

Het subjectieve element van de onrechtmatigheid

Over de structuur van art. 6:162 BW

Nr. 28

K.J.O. Jansen¹

1. Inleiding

In het aansprakelijkheidsrecht pleegt een scherp onderscheid te worden gemaakt tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. Onrechtmatigheid kwalificeert de daad, zo wordt geleerd, en toerekenbaarheid ziet op het verband tussen daad en dader.² Dit onderscheid is juist in die zin dat persoonlijke eigenschappen van de dader in beginsel niet aan het aannemen van onrechtmatigheid in de weg behoren te staan. Ook indien de laedens zich in het kader van art. 6:162 lid 3 BW op disculperende omstandigheden kan beroepen, is een onrechtmatigheidsoordeel op grond van lid 2 – uiteraard – mogelijk.³ Voor zover echter uit het bedoelde onderscheid wordt afgeleid dat de persoon van de dader voor de onrechtmatigheid volstrekt irrelevant is, dat, met andere woorden, onrechtmatigheid een puur objectief begrip is⁴, is er mijns inziens sprake van een misverstand. Ik zou, integendeel, willen betogen dat het onrechtmatigheidsbegrip naast een objectief ook een subjectief element kent. Niet alleen laakbaar gedrag in abstracto, maar ook gedrag dat (mede) in verband met de persoonlijke eigenschappen van de dader beneden peil blijft, verdient het predikaat onrechtmatig. Stel dat mevrouw Verkoulen, één van de hoofdpersonen uit het bekende Taxus-arrest⁵, zich bewust was geweest van de giftigheid van de door haar gevonden taxusstruik en die struik niettemin op haar afvalhoop – binnen het bereik van de paarden van haar buurman – had gedeponeerd. Zou dit, in afwijking van de uitkomst van het arrest, een onrechtmatige daad hebben opgeleverd? Zeker, en niet omdat iedere persoon in de positie van mevrouw Verkoulen de giftigheid van taxus had behoren te kennen – dat werd in de Taxus-zaak nu juist ontkend⁶ – maar gewoon omdat zij ervan op de hoogte was.⁷ Ziehier het sub-

jectieve element van de onrechtmatigheid: soms is een gedraging objectief gezien toelaatbaar, maar in verband met de eigen kennis of intentie van de dader onrechtmatig. Doorgaans wordt bij de beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag, begrijpelijkerwijs, een objectiverende benadering gekozen. Het *bewijs* van onrechtmatigheid in subjectieve zin is immers problematisch.⁸ Toch zijn er gevallen waarin het subjectieve element van de onrechtmatigheid een nuttige functie kan vervullen. Daarvan behandel ik hieronder – in kort bestek – de opzettelijke schade-toebrenging (par. 2) en de schadetoebrenging door zuiver nalaten (par. 3). In par. 4 onderzoek ik vervolgens bij welke van de drie onrechtmatigheidscategorieën van art. 6:162 lid 2 BW het subjectieve element een rol speelt. Ook de Leer-Smits komt in dat verband ter sprake. In par. 5 zet ik uiteen wat een en ander naar mijn mening betekent voor het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. Par. 6 vormt de afronding van mijn betoog.

2. Opzettelijke schadetoebrenging

■ 2.1. Opzet als gezichtspunt voor onrechtmatigheid

Dat het opzettelijk toebrengen van schade aan een ander als zodanig een onrechtmatige daad jegens die ander kan opleveren, heeft de Hoge Raad reeds in een arrest van 1930 tot uitdrukking gebracht.⁹ Het betrof een opmerkelijk geval van brandstichting in de woning van het echtpaar Vonk. De brand was gesticht door mevrouw Vonk terwijl haar man, in verband met een beenfractuur, in een militair hospitaal verbleef. Toen de heer Vonk, eigenaar van het huis, zijn brandverzekeraar om uitkering verzocht, beriep de verzekeraar zich op compensatie met een tegenvordering wegens een onrechtmatige daad van me-

1 De auteur is werkzaam als PhD-fellow bij de Afdeling burgerlijk recht van de Leidse Rechtenfaculteit. Hij dankt Jac. Hijma en J.H. Nieuwenhuis voor hun nuttige suggesties naar aanleiding van een eerdere versie van dit artikel.
2 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp (4-III), nr. 75 en C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen 2000), p. 81.
3 Deze vaststelling is niet zonder praktisch belang. Zo kan (ook) een niet-toerekenbare onrechtmatige daad worden verboden op grond van art. 6:162 jo. 3:296 BW.
4 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp (4-III), nr. 51f en Sieburgh, diss., p. 81 e.v. Vergelijk ook G.H.A. Schut, 'Objectivering en subjectivering in het privaatrecht', in: P. Abas (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 404-405.

