rv. Tot slot noem ik nog – maar dat is eigenlijk een belangrijk vertrekpunt – dat de wetgever expliciet inzet op collectieve schikkingen, waarvoor deze nieuwe procedure dan de stok achter de deur is. Zo is de huidige overlegplicht van artikel 3:305, lid 2 BW gehandhaafd (in het nieuwe lid 3 sub 3), wordt er een verplichte pauze ingelast om tot een schikking te komen (art. 1018g nieuw Rv) en wordt geregeld aangesloten bij de bestaande WCAM-regeling die geheel uitgaat van een al bereikte schikking.⁵⁸ Uiteraard is er veel meer te zeggen over deze kersverse regeling, doch omdat dat de komende tijd ook nog wel zal gebeuren⁵⁹, houd ik het voor nu hierbij en keer ik terug naar de uitgangspunten van ons materiële aansprakelijkheidsrecht, de dogmatiek.

V. DOGMATIEK: HOOFDZAKEN IN HET NEDERLANDSE STELSEL⁶⁰

A. INTRODUCTIE: DE NIEUWE LOOT AAN DE STAM VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

28. Er waren de afgelopen jaren geen grote omwentelingen of wendingen te bewonderen op het terrein van de algemene leerstukken van (of beter: de voorwaarden voor) aansprakelijkheid, zoals de (verdere ontwikkeling van de) zorgplichten⁶¹,

⁵⁸ Hetgeen niet wil zeggen dat er geen procedures meer plaatsvinden na een WCAM-schikking. Vooral de Duisenberg-regeling in de Dexia/Aandelenlease-kwestie die in 2007 verbindend is verklaard, heeft daaronder te lijden, zie o.a. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2822 (Värde & Asset Refinance), over een verkeerd verzonden opt-out-verklaring (die dan niet als zodanig telt), HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2825 (Värde), over of de verbindendverklaring ook andere dan schadevergoedingsvorderingen bestrijkt (ja), en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2835 (Värde II), over of de Duisenberg-regeling ook de gevallen omvat waarin de partner van de contractant een beroep op art. 1:89 BW heeft gedaan en Dexia zulks bestreed (ja).

⁵⁹ Zo wezen E. BAUW & T.E. VAN DER LINDEN, "Schone slaapsters. Pleidooi voor een actievere rol van toezichthouders bij collectief schadeverhaal", *NJB* 2016/1652, 2310 e.v., op de veel grotere rol die publieke toezichthouders ex art. 3:305b BW zouden kunnen vervullen.

⁶⁰ De groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 komt hier niet verder aan bod, zie wel HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, *NJ* 2016/194 (Criminele organisatie en art. 6:166 BW) en R.J.B. BOONEKAMP, *Onrechtmatige daad in groepsverband*, 2^e druk, Deventer, Kluwer, 2013.

⁶¹ Wel noem ik hier nog HR 29 mei 2015, *NJ* 2015/267, waarin duidelijk wordt dat de bekende maatstaf voor het bepalen van de zorgplicht in zaken van beroepsaansprakelijkheid ook geldt als het om advies door een advocaat gaat, maar dat in zo'n geval de vraag of de advocaat een waarschuwingsplicht heeft, nader wordt ingekleurd door een aantal omstandigheden waarin men de *Kelderluik*-factoren weer zou kunnen ontwaren (ernst en omvang van het risico, mate van waarschijnlijkheid van realisatie daarvan, bewustzijn van risico bij cliënt). De algemene maatstaf ('redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot') geldt ook als de vordering wordt gericht tegen degene die de opdracht feitelijk uitvoerde, maar niet de contrac-

causaal verband⁶² of de toerekening ex artikel 6:162, lid 3⁶³, anders wellicht dan dat het Nederlandse bestuursrecht na het relativiteitsvereiste nu ook de correctie-Langemeijer heeft aanvaard⁶⁴, dat de ‘als doen te beschouwen gedraging’ uit artikel 6:165 BW ruim moet worden opgevat⁶⁵ en dat het (collectieve) stakingsrecht in de rechtspraak genuanceerd is⁶⁶, maar dat alles valt buiten mijn opdracht.

29. Markant is wel dat inbreuken op het Europese mededingingsrecht straks een ‘eigen’ regeling krijgen in Nederland via een nieuw in te voeren afdeling 6.3.3B in het Burgerlijk Wetboek, in artikel 6:193k e.v. BW, als implementatie van de Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht.⁶⁷ De ‘main feature’ in die regeling is de bepaling dat een kartel (dat inbreuk maakt op de mededinging) vermoed wordt schade te veroorzaken (art. 6:193l nieuw BW), want dat helpt de eisers een stuk verder straks, net als de nieuwe bepaling in artikel 161a nieuw Rv waarin is geregeld dat een besluit van de toezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM) inzake een mededingingsinbreuk het onweerlegbare bewijs van die inbreuk oplevert in een schadevergoedingsprocedure.⁶⁸ Dat is

tuele wederpartij is op grond van art. 6:162. Een ‘ernstig verwijt’ is dan niet nodig, aldus HR 18 september 2015, *NJ* 2016/66 (Breeweg/Weinans en Wijnkamp Advocaten), een arrest dat de gemoederen stevig bezighield.

⁶² Zie echter wel nog HR 19 juni 2015, *NJ* 2016/1 (Zoeterwoude), waarin de theorie van het verlies van een kans als een vorm van schadeberekening wordt toegepast in een geval van overheidsaansprakelijkheid wegens niet-nakoming van een toezegging, aanhakend bij HR 13 februari 1981, *NJ* 1981/456 (Heesch/Reijs). Daarbij wordt aangegeven dat die theorie niet toepasselijk is bij een zeer kleine kans. Zie r.ov. 3.7.2. Vgl. tevens T.F.E. TJONG TJIN TAI, “Schade, causaliteit en schadebegroting”, *WPNR* 7108 (2016), 383-387; R.L.M. COX, “Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies”, *NTBR* 2016, 271-279, en recent nog S. BAEYENS, “De theorie van het verlies van een kans: een rechtsvergelijkende analyse toegepast op zuivere vermogensschade”, *RW* 2016-17, nr. 10, 5 november 2016, 363-378.

⁶³ Daarover ging HR 26 juni 2015, *NJ* 2016/275 (Windpark Zeeland/Delta), waarin de door het Hof aanvaarde schulduitsluitingsgrond (onvoorzienbare wending van de rechtspraak) werd verworpen; de onderliggende onrechtmatige daad dient naar verkeersopvattingen voor rekening van Delta te komen, omdat anders het stelsel van rechtsbescherming teniet zou worden gedaan.