5 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624, m.nt. CJHB (Taxus).

6 Het hof oordeelde in deze zaak dat mevrouw Verkoulen niet behoefde te weten dat inwendig gebruik van taxus voor paarden fataal kan zijn. De Hoge Raad nam dit oordeel tot uitgangspunt.

7 Vergelijk r.o. 3.4.3 van het Taxus-arrest.

8 Deze opmerking verdient in die zin nuancering dat natuurlijk niet zal worden gevegd dat bewijs wordt geleverd van de *daadwerkelijke* subjectieve kennis van de dader. Dat is voer voor psychologen, niet voor juristen. Het gaat erom wat *rechtens* heeft te gelden als de subjectieve kennis van de dader, hetgeen bijvoorbeeld uit verklaringen van de dader kan worden opgemaakt. Vergelijk Schut 1979, p. 398.

9 HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 e.v., m.nt. EMM (Vonc).

vrouw Vonk jegens hem, verzekeraar. Die tegenvordering viel immers, zo redeneerde de verzekeraar, in de huwelijksgemeenschap. In cassatie kwam aldus de vraag centraal te staan of de brandstichting door mevrouw Vonk een onrechtmatige daad opleverde jegens de verzekeraar. De Hoge Raad oordeelde dat dit slechts dan het geval kon zijn, indien de brand was gesticht met de *bedoeling* om de verzekeraar te benadelen, 'omdat dan inbreuk ware gemaakt op den – ook hem beschermenden – zedelijken plicht, om niet zonder redelijken grond aan een ander opzettelijk nadeel toe te brengen'.

In deze, wat archaisch aandoende, overweging herkent men de ook nu nog actuele en zinvolle gedachte dat in geval van opzettelijke schadetoebrenging juist de kwade intentie waarmee de schade is toegebracht, een argument kan vormen voor het aannemen van onrechtmatigheid. Interessant is in dit verband het betoog van Nieuwenhuis in zijn artikel 'Weet het recht nog raad met de zonde?' Nieuwenhuis stelt dat de zonde 'gramschap', door hem omschreven als 'het oogmerk om de ander leed te berokkenen', tezamen met de zonden 'inhaligheid' en 'nalatigheid' aan de wieg staan van het moderne onbetamelijkeheidsbegrip van art. 6:162 lid 2 BW.¹⁰ Hiermee rijst de vraag of de opzettelijke schadetoebrenging van oudsher een plaats heeft gehad in ons westerse denken over recht en moraal.

In zijn rechtsvergelijkende studie 'Prinzipien des Haftungsrecht' maakt Brüggemeier een onderscheid tussen *Vorsatz* (opzet), *Fahrlässigkeit* (nalatigheid) en *Gefährdung* (risicoschepping) als categorieën van schadeveroorzakend gedrag. Bij zijn bespreking van deze 'Dreisurigkeit des Haftungsrechts' stelt hij de *Vorsatzhaftung* als meest klassieke categorie voorop.¹¹ Dat verbaast niet. Juist in het Duitse recht heeft immers deze *Vorsatzhaftung* duidelijk haar sporen nagelaten. De hierboven geciteerde verwijzing van de Hoge Raad naar de 'zedelijke plicht' van ieder mens om zich te onthouden van opzettelijke schadetoebrenging roept associaties op met § 826 van het Duitse BGB. Die bepaling luidt (en luidde ook reeds in 1930¹²) als volgt:

'Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.'

Het bijzondere van § 826 BGB is dat deze bepaling, door het gebruik van het subjectieve element opzet (*Vorsatz*), eventuele relativiteitsproblemen op voorhand ecarteert: voor toepassing ervan is niet vereist dat de dader belangen heeft aangetast, die in hun algemeenheid voor bescherming in aanmerking komen.¹³ De onrechtmatigheid, zo zou men kunnen zeggen, schuilt bij de toepassing van § 826 BGB reeds in het feit dat de dader zich met opzet tot

de benadeelde heeft gericht, en die benadeelde zo als het ware binnen het beschermingsbereik van een specifieke, subjectief georiënteerde zorgvuldigheidsnorm heeft betrokken. Dat maakt dat de bepaling voor bepaalde gevallen daadwerkelijk praktische meerwaarde heeft.

Overigens blijkt uit § 826 BGB, evenals uit de hierboven geciteerde passage uit het Vonk-arrest, dat niet *iedere* vorm van opzettelijke schadetoebrenging onrechtmatig moet worden geacht. Dat ligt voor de hand. Bedrijven doen in hun onderlinge concurrentiestrijd bijvoorbeeld nauwelijks anders dan elkaar opzettelijk schade toebrengen, maar dat levert uiteraard niet steeds een onrechtmatige daad op. Het hangt dan ook mede van de overige omstandigheden van het geval af of een opzettelijke schadetoebrenging daadwerkelijk onrechtmatig is. Waar het mij hier om gaat, is de constatering dat opzet – een subjectief element aan de zijde van de dader – een belangrijke rol kan vervullen als *gezichtspunt* voor onrechtmatigheid.¹⁴

■ 2.2. Een toepassing: opzettelijk toegebrachte immateriële schade

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek kent niet een equivalent van het Duitse art. 826 BGB, maar de strekking ervan lijkt wel ten grondslag te liggen aan het 'smartengeld-artikel' 6:106 BW. Daarin is immers bepaald dat immateriële schade onder meer voor vergoeding in aanmerking komt indien de aansprakelijke persoon het *oogmerk* had om zodanig nadeel toe te brengen (lid 1 onder a).¹⁵ Hoewel deze bepaling niet ziet op de vestiging van de aansprakelijkheid, maar op de omvang ervan (de schadevergoedingsvraag), ligt het mijns inziens voor de hand om de strekking van het artikel ook te laten doorklinken in het kader van de onrechtmatigheidsvraag. Het artikel kan dan als het ware zijn schaduw vooruitwerpen. De principieel geformuleerde Toelichting-Meijers op art. 6:106 lid 1 onder a BW lijkt aanknopingspunten te bieden voor een dergelijke benadering:

*'Ons huidige wetboek kent niet deze schuldvorm als zelfstandige grond voor toekenning van een vergoeding voor ideëel nadeel. Vooral met het oog op de tweede (...) functie van de vergoeding voor ideëel nadeel – bevrediging van het geschokte rechtsgevoel – zal onder omstandigheden het feit dat de aangesprokene zich als doel had gesteld aan een ander dit ideële nadeel toe te brengen, rechtvaardigen dat aan de benadeelde een vergoeding daarvoor wordt toegekend.'*¹⁶

Met deze woorden in het achterhoofd lijkt het vreemd om de opzettelijkheid van de schadetoebrenging uitgerekend bij de beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag, het voorportaal van de aansprakelijkheid, buiten beschouwing te laten. Het is immers denkbaar dat in bepaalde ge-

10 J.H. Nieuwenhuis, 'Weet het recht nog raad met de zonde?', *TPR* 2003, p. 63.

11 G. Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts*, Baden-Baden: Nomos 1999, p. 55 e.v.

12 In zijn annotatie onder het arrest besteedt Meijers uitgebreid aandacht aan § 826 BGB.

13 Zie Claus-Wilhelm Canaris, *Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2*, München 1994, p. 447.

14 Vergelijk recent bijvoorbeeld HR 16 februari 2007, *RvdW* 2007, 203

(Tuin Beheer/X. en A.), r.o. 3.5.

15 Om de zaken niet nodeloos ingewikkeld te maken ga ik hieronder voorbij aan het onderscheid tussen opzet en oogmerk. Oogmerk is in vergelijking met opzet een strikter, specifiek begrip. Vergelijk punt 5 van de noot van J.B.M. Vranken onder HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 (R./Van de W.). Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 97-98.

16 Toelichting-Meijers, *PG Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 378.

vallen het vaststellen van onrechtmatigheid zónder weging van opzet moeilijk(er) of zelfs onmogelijk is. Bij een strikt objectieve invulling van het onrechtmatigheidsbegrip zou dan art. 6:106 lid 1 onder a BW in zulke gevallen niet goed tot zijn recht komen.

Dat het accepteren van opzet als subjectief element van de onrechtmatigheid daadwerkelijk deuren kan openen die normaal gesloten blijven, kan worden geïllustreerd aan de hand van de affectie- en shockschadeproblematiek. Zoals bekend, komt verdriet om het overlijden of de verwonding van een naaste, de zogenaamde 'affectieschade', in ons huidige wettelijke stelsel niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁷ De Hoge Raad acht toekenning van smartengeld voor affectieschade immers in strijd met het gesloten stelsel van art. 6:107-108 BW.¹⁸ Weliswaar kan een vergelijkbaar resultaat worden bereikt wanneer de naaste zich met succes presenteert als het slachtoffer van een hevige emotionele schok, maar voor het slagen van een dergelijke 'shockschadevordering' is vereist dat de naaste (in dit perspectief dus: het slachtoffer) het schokkende voorval zelf heeft waargenomen of direct met de ernstige gevolgen ervan is geconfronteerd.¹⁹ Aan dit 'confrontatievereiste' wordt in vele, vaak schrijnende gevallen niet voldaan. In enkele van die gevallen blijkt nu de hier behandelde opzettelijke schadetoebrenging als grondslag uitkomst te kunnen bieden. Volgens de Hoge Raad staat namelijk het gesloten stelsel van art. 6:107-108 BW níet in de weg aan het vergoeden van *opzettelijk* toegebrachte affectieschade.²⁰ Wordt iemand gedood of verwond met het oogmerk om een naaste van het primaire slachtoffer te kwetsen, dan heeft die naaste conform art. 6:106 lid 1 onder a BW recht op smartengeld. Weliswaar wordt het begrip oogmerk in dit verband tamelijk beperkt uitgelegd²¹, zodat de hier bedoelde situatie zich in de praktijk niet vaak zal voordoen, maar niettemin voorziet het artikel hier als 'noodklep' wel degelijk in een maatschappelijke behoefte.²²