⁶⁴ Zie ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732 op voorspraak van A-G WIDDERSHOVEN, zie diens conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680. Zie verder L.F. WIGGERSRUST, “Ius et Iustitia en de correctie Langemeijer”, *NJB* 2016/1755; A.J. VERHEIJ, “Kan het bestuursrecht iets leren van het civielrechtelijke relativiteitsvereiste?”, *NTB* 2016/22.

⁶⁵ Zie HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/167 (aanrijding met tractor). Het begrip omvat bv. het ‘stelselmatig niet mee willen werken’.

⁶⁶ Zie HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687 (AbvaKabo FNV/Amsta): de voorheen in de rechtspraak vastgelegde spelregels zijn geen voorwaarden voor toelaatbaarheid van een staking maar slechts gezichtspunten bij de beoordeling van die vraag.

⁶⁷ Zie inmiddels *Kamerstukken I*, 2016-2017, 34 490, nr. A, van 24 november 2016. De implementatie moet overigens op 26 december 2016 afgerond zijn. Over de onderliggende richtlijn reeds E.-J. ZIPPRO en R. MEIJER, “Lang verwacht, stil gezwegen, nooit gedacht, toch gekregen”, *MvV* 2015, 114 e.v.

⁶⁸ De nieuwe regels inzake hoofdelijkheid, immuniteit, verjaring en toegang tot bescheiden laat ik onbesproken. Zie o.a. W.H. VAN BOOM, “Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34 490”, *WPNR* 7127 (2016), 949-952.

dan ook opnieuw een voorbeeld van de vervlechting van bewijs en aansprakelijkheid. Daar staat tegenover dat het zogenoemde ‘passing-on’-verweer (te weten: de eiser heeft geen schade geleden, want diens meerkosten ten gevolge van het kartel zijn doorberekend aan diens afnemers) erkend wordt in artikel 6:193p nieuw BW, mits dit wordt bewezen uiteraard. Daarop vooruit lopend heeft de Hoge Raad⁶⁹ dat verweer ook alvast geaccepteerd en het, dogmatisch nogal bijzonder, een plaatsje gegeven onder *ofwel* de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) *ofwel* de concrete schadebegroting (via art. 6:98 BW); er is hier dus een keuze mogelijk, want in beide gevallen is belangrijk (en in zoverre bestaat er dus geen verschil tussen beide routes) welke voor- en nadelen in zodanig verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis staan dat deze redelijkerwijze als gevolg van die gebeurtenis aan de schuldenaar zijn toe te rekenen, aldus de Hoge Raad. Daarmee neemt de Raad in de toekomst mogelijk uiteenlopende ontwikkelingslijnen ten aanzien van beide routes op de koop toe, zo wordt terecht gewaarschuwd door Tjong Tjin Tai.⁷⁰

B. RELATIVITEIT ALS VOER VOOR DISCUSSIE EN DEBAT

30. Geen grote omwentelingen dus, maar wel was er de nodige reuring als het gaat om de relativiteitseis.⁷¹ Die reuring werd dit keer niet veroorzaakt door de Hoge Raad⁷² maar door een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 4 februari 2015 in een zaak betreffende de schietpartij in winkelcentrum De Ridderhof op 9 april 2011 te Alphen aan de Rijn.⁷³ Bij die schietpartij werden zes personen gedood en zestien personen verwond door Tristan van der Vlis, waarna hij zichzelf om het leven bracht. Enkele slachtoffers en nabestaanden van die schietpartij – in Nederland was dat indertijd een zeer betekenisvolle gebeurtenis – spreken de Politieregio Holland Midden aan; inzet van de procedure was de mogelijke aansprakelijkheid van de Politieregio, althans de korpschef, in verband met vermeende fouten bij de verlening van de wapenvergunning aan Van der Vlis. Gegeven diens antecedenten had die vergunning – zo stellen de eisers – niet verleend mogen worden. De rechtbank oordeelt dat de politie in strijd met de wet handelde, maar toch niet aansprakelijk is, en wel vanwege het relativiteitsvereiste. Dat

⁶⁹ Zie HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (Tennet/ABB).

⁷⁰ Terwijl de Hoge Raad zo tevens, subtiel, terugkomt op het omstreden arrest *Vos/TSN* (HR 10 juli 2009, *NJ* 2011/43). Nader over beide aspecten T.F.E. Tjong Tjin Tai, *supra* noot 33, 2517-2518.

⁷¹ Zie met name ook het proefschrift van W. DEN HOLLANDER, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag, BJu, 2016. Ik wijs ook nog op A.J. VERHEIJ, “Relativiteit, causaliteit en gederfde winst door misgelopen klandizie”, *NJB* 2016/946, 1328 e.v.

⁷² HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, raakte wel aan de relativiteitseis (in r.ov. 3.11) maar liet de pennen verder onberoerd.

⁷³ Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBGHA:2015:1061.

was voor sommigen een stevige doorn in het oog, en voor anderen begrijpelijk⁷⁴; de eisers zijn in hoger beroep gegaan en dat beroep loopt nog.

31. Ik was zelf eerder verbijsterd dan verrast door deze uitspraak.⁷⁵ Te kort gezegd: als de Wet Wapens en munitie niet mede strekt tot bescherming van de burger tegen de schadelijke gevolgen van gebruik van vuurwapens door personen die daartoe niet bekwaam zijn en dus geen vergunning hadden moeten krijgen, waartoe dient die dan wel? De rechtbank komt, in lijn met het arrest *Duwbak Linda*⁷⁶, tot haar andere oordeel uit angst voor een ongehoord groot aantal claims, van grote groepen claimanten, tegen de overheid, die daarvoor dan te snel aansprakelijk kan worden gehouden. Maar het is juist de overheid zelf die het in haar macht heeft om die stortvloed aan claims (als de vrees daarvoor feitelijk al gerechtvaardigd is) te voorkomen door de vergunningverlening nauwkeurig en adequaat, op grond van alle beschikbare en relevante informatie, aan te pakken en zo incidenten als in Alphen aan de Rijn te voorkomen. Uiteraard realiseer ik me dat de aansprakelijkheid van de overheid een zogenaamde ‘afgeleide aansprakelijkheid’ is – het was enkel dader Van der V. die de trekker overhaalde – maar dat argument is op zichzelf onvoldoende om aansprakelijkheid af te kunnen wijzen.⁷⁷ Ik meen dan ook te mogen verzuchten dat als dit soort uitspraken gemeengoed worden, we beter af zouden zijn zonder het leerstuk van relativiteit, zoals hier in België.

C. RISICOAANSPRAKELIJKHEDEN: MEDEBEZIT EN LOSLOPENDE KABELS

32. Het terrein van de kwalitatieve of risicoaansprakelijkheden⁷⁸ stond ook de laatste twee jaar behoorlijk stevig in de spotlights, misschien wel meer dan het

⁷⁴ Verbijstering of verbazing overheerste bij T.W. FRANSSEN en D. VAN TILBORG, “De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm”, *O&A* 2015/30, 57 e.v.; L. DI BELLA, “Geen aansprakelijkheid politie voor onterecht verlenen wapenverlof”, *AV&S* 2016/23, 129 e.v.; T. HARTLIEF, “Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht”, *AA* 2015, 924. (Voornamelijk) begrip was er bij R. MEIJER, “Relativiteitsperikelen: Wet wapens en munitie geen schild tegen concrete (vermogens)schade?”, *MvV* 2015, 76 e.v.; W. DEN HOLLANDER, “Fout, maar niet aansprakelijkheid” in R. SCHLÖSSELS e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 101 e.v.

⁷⁵ Over het navolgende publiceerde ik eerder een bijdrage in *WPNR*, zie I. GIESEN, “Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?”, *WPNR* 7055 (2015), 277-279.

⁷⁶ HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (Duwbak Linda).

⁷⁷ Zie nader I. GIESEN, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 2005, 37-45, met verdere verwijzingen, alsmede I. GIESEN, “Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren” in I. GIESEN, J.M. EMAUS & L.F.H. ENNEKING (eds.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, *Ucall Reeks* Deel 1, Den Haag, BJu, 2014, 81-114. Zie ook K.L. MAES, “De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?”, *AV&S* 2016, 4-16.

⁷⁸ Ik ga niet in op art. 6:169: de beoogde wijziging van dat artikel strandde in de Eerste Kamer, zie *Handelingen* 2014-2015, nr. 31, item 6, en ook niet op de (product)aansprakelijkheid voor zelfrij-

‘gewone’ onrechtmatigedaadrecht. Dat lag voornamelijk aan de nasleep van het al door HARTLIEF besproken *Hangmat*-arrest uit 2010⁷⁹, dat op 29 januari 2016 een belangrijk vervolg kreeg via het *Imagine*-arrest over de mogelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 6:179 BW van een bezitter ten opzichte van de medebezitter van een dier voor de eigen schadeveroorzakende gedragingen van dat dier.⁸⁰ Dat was een verrassend vervolg, althans voor mij⁸¹, want net voor het wijzen van dat arrest, begin januari 2016, blogde ik op de Blogpagina van Ucall⁸² over de in die *Imagine*-zaak aanhangige prejudiciële vraag aan de Hoge Raad en concludeerde ik dat het met deze zaak, gegeven wat er lag aan argumenten, nog steeds alle kanten op zou kunnen, maar ik voorspelde ook blijmoedig dat de Hoge Raad die aansprakelijkheid zou moeten accepteren. Ik citeer mijn conclusie van toen:

“De Hoge Raad volgt de lijn uit de *Hangmat*-zaak, want het daar (mijns inziens) dragende argument, dat van de gedeelde draagplicht (en dus gedeelde verantwoordelijkheid), geldt hier evenzeer.”

Gelukkig had ik de helderheid van geest om ook nog een groot voorbehoud te maken (“Maar wat die analogie werkelijk waard blijkt te zijn, moeten we nog zien”), want niets bleek minder waar, zo liet de Hoge Raad ons kort nadien weten.⁸³ Ik zat er dus compleet naast. Hoe dat kan gebeuren, zo vraagt u zich wellicht af. Laten we de zaak eens nader bekijken.⁸⁴

33. De *Imagine*-zaak draait om een man en vrouw die samen een manege runnen. Op een kwade dag overkomt de vrouw een ongeval als een lespaard genaamd *Imagine* op hol slaat en de vrouw omver loopt, met letsel tot gevolg. Zij spreekt haar man,

dende voertuigen, zie o.a. K. DE VEY MESTDAGH en J. LUBBERS, “Nee hoor, u wil helemaal niet naar Den Haag ...”, *AA* 2015, 267-280; K.A.P.C. VAN WEES, “Aansprakelijkheidsaspecten van (deels) zelfrijdende auto’s”, *AV&S* 2015/28, alsmede E. Tjong Tjin Tai en S. BOESTEN, “Aansprakelijkheid, zelfrijdende auto’s en andere zelfbesturende objecten”, *NJB* 2016, 656-664, of voor medische hulpzaken, zie o.a. J.T. HIEMSTRA, “De verhaalsmogelijkheden bij schade door een ongeschikte medische hulpzaak anno 2015”, *TVP* 2015/3, 64-76, en A.J. ZIJLSTRA, “Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het gebruik van medische applicaties”, *TvGR* 2016, 441-454.

⁷⁹ Zie HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, besproken door T. HARTLIEF, *supra* noot 2, nr. 16.

⁸⁰ De navolgende tekst in nrs. 32-39 is geheel ontleend aan mijn bijdrage in *AV&S*: I. GIESEN, “Aansprakelijkheid voor dieren jegens medebezitters revisited: de Hoge Raad wijst af!”, *AV&S* 2016/12, 74-76. Beide hier genoemde arresten zijn voorbeelden van aansprakelijkheid in familieverband, waarover nader I. BOONE in deze bundel.

⁸¹ En voor T. HARTLIEF, zie diens *NJ*-noot onder HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465 (*Hangmat*).

⁸² Zie <http://blog.ucall.nl> (ook voor diverse andere blogs die onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht betreffen) en <http://blog.ucall.nl/index.php/2016/01/aansprakelijkheid-voor-dieren-jegens-medebezitters-landt-de-medebezitter-in-een-gespreide-hangmat/>.

⁸³ HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 (MacDonald-van Biezen/MacDonald & Delta Lloyd Schadeverzekeringen). Zie daarover o.a. C.G. BREEDVELD-DE VOOGD & P.W. DEN HOLLANDER, “Het *Imagine*-arrest en het voorstellingsvermogen van de Hoge Raad”, *NTBR* 2016/51, 346-353.