3. Schadetoebrenging door zuiver nalaten

Een tweede categorie van gevallen waarin het subjectieve element van de onrechtmatigheid een belangrijke rol ver-

vult, is de schadetoebrenging door 'zuiver nalaten'. Bij deze categorie gaat het erom dat de dader een bepaald gevaar, voor het ontstaan waarvan hij niet zelf verantwoordelijk is, heeft waargenomen en (desondanks) heeft laten voortbestaan. Deze categorie onderscheidt zich dus in die zin van de normale gevallen van actieve schadetoebrenging dat de dader in geval van zuiver nalaten de schade niet heeft *doen* ontstaan, maar heeft *laten* ontstaan.

Het moge duidelijk zijn dat aansprakelijkheid in gevallen van zuiver nalaten op zichzelf niet erg voor de hand ligt. Het aannemen van een rechtsplicht tot handelen, louter op grond van de waarneming van een gevaar, voert immers ver. Ieder mens verkeert in het dagelijkse leven regelmatig in de situatie dat hij schade 'laat' ontstaan en het behoeft geen betoog dat dit niet steeds tot aansprakelijkheid behoort te leiden. Volgens de heersende leer is zuiver nalaten dan ook eerst onrechtmatig, indien de laedens zich *bewust* was van de ernst van het door hem gemaakte gevaar. Bekend is het geval van de broodbezorger, die op straat struikelde over een gespannen touwtje.²³ Wie voor dit gevaar verantwoordelijk was, bleef in de procedure onduidelijk, maar vast kwam te staan dat twee in de buurt spelende kinderen het touwtje hadden gezien en hadden nagelaten het te verwijderen of ervoor te waarschuwen. Terwijl het hof op basis hiervan aansprakelijkheid van de ouders van de kinderen had aangenomen, wees de Hoge Raad de vordering van de broodbezorger af, daartoe overwegende dat van aansprakelijkheid voor zuiver nalaten, ook voor volwassenen²⁴, slechts sprake kan zijn, indien de ernst van het betreffende gevaar 'tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen'.²⁵ Aldus komt ook hier het subjectieve element van de onrechtmatigheid tot uitdrukking. Voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten is aan de zijde van de laedens concrete, subjectieve kennis van het gevaar vereist.²⁶ Wat de dader kon of behoorde te weten, is strikt genomen niet relevant. Hoogstens kunnen objectiverende elementen, zo zou ik menen, een rol spelen bij het *bewijs* van de stelling dat het gevaar tot het bewustzijn van de dader is doorgedrongen.²⁷

Men zou vraagtekens kunnen plaatsen bij deze stand van zaken. Op zichzelf lijkt immers best verdedigbaar dat

17 Zoals eveneens bekend is er een wetsvoorstel aanhangig tot wijziging van deze situatie. Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, nr. A. Overigens ligt de behandeling van dit voorstel bij de Eerste Kamer momenteel stil in afwachting van de resultaten van een onderzoek. Vergelijk K.A.P.C. van Wees, 'Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast', *TVP* 2006, p. 124-128.

18 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717, m.nt. CJHB (Van der Heijden/Holland).

19 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV (Taxibus).

20 Zie HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. JBMV (R./Van de W.), waarin de Hoge Raad overweegt dat 'het stelsel van de wet, en met name art. 6:108, niet in de weg [staat] aan vergoeding van immateriële schade indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander, de benadeelde, zodanige schade toe te brengen'.

21 Volgens de heersende leer dient het oogmerk van de dader daadwerkelijk op toebrenging van immateriële schade aan de naaste te zijn gericht; het enkele feit dat de verwonding of het doden opzettelijk gebeurde, is dus niet voldoende. Zie Lindenbergh, diss., p. 97-100.

22 Vergelijk bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 3 februari 1997, *Njkort* 1998, 10 en Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 1998, *VR* 1999,

63, m.nt. A.J. Verheij.