⁸⁴ Ik ga hierna verder voorbij aan de overwegingen die de Hoge Raad wijdt aan art. 6:181 BW, betreffende de bedrijfsmatige gebruiker in plaats van de bezitter. De Raad concludeert daarentoe als ten aanzien van art. 6:179 BW.

alsmede de AVB-verzekeraar van de door man en vrouw samen gerunde V.O.F. aan tot vergoeding van haar schade, op grond van de artikelen 6:179 en 6:181 BW. De Rechtbank Noord-Holland stelde vervolgens prejudiciële vragen op de voet van artikel 392 Rv.⁸⁵ De Hoge Raad krijgt zo drie vragen voorgelegd, en het antwoord op de eerste vraag (de tweede vraag, over art. 6:181 BW, wordt op gelijke gronden op gelijke wijze beantwoord, waarna de derde vraag geen antwoord meer behoeft) luidt in r.ov. 3.7: “De eerste prejudiciële vraag wordt op grond van het bovenstaande aldus beantwoord dat art. 6:179 BW geen risicoaansprakelijkheid vestigt jegens personen die de hoedanigheid van medebezitter van het dier hebben.” Hoe komt de Hoge Raad daarop uit, in afwijking van het eigen eerdere *Hangmat*-arrest?⁸⁶ Dat vergt enkele stappen, die ik kort zal schetsen en hier en daar van kort commentaar zal voorzien.

34. De Hoge Raad start door aan te geven dat de relevante vraag is of de al genoemde hangmat-jurisprudentie ook van toepassing is tussen medebezitters van dieren, benoemt kort wat daarin is bepaald (namelijk dat aansprakelijkheid t.o.v. medebezitters mogelijk is op grond van art. 6:174 BW, zie r.ov. 3.4.1), herhaalt dat de vraag is of het relativiteitsvereiste in de weg staat aan de beoogde aansprakelijkheid (r.ov. 3.4.2), constateert dat de tekst van de bepaling en de wetsgeschiedenis geen houvast bieden voor het beantwoorden van die vraag (r.ov. 3.4.3 en 3.4.4), en herhaalt daarom het criterium dat ook in de *Hangmat*-zaak als toetssteen werd benut, namelijk dat het erop aankomt (zie r.ov. 3.4.5):

“of aansprakelijkheid behoort te worden aanvaard van andere medebezitters tegenover een benadeelde medebezitter, hoewel deze aansprakelijkheid niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, en de benadeelde zelf in zekere zin medeverantwoordelijk kan worden geacht voor het gevaar dat het dier oplevert. De te maken keuze hangt ook hier af van wat naar maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de eventuele aansprakelijkheidsverzekeraar.”

Als de Hoge Raad daaraan dan nieuw toevoegt dat dit “open criterium” met zich brengt “dat deze keuze kan leiden tot verschillende uitkomsten bij deze te onderscheiden gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid”, dan weet de goede verstaander al dat de uitkomst in dit geval een andere zal zijn, en dat blijkt dan ook:

“Hieronder zal worden uiteengezet waarom de hier bedoelde afweging bij art. 6:179 BW tot een andere uitkomst leidt dan bij art. 6:174 BW.”

⁸⁵ Over die regeling nr. 5 hiervoor, en verder o.a. I. GIESEN e.a., *supra* noot 4; I. GIESEN & E.R. DE JONG, *supra* noot 5, alsmede I. GIESEN & M. OVERHEUL, “Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand”, *AA* 2015, 825-834, en C.A. STREEFKERK, “De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad”, *Trema* 2015, 248-255.

⁸⁶ HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465 (*Hangmat*).

35. Die uiteenzetting stelt de achtergrond van artikel 6:174 BW voorop (“dat op de benadeelden niet het risico wordt afgewenteld dat niet of niet eenvoudig kan worden bepaald en bewezen wie voor de door het gebrek aan de opstal veroorzaakte schade eventueel aansprakelijk kan worden gehouden”) en oordeelt dat dit slachtoffervriendelijke argument niet ten grondslag ligt aan de aansprakelijkheid voor dieren. Dat oordeel wordt nader toegelicht in r.ov. 3.5.2, waaruit ik vanwege het belang ervan een groot deel citeer:

“Het risico van schade ten gevolge van een verborgen gebrek aan een opstal kan niet worden aangemerkt als een voor een potentieel slachtoffer bekend risico, nog daargelaten dat de kans op zodanige schade in het algemeen gering is. Dit geldt ook voor medebezitters van een opstal. Daarom ligt het niet voor de hand om vanwege dit specifieke risico een (ongevallen)verzekering af te sluiten. Mede gelet op de potentieel grote gevolgen van vooral persoonsschade, is het maatschappelijk gewenst dat ook het slachtoffer dat medebezitter van de opstal is, een andere medebezitter en daarmee vaak diens aansprakelijkheidsverzekeraar kan aanspreken voor een deel van de schade. Dat de bezitter van een opstal zich verzekert tegen de – potentieel grote – gevolgen van aansprakelijkheid, ligt immers wél voor de hand.”

36. Vervolgens wendt de Hoge Raad de stevenen richting artikel 6:179 BW en stelt vast dat de grondslag daar is dat een bezitter van een dier “voor derden gevaar schept in verband met de onberekenbare krachten die de eigen energie van het dier als levend wezen oplevert (vgl. T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 764).” Daarin ligt besloten, aldus de Hoge Raad, dat deze aansprakelijkheid afwijkt van die van artikel 6:174, want artikel 6:179 rust vooral op de “omstandigheid dat de bezitter tegenover anderen een risico in het leven roept”. Daaruit volgt dat de “(mede) verantwoordelijkheid van de medebezitter voor het gevaar” hier belangrijker is, zodat de “maatschappelijke wenselijkheid van bescherming van benadeelden” in dit geval “niet zonder meer ook voor de benadeelde medebezitter” geldt. En dat is dan het geval omdat deze zelf ook verantwoordelijk is voor het risico. Wat mij betreft, gaat de Hoge Raad hier wel heel snel in het onderscheiden van de beide aansprakelijkheden. Immers, de bezitter van een opstal met een verborgen gebrek roept ook risico’s in het leven (zonder opstal geen risico!). Waarom de ene vorm van medeverantwoordelijkheid dan belangrijker is dan de andere, is dan niet aanstonds duidelijk. En ook is niet meteen helder waarom er dan met minder bescherming genoegen genomen moet worden. Dat laatste gevoel van twijfel wordt versterkt als men bedenkt dat het verband tussen ‘meer eigen verantwoordelijkheid’ en ‘minder bescherming’ niet aanwezig hoeft te zijn. De gedupeerden van Aandelenleaseproducten en andere beleggingsproducten zijn ook goeddeels zelf verantwoordelijk voor hun eigen misère, maar worden – geheel terecht – als nog vergaand beschermd. De redenering van de Hoge Raad is hier dus niet concludent.