23 HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149, m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).

24 De gedachte dat in gevallen van zuiver nalaten voor volwassenen een strengere norm geldt dan voor kinderen, is dus onjuist. Wel is het zo, dat bij volwassenen in het algemeen sprake is van een hoger gevaarsbewustzijn dan bij kinderen, zodat in die zin een zuiver nalaten van een volwassene sneller onrechtmatig zal zijn dan dat van een kind.

25 Overigens noemt de Hoge Raad als uitzondering op deze regel de situatie dat op de waarnemer een bijzondere zorgplicht rust. Zie daarover *Onrechtmatige daad I*, art. 162, lid 2, aant. 90 (Jansen).

26 Er gelden overigens nog meer vereisten. Zie bijvoorbeeld J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 53.

27 Het laat zich aanzien dat er gevallen kunnen zijn waarin de conclusie zich opdringt dat de dader zich bewust 'moet' zijn geweest van het betreffende gevaar. Dan ligt bijvoorbeeld de hantering van een feitelijk vermoeden omtrent de subjectieve kennis van de dader voor de hand. Vergelijk recent – overigens in ander verband – HR 30 maart 2007, *RvdW* 2007, 358 ([Eiser]/Noordhollandsche), r.o. 4.2 in fine.

iemand die, na waarneming van een gevaar, niets heeft ondernomen ter voorkoming van de verwezenlijking daarvan, onder omstandigheden aansprakelijk wordt gehouden voor de gevolgen, ook indien hij zich van dat gevaar weliswaar niet bewust is geweest, maar het wel had *behoren* te kennen. In die zin valt niet goed in te zien waarom de mogelijkheid van objectivering, die toch zo kenmerkend is voor de onrechtmatigheidsstoetsing, in dit verband geheel is 'uitgeschakeld'. Dat dit ook in termen van systematiek tot opmerkelijke (en niet aanstonds begrijpelijke) consequenties leidt, blijkt uit een vergelijking van het bovenstaande met het in par. 2 besprokene. In par. 2 zagen wij dat de opzettelijkheid van de schadetoebrenging slechts een gezichtspunt vormde voor de onrechtmatigheid. De benadeelde kon, afgezien van die opzettelijkheid, altijd nog 'terugvallen' op een objectiverende argumentatie, zodat het subjectieve element van de onrechtmatigheid vooral een extra troef in handen van de benadeelde bleek te zijn. In gevallen van zuiver nalaten blijkt nu het subjectieve element van de onrechtmatigheid veeleer te fungeren als laatste redmiddel, omdat de verhaalzoekende gelaedeerde het hier moet doen met enkel de subjectieve kennis van de laedens. Dat is een opmerkelijk verschil, dat niet lijkt te kunnen worden gerechtvaardigd met een enkele verwijzing naar de terughoudendheid die bij zuiver nalaten nu eenmaal passend wordt geacht. Ook objectivering kan immers terughoudend geschieden.

Wat hiervan zij, duidelijk is in elk geval dat het subjectieve element van de onrechtmatigheid ook op het terrein van het zuiver nalaten een belangrijke rol speelt bij de fundering van de onrechtmatigheid. Misschien moet ik zeggen: *juist* op dit terrein, want in zekere zin is het vanzelfsprekend dat, indien de 'daad' zelf in wezen non-existent is (immers de vorm heeft van een nalaten), het onrechtmatigheidsperspectief verschuift naar de dader.

4. Plaatsbepaling: de onrechtmatigheidscategorieën

Voordat ik toekom aan een nadere analyse van het voorgaande, lijkt het mij van belang om te verduidelijken over welk type onrechtmatigheid ik het heb, wanneer ik spreek van het 'subjectieve element' van de onrechtmatigheid. Een korte plaatsbepaling dus.

De onrechtmatigheidscategorie waarop ik primair het oog heb, is de derde categorie van art. 6:162 lid 2 BW, strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Bij die categorie gaat het immers om de toepassing van ongeschreven, contextgebonden normen, waarvan de inhoud mede wordt bepaald door de persoon van de laedens. Een schadeveroorzakende gedraging kan slechts dan als 'maatschappelijk onzorgvuldig' worden gekwalificeerd, indien vaststaat dat de laedens zich, in verband met hetgeen hij *wist of behoorde te weten*, maatschappelijk onverantwoord heeft

gedragen.²⁸ Deze nadruk op de kennis van de laedens is noodzakelijk met het oog op de legitimatie van zorgvuldigheidsnormen. Deze ongeschreven normen ontleen namelijk hun verbindende kracht aan de gedachte dat zij oproepen tot maatschappelijk verantwoord gedrag, zodat zij toegankelijk zijn voor eenieder die over een redelijk inzicht beschikt.²⁹ Tegen deze achtergrond moet ook het subjectieve element van de onrechtmatigheid worden bezien: hij die *weet* dat hij andermans belangen aan onverantwoorde risico's blootstelt – bijvoorbeeld doordat hij een ander opzettelijk schade toebrengt of doordat hij zich schuldig maakt aan zuiver nalaten ten aanzien van een gevaar waarvan de ernst tot zijn bewustzijn is doorgedrongen – begrijpt dat hij 'fout' zit en handelt daarom in strijd met een zorgvuldigheidsnorm.³⁰