37. Maar de Raad heeft nog andere pijlen op de boog. Het gevaar van dieren, hun eigen energie, is kenbaar, anders dan bij verborgen gebreken die een opstal aankleven, aldus r.ov. 3.6.2. De medebezitter van een dier roept dus voor zichzelf een gevaar in het leven, een gevaar waarvan hij geacht wordt bewust te zijn. De conclusie daaruit? “Het ligt minder voor de hand dat de norm van art. 6:179 BW ook zou strekken tot bescherming van de benadeelde die als medebezitter bewust bijdraagt tot het scheppen of handhaven van het voor hem kenbare gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt (vgl. HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 [het *Io Vivat*-arrest, IG]).” Ook hier rijst echter de vraag of deze redenering wel écht sluitend is. Van een opstal weten we immers ook allemaal dat die mogelijk inherente (maar nu nog verborgen) gevaren heeft – deze vorm van aansprakelijkheid en de verzekering ervan zou anders immers onzinnig zijn – we kennen alleen niet het precieze gevaar of het moment van verwezenlijking ervan. Stort de schoorsteen naar beneden, vallen de pannen van het dak, blijkt er betonrot te zijn ontstaan? Hoe groot is dan nog het onderscheid ten opzichte van het (inderdaad) algemeen bekende gevaar van de eigen energie van een dier, waarvan we echter de vorm en het moment van verwezenlijking ook niet bij voorbaat kennen? Mijns inziens is dat verschil niet per se van dien aard dat de rechtsgevolgen die daaraan kleven, al te ver uiteen zouden moeten lopen. Dat gebeurt echter wel, want de (niet sluitende) redenering wordt door de Hoge Raad in r.ov. 3.6.3 benut om een belangrijk gevolg te kunnen onderbouwen:

“Omdat die medebezitter [van een dier, IG] geacht moet worden bekend te zijn met de mogelijkheid dat hij schade lijdt ten gevolge van de voor hem kenbare onvoorspelbare eigen energie van het dier, kan van hem, eerder dan van de medebezitter van een gebouw, worden verwacht dat hij zich tegen het risico van zodanige schade verzekert.”

Dat zou inderdaad een terecht gevolg zijn als de stap ervoor helemaal zou kloppen, *quod non*.

38. Nadat de Hoge Raad op deze wijze de stap naar het verzekeringsaspect heeft gezet, pakt hij daarop vol door in r.ov. 3.6.4. Ik citeer weer voluit, maar vraag daarbij speciaal aandacht voor de door mij onderstreepte woorden:

“Voorts zijn de gevolgen voor verzekering van de aansprakelijkheid groter en minder overzichtelijk bij de aanvaarding van kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitters voor schade veroorzaakt door dieren, dan bij aanvaarding van een zodanige aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige opstallen. In verband met het onberekenbare element dat in de eigen energie van (ook) huisdieren is gelegen, ligt voor de hand dat schade veroorzaakt door dieren regelmatig zal voorkomen. Indien medebezitters daaraan aanspraken jegens elkaar kunnen ontlenen, kan dit leiden tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn.”

De Hoge Raad doet hier enkele uitspraken over een empirisch waarneembare werkelijkheid zonder aan te geven waar hij die wijsheid vandaan heeft. Zijn die gevolgen écht groter, écht onoverzichtelijker? En hoezo ligt het voor de hand dat dieren regelmatig schade veroorzaken? Ik geloof de Raad graag, daar niet van, en deze uitspraken appelleren op zichzelf aan wat ieder weldenkend mens bedenken kan. Maar toch ... Zijn deze overwegingen gebaseerd op valide empirisch onderzoek? Van wie dan? Waar is dat gepubliceerd? De vragen buitelen zo over elkaar heen, bij mij althans, en dat doen ze des te harder omdat A-G SPIER nu juist had aangegeven – kort gezegd – geen advies maar slechts voorlichting te kunnen geven aan de Hoge Raad (opmerkelijk genoeg, maar zijn conclusie is het waard om op een ander moment nader te analyseren), omdat hij te weinig (bruikbare) gegevens van feitelijke aard tot zijn beschikking had.⁸⁷ De Hoge Raad had daarom, mijns inziens, uit moeten gaan van onzekerheid over dit soort feitelijkheden, of zijn bronnen moeten noemen (hebben derden soms op voet van art. 393, lid 2 Rv informatie ingebracht? Daar blijkt niets van), en deze gegevens dus niet, zoals hier, mogen poneren en accepteren als waarheden. Hier komt de feitelijke onzekerheid voor risico van het slachtoffer, waar dit in de *Hangmat*-zaak nog voor het risico van de verzekeraars kwam. Dat is opmerkelijk, wijkt af van die eerdere uitspraak en is mijns inziens niet juist.

39. Wat daarvan zij, in de lijn van de redenering van de Hoge Raad is het dan tijd voor de conclusie (r.ov. 3.6.5) dat het “de belangen van alle betrokkenen in aanmerking genomen, niet redelijk of maatschappelijk wenselijk is dat art. 6:179 BW ook aansprakelijkheid vestigt jegens personen die de hoedanigheid hebben van medebezitter van een dier.” Daaraan wordt dan nog één argument toegevoegd, namelijk dat het arsenaal aan argumenten dat de Hoge Raad in de eerdere *Hangmat*-zaak over ons uitstortte (ik telde daar een stuk of tien argumenten), weliswaar deels hier ook bruikbaar hadden kunnen zijn voor een andere uitkomst – denk aan het argument van de gedeelde draagplicht – maar toch niet overtuigend zijn gebleken. Want:

“bezien vanuit het in dit verband belangrijke gezichtspunt van het slachtoffer en vanuit verzekeringsoogpunt, [bestaat] minder aanleiding bestaat voor bescherming van de medebezitter van een dier dan voor bescherming van de medebezitter van een opstal. Dit geeft de doorslag (...).”

Eigenlijk zegt dit laatste citaat heel veel, zo niet alles. De Hoge Raad heeft in deze uitspraak geprobeerd te verwoorden, te beargumenteren wat men – begrijpelijk – ‘voelde’ (‘geen aansprakelijkheid s.v.p., daartoe is minder aanleiding hier ...’). Dat de argumenten die benut worden, niet altijd even stevig of houdbaar zijn, en dat er andere (niet besproken) argumenten pleiten voor een andere uitkomst, dat zij

⁸⁷ Zie met name nrs. 5 en 7.3 van de conclusie van SPIER voor het arrest.

dan zo. Zo is het nu eenmaal bij een keuze, een machtwoord⁸⁸ als dit. Er is recht gevormd en duidelijkheid verkregen, en daar moeten we het mee doen; nu rest enkel nog de vraag wat ons bij de toepassing van artikel 6:173 BW (de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken) op medebezitters staat te wachten ...⁸⁹

40. Terwijl die vraag nog boven de markt hangt, dienen zich intussen ook nog steeds de meer reguliere vragen aan over de toepassing van de diverse risicoaansprakelijkheden, zoals artikel 6:174 BW. Men ziet bijvoorbeeld de zaak waarin het slachtoffer bij het bezoek aan een markt struikelt over een elektriciteitskabel waarmee de marktkraampjes van elektriciteit worden voorzien, en vervolgens de gemeente aanspreekt als wegbeheerder. Zij krijgt nul op het rekest. Een kabel is wellicht een object dat niet op de weg thuishoort, maar deze is geen onderdeel van het weglichaam en de wegwitrusting, zodat artikel 6:174 BW daarop niet toepasselijk is, en de gemeente handelde overigens ook niet onzorgvuldig op grond van artikel 6:162 BW. Dat laatste ligt hieraan dat de beoordelingsmaatstaven bij beide grondslagen parallel lopen. Immers, de Hoge Raad neemt hier de gelegenheid te baat om nogmaals te benadrukken dat bij de beoordeling van de vraag of een weg voldoet aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden gesteld mogen worden, het gebrekcriterium in de zin van artikel 6:174 BW, de maatstaven zoals neergelegd in eerdere, vrij recente rechtspraak (met name de *Wilnis*-zaak en de zaak *Reaal/Deventer*⁹⁰) gelden en dat die maatstaven overeenkomen met de *Kelderluik*-criteria⁹¹, terwijl diezelfde *Kelderluik*-factoren uiteraard tevens de invulling van de gewone zorgplicht onder artikel 6:162 BW bepalen.

D. SCHADEVERGOEDINGSRECHT: AFFECTIE- EN SCHOKSCHADE EN DE HOOGTE VAN NEDERLANDS SMARTENGELD

41. Ook binnen het schadevergoedingsrecht deden zich diverse interessante ontwikkelingen voor in de rechtspraak en literatuur.⁹² Schadebegroting blijkt

⁸⁸ Vgl. ook A-G SPIER in noot 67 van zijn conclusie voorafgaand aan het arrest.

⁸⁹ Uit de aanwassende literatuur over dit arrest noem ik hier slechts H.N. SCHELHAAS, "Aansprakelijkheid jegens de medebezitter van een dier", *AA* 2016, 624 e.v.; P.A. FRUYTIER, "Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmat-jurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte", *MvV* 2016, 152 e.v.; A.A.M. ZEEMAN, "De Hangmat-doctrine begrensd", *AV&S* 2016/21, 118 e.v.

⁹⁰ Zie HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*) en HR 4 april 2014, *NJ* 2014/368 (*Reaal/Deventer*).

⁹¹ HR 7 oktober 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2283* (Nijmegen), r.ov. 3.5.3. Zie inmiddels ook Hof Amsterdam 1 november 2016, *ECLI:NL:GHAMS:2016:4310* (*Mondo Minerals*), r.ov. 3.9.

⁹² Veel aspecten van het schadevergoedingsrecht laat ik echter rusten, denk aan de gedachte dat ons schadevergoedingsrecht zou discrimineren, zoals uitvoerig is belicht (E. ENGELHARD e.a., "Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht", *NTBR* 2015/39; J.M. EMAUS, "Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoe-

een ‘trending topic’⁹³, en met name ook een thema dat gekend is op een welbekend raakvlak van Nederlands en Belgisch recht: de Vereniging met de Lange Naam wijdde haar privaatrechtelijke beschouwingen afgelopen november aan dat thema.⁹⁴ In de rechtspraak werd, ik besprak dat al, het mededingingsrechtelijke ‘passing-on’-verweer erkend door de Hoge Raad, waarbij deze *en passant* ook de norm voor voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) bijstuurde.⁹⁵ Ook werd een vermoeden van immaterieel nadeel ‘ontdekt’ in gevallen waarin de rechterlijke beslistermijn inzake de machtiging tot gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis overschreden wordt⁹⁶, hetgeen in lijn is met de EVRM-regels als het om de redelijke termijn van artikel 6 EVRM gaat.⁹⁷

42. Gezien de historie daarvan, is echter wezenlijker dat het er inmiddels naar uit ziet dat zelfs Nederland de zogenaamde affectieschade – kortweg: schade door het verdriet om het verlies of het ernstige letsel van een naaste – als vergoedbare schadepost gaat beschouwen, zodat we niet langer het Europese buitenbeentje zijn en wij ook het EVRM weer echt recht in de ogen kunnen kijken.⁹⁸ Eindelijk is dat smetje op ons blazoen dus vrijwel geregeld, na jaren ploeteren, door middel van een nieuwe regeling (in art. 6:107 en 6:108 BW) die voor een aantal categorieën van naasten van slachtoffers en van nabestaanden een per categorie wisselend standaardbedrag (tussen € 12.500 en € 20.000) aan vergoeding te bieden heeft: een vaste kring van gerechtigden krijgt dus een genormeerd bedrag.⁹⁹ Dat kan overigens ook via de voeging als

ding – blik op Canada”, *L&S* 2015, 6-23) of de idee dat de nadruk meer op daadwerkelijk herstel zou moeten komen te liggen, zie o.a. M.A. LOTH en L. STEGERHOEK, “Achter het stuur in de bus”, *AV&S* 2016/18, 94100; G. VAN DIJCK, “Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht”, *NJB* 2016, 1608-1616; A.J. AKKERMANS, “Think Rehab!” in A.J. AKKERMANS e.a., *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura*, Den Haag, BJu, 2015, 11-36.

⁹³ Het thema schadebegroting werd op diverse plekken aangevat, o.a. te Groningen, tijdens het Letselschadecongres aldaar, en door T. HARTLIEF, “Wat is schade vergoeden?”, *NJB* 2016, 2293. De notie van ‘winstafdracht’ (schadebegroting ex art. 6:104 BW) was in beeld in HR 24 juni 2016, *NJ* 2016/300 (Vitesse/Gelderland) en het predispositieerstuk in HR 27 november 2015, *NJ* 2016/138 (Vallende jerrycan).

⁹⁴ Zie M. HEBLY en S.D. LINDENBERGH, “Schadebegroting en tijdsverloop” in *Preadviezen 2016. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 301 e.v., en voor België de bijdrage van G. JOCQUÉ, “Tijdverloop en schadevergoeding” in *Preadviezen 2016. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 257 e.v.

⁹⁵ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT/ABB), waarover nr. 29 hiervoor.

⁹⁶ Zie HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:926; *NJ* 2015/345.

⁹⁷ I. GIESEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, nr. 407 e.v. Zie ook nrs. 138 e.v.