Hoe staat het met de beide andere onrechtmatigheidscategorieën, de rechtsinbreuk en de wetsschending? Kan het subjectieve element van de onrechtmatigheid ook daarbij een rol spelen? Voor de wetsschending luidt het antwoord bevestigend, omdat er nu eenmaal bepaalde wettelijke normen bestaan waarin subjectieve eigenschappen van de dader zijn geïncorporeerd. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de strafrechtelijke misdrijven, die steeds opzet of schuld vereisen. Als verschijningsvormen van het subjectieve element van de onrechtmatigheid zijn zulke gevallen echter minder interessant, omdat de persoon van de dader hier slechts incidenteel, namelijk in verband met een specifieke keuze van de wetgever, een rol speelt. Men kan niet zeggen dat de wetsschending als onrechtmatigheidscategorie structureel en in algemene zin mede door subjectieve elementen wordt beïnvloed.

Bij de rechtsinbreuk lijkt dat op het eerste gezicht anders te liggen. Door sommigen wordt immers, in navolging van Scholten³¹, aangenomen dat slechts (of met name) de *opzettelijke* aantasting van eens anders recht een onrechtmatige rechtsinbreuk oplevert.³² Als dat juist zou zijn, zou de rechtsinbreuk moeten worden beschouwd als een bij uitstek subjectieve onrechtmatigheidscategorie. Ik zou hiervan geen voorstander zijn. Gezien de systematiek van art. 6:162 BW, en mede in het licht van de wetsgeschiedenis, kan immers niet anders worden aangenomen dan dat de rechtsinbreuk is bedoeld als een 'neutrale' vorm van onrechtmatigheid. Wordt door een gedraging inbreuk gemaakt op een subjectief recht, dan is die gedraging *eo ipso* onrechtmatig, dat is de gedachte die aan art. 6:162 lid 2 BW ten grondslag ligt.³³

Dit dogmatische uitgangspunt stelt ons intussen wel voor praktische problemen. Het kan immers niet worden ontkend dat in aanvulling op de 'botte bijl-methode' van de rechtsinbreuk soms een nadere, meer genuanceerde toetsing is vereist. Halverwege de vorige eeuw is daarop gewezen door Smits. Hij betoogde dat een rechtsinbreuk eerst onrechtmatig kan worden geacht, indien zij (tevens) in strijd is met een zorgvuldigheidsnorm. Dat betekende volgens Smits overigens niet dat het feit van de rechtsin-

28 Met name in de gevaarzettingsjurisprudentie komt dit uitgangspunt scherp tot uitdrukking. Zie recent bijvoorbeeld HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema).

29 Zie J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RMThemis* 1988, p. 76.

30 Zie hierover uitgebreid K.J.O. Jansen, *Het kennisvereiste bij gevaarzetting*, Den Haag: Jongbloed 2006, p. 14-16.

31 Zie P. Scholten, *WPNR* 1911/2152, p. 137-140.

32 Vergelijk J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 36.

33 Vergelijk Toelichting-Meijers, *PG Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 614. Aldus ook Asser/Hartkamp (4-III), nr. 37.

breuk als zodanig irrelevant was. Smits meende namelijk 'dat het rechtsoordeel vastgelegd in een erkend subjectief recht ons van dienst kan zijn, een *factor* kan vormen, bij de beslissing of in een gegeven geval onmaatschappelijk is gehandeld.'³⁴