⁹⁸ Daarover bv. R. RIJNHOUT & J.M. EMAUS, “Damages in Wrongful Death Cases in the Light of European Human Rights Law: Towards a Rights-Based Approach to the Law of Damages”, *Utrecht Law Review* 2014, Vol. 3, 91 e.v.

⁹⁹ Zie daarover bv. L. VERHAAG, “Wetsvoorstel affectieschade”, *Trema* 2016, p. 14 e.v.; J.S. OVERES, “Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties”, *TVP* 2016, 18-27; M. HEBLY e.a., “Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten”, *AA* 2015, 93 e.v. Overigens

benadeelde partij in het strafproces.¹⁰⁰ Maar dat gezegd hebbend, stel ik voor dat we hier eerst en vooral nog even voorzichtig zijn; de vorige poging strandde immers ook pas in de senaat, onze Eerste Kamer, en daar zijn we nu nog niet eens met dit wetsvoorstel: het staat weer op de agenda van de Tweede Kamer voor de laatste week van december en het heeft dan een half jaar compleet stilgelegen ...¹⁰¹ Dat is geen best voortekenen, en dat terwijl de minister haast wilde maken en daarom de oorspronkelijk ook beoogde regeling voor zorgschade toch niet meegenomen heeft.¹⁰² Het voorstel zoals het er nu ligt, is dus al een uitgekledde versie van hetgeen waarmee deze (tweede) ronde begonnen werd: de regeling inzake de vergoeding van zorgschade zoals die in het voorontwerp opgenomen was, is na de fase van dat voorontwerp losgekoppeld en voorlopig elders, in de koelkast of het vriesvak wellicht, beland.

43. Mede omdat we in Nederland (nog) geen affectieschade kennen, is het leerstuk van de schokschade tot ontwikkeling en grote bloei gekomen. Te kort gezegd, komt die leer hierop neer – dat zal inmiddels bekend zijn – dat schadevergoeding mogelijk is als er sprake is van schade (voor een niet-direct getroffen) die het gevolg is van het waarnemen of de directe confrontatie met de gevolgen van een tot ernstig letsel of overlijden leidende gebeurtenis (bv. een ongeval of misdrijf) en dit een hevige emotionele schok teweegbrengt, leidend tot erkend geestelijk letsel.¹⁰³ Daarbij past in die zin rechterlijke terughoudendheid dat die vereisten niet al te zeer opgerekend mogen worden.¹⁰⁴ Een gevolg van deze innovatie was dat de (vergoedbare) schokschade en de (niet vergoedbare) affectieschade sindsdien onderscheiden moeten worden, wat feitelijk niet kan¹⁰⁵, en waar de rechtspraak – begrijpelijk overigens – niet altijd even strikt de hand aan weet te houden.¹⁰⁶ Dat zou overigens mede hiermee te maken kunnen heb-

kan alle literatuur over het oude, op 23 maart 2010 verworpen wetsvoorstel (*Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 781, nr. 3) ook herlezen worden, want het nieuwe voorstel wijkt daar niet heel wezenlijk van af.

¹⁰⁰ Over die voeging als civiele partij in het strafgeding: R. KOOL e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraak en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, *Ucall-reeks* deel 8, Den Haag, BJu, 2016.

¹⁰¹ Het laatste amendement (inzake de opname van een evaluatiebepaling) dateert van mei 2016, zie *Kamerstukken II*, 2016-2016, 34 257, nr. 8.

¹⁰² Zie *Kamerstukken II*, 2016-2016, 34 257, nr. 3, p. 3. Over zorgschade o.a. ook nog P.W. BLOK, "Zorgschade: de bredere context", *AV&S* 2016, 17-27.

¹⁰³ Zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240 (Taxibus).

¹⁰⁴ HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/387 (Vilt).

¹⁰⁵ E.F.D. ENGELHARD & I.M. ENGELHARD, "Schokschade" in W.H. VAN BOOM, I. GIESEN & A.J. VERHEIJ (red.), *Capita Civilologie: handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag, BJu, 2013, 517-539. Zo ook Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507 (Marianne Vaatstra), r.ov. 6.3.2.

¹⁰⁶ Zie bv. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440 (Braderic), r.ov. 4.5. Dat 'strikt' oordelen gebeurde echter wel in Hof Den Bosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:637 (opzettelijke steekpartij), waar de eis van geestelijk letsel aan vergoeding in de weg staat en waarin het Hof nadrukkelijk overweegt dat "voorkomen moet worden dat de grenzen van de vereisten zoals door de Hoge Raad – mede in het licht van het wet-

ben dat ook de strafrechter (vaak) schokschadevorderingen beoordelen moet (via de voeging als benadeelde partij¹⁰⁷) en deze daarbij dan wellicht minder streng in de leer is (of: minder goed weet wat de stand van het recht is) dan de civielrechtelijke collega's.¹⁰⁸

44. In schokschadegevallen gaat het veelal niet om heel hoge bedragen¹⁰⁹, net zomin als dat straks het geval gaat zijn bij de vergoeding van affectieschade. Dat past in de kenmerkende krenterige lijn die men van de spreekwoordelijk zuinige 'Ollanders mag verwachten en die ook gehanteerd wordt in andere, reguliere gevallen van smartengelduitkeringen, bijvoorbeeld bij letsels. Dat is velen al jaren een doorn in het oog, mijzelf inclusief, maar verandering is hier lastig te bereiken omdat de wetgever zich niet uitspreekt over dit thema, laat staan over concrete bedragen in concrete zaken, en de Hoge Raad de feitenrechter alleen ijkpunten meegeeft¹¹⁰ en het vervolgens dus aan de feitelijke waardering van de feitenrechter in een specifiek geval is om tot een bedrag te komen, waarbij deze dan – bij gebrek aan beter – de al jaren benutte en op zich nuttige (maar wel op de bestaande lage bedragen gebaseerde) Smartengeldgids gebruikt als referentiekader. Dat leidt niet al te soepel tot rechtsvorming en verandering, *to put it mildly*. Wij moeten het hier hebben van enkele kloeke en moedige feitenrechters, die de rest van de rechterlijke macht hopelijk gaan meenemen.

45. Gelukkig dienen die eerste dapperen zich inmiddels stilletjes aan. Ik noem hier ten eerste het (straf)vonnis van de Rechtbank Gelderland waarin in een geval van een poging tot dubbele moord en ernstige verwonding (nl. ernstige brandwonden) met een molotovcocktail één van de twee slachtoffers een bedrag van € 200.000 aan smartengeld toegekend kreeg¹¹¹, ruim boven de voorheen als maximaal toegekende bedragen van (lange tijd) € 136.000 en (later) € 150.000.¹¹² Overigens zijn die laatste twee bedragen niet gecorrigeerd voor inflatie (sinds 1992 resp. 2007) en dat drukt de mogelijke 'vreugde' over deze

telijk systeem – geformuleerd zo ver worden opgerekt dat feitelijk elke vorm van affectieschade onder het bereik van schokschade wordt gebracht." (r.ov. 3.7.2. *in fine*).