Hoe moet hierover thans worden gedacht? Enerzijds kan binnen de systematiek van het huidige Burgerlijk Wetboek niet meer worden ontkend dat de rechtsinbreuk als onrechtmatigheidscategorie zelfstandige betekenis heeft. In haar algemeenheid is de Leer-Smits daarom niet meer goed houdbaar.³⁵ Anderzijds geldt heden ten dage nog onverkort dat niet iedere aantasting van een subjectief recht als zodanig onrechtmatig kan worden geacht en dat in die zin een nadere toetsing van inbreuksituaties soms onvermijdelijk is.³⁶ Het is dan dogmatisch waarschijnlijk het fraaist om die nadere toetsing, zoals Sieburgh doet, te situeren in het kader van de *afbakening* van het begrip rechtsinbreuk. Sieburgh betoogt, in navolging van de Toelichting-Meijers³⁷, dat onder een rechtens relevante inbreuk (slechts) moet worden verstaan de situatie waarin de verweten gedraging zélf, dus ongeacht haar gevolgen, een aantasting van het subjectieve recht vormt.³⁸ Het voordeel van deze benadering is dat hiermee (althans in theorie) het wetssystematische uitgangspunt dat een rechtsinbreuk als zodanig onrechtmatig is, overeind wordt gehouden. Tegelijkertijd heeft het in mijn ogen iets geforceerds om in dit verband beslissende consequenties te verbinden aan een strikt onderscheid tussen gedraging en gevolgen. Wanneer iemand bijvoorbeeld een steen door andermans ruit gooit, kan men volhouden dat dit geen rechtsinbreuk oplevert, omdat het gooien van een steen als zodanig, afgezien van de gevolgen daarvan, niet een aantasting van andermans recht vormt. Een dergelijke redenering, die in wezen nogal willekeurig is³⁹, spreekt mij niet aan.

Het lijkt mij reëler om bij de afbakening van het begrip rechtsinbreuk aansluiting te zoeken bij de *noodzakelijkheid* van de rechtsaantasting als gevolg van de verweten gedraging.⁴⁰ Bij het vaststellen van een onrechtmatige rechtsinbreuk gaat het naar mijn mening niet zozeer om de vraag of de verweten gedraging zelf de aantasting van het subjectieve recht is, maar of zij een dergelijke aantasting *noodzakelijkerwijs veroorzaakt*. Betreft het een gedraging die naar ervaringsregelen onvermijdelijk leidt tot de aantasting van eens anders subjectief recht, dan moet die gedraging mijns inziens worden beschouwd als een

rechtsinbreuk. Gaat het daarentegen om een gedraging waarvan de gevolgen in het algemeen onzeker zijn, zodat een inschatting van die gevolgen ten tijde van het verrichten daarvan voor de laedens veeleer een kwestie was van weging van goede en kwade kansen, dan is de maatschappelijke zorgvuldigheid wat mij betreft de aangewezen onrechtmatigheidscategorie. Juist in dát kader kan immers die weging van goede en kwade kansen, mede tegen de achtergrond van de persoon van de dader, plaatsvinden.⁴¹

Al met al ben ik geneigd om de rechtsinbreuk, evenals de wetsschending, als een *objectieve* onrechtmatigheidscategorie te beschouwen, met dien verstande dat ik het begrip rechtsinbreuk, conform het bovenstaande, beperkt zou willen uitleggen. In mijn analyse zal ik mij verder richten op de maatschappelijke zorgvuldigheid, en de manier waarop het subjectieve element van de onrechtmatigheid binnen die onrechtmatigheidscategorie gestalte krijgt.

5. Het onderscheid onrechtmatigheid-toerekenbaarheid

Wat betekent het in par. 2 en 3 geschetste beeld van een onrechtmatigheidsbegrip dat mede door subjectieve elementen wordt beïnvloed voor de structuur van art. 6:162 BW, en meer in het bijzonder voor het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid? Laat ik vooropstellen dat ik dat onderscheid van groot belang acht. Door een heldere afbakening van normschending en toerekening wint het aansprakelijkheidsrechtelijke debat aan scherpte en inzichtelijkheid. Jurisprudentiële uitwassen, zoals het rechtstreeks baseren van aansprakelijkheid op de in het verkeer geldende opvattingen van art. 6:162 lid 3 BW⁴², dienen naar mijn mening te worden bestreden. Maar, zo vraag ik mij af, dwingt het principiële onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid ook tot een strikte scheiding tussen daad en dader en daarmee tot een strikt objectieve invulling van het begrip onrechtmatigheid?

Sieburgh meent van wel. Zij heeft in haar proefschrift nadrukkelijk gepleit voor een objectieve onrechtmatigheidstoetsing. Een gedraging, zo betoogt Sieburgh, is (slechts) onrechtmatig 'als zij in strijd is met een norm die voor iedereen geldt'. Het introduceren van een subjectief element in het onrechtmatigheidsbegrip leidt volgens haar enerzijds tot vervaging van normen, omdat een gesubjecti-

34 Zie P.H. Smits, *WPNR* 1940/3688, p. 374-375 (curs. toegevoegd, KJOJ). Zie in gelijke zin *WPNR* 1940/3689, p. 389 en *WPNR* 1940/3690, p. 402.

35 Niettemin kent zij nog vele aanhangers. Zie bijvoorbeeld C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, nr. 56 e.v.; T. Hartlief en G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 64 en A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 42.