¹⁰⁷ Zie ook nog HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1688 (TRMI/Attero Noord).

¹⁰⁸ Vgl. R. KOOL e.a., *supra* noot 101, 74; E.F.D. ENGELHARD, "Opzettelijke levensberoving en shockschade", *NTBR* 2008, 307-309. Dat is overigens niet altijd zo. In (de strafzaak) HR 29 september 2015, *NJ* 2016/70 (Kofferbakmoord) wordt gewoon vastgehouden aan de vereiste van geestelijk letsel, waar niet was komen vast te staan of er sprake was van een psychiatrisch erkend ziektebeeld. Zie ook R. KOOL e.a., *supra* noot 101, 73-74.

¹⁰⁹ Door de Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507 (Marianne Vaatstra) werd € 40.000 toegekend.

¹¹⁰ HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714 (AMC) en HR 27 april 2001, *NJ* 2002/91 (Druifff Bouw).

¹¹¹ Zie Rb. Gelderland (strafkamer) 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6968 (molotov in Velp). Het andere slachtoffer kreeg € 150.000.

¹¹² Ontleend aan S.D. LINDENBERGH, *Smartengeld: 10 jaar later*, Deventer, Kluwer, 2008, 75.

ontwikkeling behoorlijk.¹¹³ Er zijn echter ook andere positieve, op veranderingen gerichte geluiden te horen de afgelopen jaren. In 2014 heeft de civiele kamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bijvoorbeeld al laten doorschemeren dat de op reguliere wijze bepaalde bedragen aan smartengeld standaard te laag zijn:

‘Al met al is de kritiek breed gedragen dat de toegekende smartengeldbedragen geen recht meer doen aan de (gewijzigde) maatschappelijke opvattingen over de compensatie van leed. Het hof acht deze kritiek terecht en begrijpelijk. Het ligt dan ook in de rede dat in de toekomst veelal hogere smartengeldbedragen zullen worden vastgesteld dan in het verleden het geval was.’¹¹⁴

En zodoende treed ik toch een klein beetje geruster de toekomst tegemoet als het gaat om de hoogte van de smartengeldvergoedingen.

VI. CONCLUSIES EN AFRONDING

46. Ik kom tot een afronding. Zelfs als je als doorgewinterd aansprakelijkheidsrechtjurist denkt dat er niet zo heel veel spannends gebeurd is de laatste tijd, dan blijkt dat aansprakelijkheidsrecht echter zo levendig, zo vol van voortdurende ontwikkeling dat het toch betrekkelijk eenvoudig is om daarmee het gehoor enige tijd te kunnen verpozen, waarbij alles wat echt belangrijk is, niet eens grondig kan worden besproken, onder andere omdat zelfs de wetgever betrekkelijk actief geworden blijkt te zijn (affectieschade, mededingingsrecht, collectieve actie, Gronings bewijsvermoeden). Ik heb dan ook moeten volstaan met het bieden van een overzicht van de hoofdlijnen, waarbij veel ongetwijfeld ook spannende details helaas verloren zijn gegaan. Voor mijn doel, om de Belgische collega's te informeren en wellicht te inspireren, zijn die details echter ook minder noodzakelijk.

47. Kijkend naar die hoofdlijnen – ik recapituleer het voorgaande – lijkt het erop i) dat de geschiedenis ons stilletjes aan begint te achtervolgen via het aansprakelijkheidsrecht, ii) dat de toekomst van het aansprakelijkheidsrecht wellicht te vinden is in de nadruk die gelegd zou kunnen worden op de regulerende functie die het kan vervullen, en iii) dat in beide gevallen individueel actie ondernemen ‘uit

¹¹³ Na inflatiecorrectie zouden die genoemde maximale bedragen nu boven de € 200.000 uitstijgen. Zie over een en ander ook S.D. LINDENBERGH, *supra* noot 113, 75-77.

¹¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223. Zie overigens ook al (de ruimere vergoeding in) Rb. Oost Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, r.ov. 4.9 en 4.10. De jurisprudentie van de Hoge Raad “noopt de rechtbank bij het begroten van een smartengeldbedrag niet tot het strikt vasthouden aan eertijds toegekende bedragen en het verhindert niet tot een (geleidelijke) verhoging van smartengeldbedragen te komen waar de omstandigheden een dergelijke verhoging zouden indiceren.”

de mode' is geraakt ten faveure van collectief handelen, want samen sta je sterker, ook in het aansprakelijkheidsrecht. Dat alles vindt dan iv) sluipenderwijs, zeker niet zomaar ineens, plaats, en wel tegen de achtergrond van een dogmatisch systeem en een set van toepassingsvoorwaarden die op zichzelf stevig verankerd zijn maar regelmatig aangevuld (moeten) worden door de wet of (meestal) de rechter en die verder vanuit hun 'open karakter'¹¹⁵ – of desnoods daartoe gedwongen door mensenrechtelijke verplichtingen¹¹⁶ – veel ruimte (moeten) bieden voor nuances, discussie, volstrekt onbegrip of hemelhoog juichen. En dat maakt het aansprakelijkheidsrecht zo springlevend en zo mooi, in Nederland net zozeer als in België.

¹¹⁵ Aldus T. HARTLIEF, *supra* noot 75, 925.

¹¹⁶ Zie in dat verband o.a. HR 18 december 2015, *NJ* 2016/31 (Hearst Magazines) en HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2756 (proceskostenveroordeling en schending redelijke termijn); R. KOOL, "Aansprakelijkheid voor seksueel misbruik in het licht van de positieve verplichtingen: vervlechting van domeinen", *AA* 2016, 132- 140; E.R. DE JONG & E.C. GIJSELAAR, "Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid", *NTBR* 2016/6, 36-45; E.C. GIJSELAAR, R. RIJNHOUT & J.M. EMAUS, "Gasboringen in Groningen en aansprakelijkheid van de NAM", *AA* 2014, 801-813; C.C. VAN DAM, *Aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, 2^e druk, Den Haag, Bju, 2015. Ik wijs ook nog op de mogelijke implicaties van EHRM 28 september 2015, appl.nr. 23380/09 (Bouyid/België) op overheidsoptreden, omdat daarin elke aantasting van de menselijke waardigheid (zoals fysiek geweld) onder art. 3 EVRM wordt geschaard.