36 Vergelijk de annotatie van C.J.H. Brunner onder HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 (Zwiepende tak), onder 2.

37 Toelichting-Meijers, *PG Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 614.

38 C.H. Sieburgh, *NJB* 1997, p. 632. Zie in gelijke zin Asser/Hartkamp (4-III), nr. 36.

39 Men kan immers evengoed de hier geschetste gedraging omschrijven als 'het gooien van een steen door een ruit', waarin dan wel de rechtsaantasting besloten ligt. Vergelijk in die zin Verheij

2005, p. 41.

40 Vergelijk Hartlief en Van Maanen 1995, p. 43-44. Deze benadering is sterk verwant aan de theorie van de 'rechtstreekse' inbreuk, zoals verdedigd door onder meer L.E.H. Rutten, *WPNR* 1953/4313, p. 442.

41 Overigens pakt deze benadering vooral goed uit ten aanzien van de 'klassieke', duidelijk omlinnde subjectieve rechten, zoals het (intellectuele) eigendomsrecht en de lichamelijke integriteit. Komen er 'modernere', vagere subjectieve rechten in het spel, zoals de fundamentele (mensen)rechten, dan valt aan een nadere toetsing aan de zorgvuldigheidsnormen meestal niet te ontkomen. Ten aanzien van dergelijke vage subjectieve rechten kan men immers welhaast per definitie niet goed spreken van een 'noodzakelijke' inbreuk erop. Vergelijk Hartlief en Van Maanen 1995, p. 41.

42 Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 11 februari 2004, *NJF* 2004, 310, waarin de rechtbank als het ware over de onrechtmatigheidsvraag heen lijkt te stappen (r.o. 3.4).

veerd onrechtmatigheids criterium niet duidelijk maakt welk gedrag ongeoorloofd is. Anderzijds vrees Sieburgh dat subjectivering een bres zal slaan in het systeem van ons aansprakelijkheidsrecht. Immers, zo redeneert zij, wanneer de onrechtmatigheid op grond van subjectieve overwegingen moet worden geacht te ontbreken, kan een toerekening op grond van de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3 BW) niet meer aan de orde komen, terwijl hetzelfde geldt voor de kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 6:170, 6:171 en 6:172 BW, omdat die immers een *fout* (toerekenbare onrechtmatige daad) van de dader vereisen.⁴³

Ik ben geneigd deze bezwaren te relativiseren. Om met het laatste te beginnen: ik deel niet de vrees dat een deels door subjectieve maatstaven gekleurd onrechtmatigheidsbegrip leidt tot verzwakking van ons aansprakelijkheidsrecht. Zoals hierboven reeds bleek⁴⁴, beschouw ik de subjectieve laakbaarheid niet als een *voorwaarde* voor onrechtmatigheid, maar als een potentieel *argument* daarvoor. Persoonlijke eigenschappen van de dader behoeven dus wat mij betreft niet aan het onrechtmatigheidsoordeel in de weg te staan; zij kunnen dat oordeel 'slechts' mede funderen.

Wat betreft Sieburghs eerste bezwaar, de vaagheid van gesubjectieerde normen, zou ik hetvolgende willen opmerken. De kracht van de zorgvuldigheidsnormen schuilt in hun flexibiliteit, in het feit dat zij zich voegen naar de omstandigheden van het geval. Wanneer men dan bepaalde van die omstandigheden – namelijk de op de dader betrekking hebbende – als het ware isoleert en 'bewaart' voor de toerekeningsvraag, zie ik niet in dat dit tot een wezenlijke verscherping van de betreffende gedragsnorm zal leiden, terwijl ik mij bovendien afvraag of een zekere mate van vaagheid in dit verband überhaupt wel als een bezwaar heeft te gelden. Meer in het algemeen denk ik dat bij de beoordeling van de onrechtmatigheid niet aan het perspectief van de dader valt te ontkomen, althans waar het de maatschappelijke zorgvuldigheid betreft.⁴⁵ Wanneer men een gedraging onderwerpt aan een contextgebonden norm, kan men er niet om heen dat die norm mede door de dader, immers degene die de betreffende gedraging verrichtte, wordt gekleurd.

Betekent dit nu dat het klassieke onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid in kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid moet worden losgelaten? Ik meen van niet. Weliswaar treedt bij de toepassing van zorgvuldigheidsnormen op een concreet geval, omwille van de flexibiliteit, een zekere vervaging op, maar dat betekent niet dat het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid daarmee vervalst. Het verandert slechts van karakter. In kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid moet de overgang van de onrechtmatigheid naar de toerekenbaarheid, de sprong van lid 2 naar lid 3 van art. 6:162 BW, worden gekarakteriseerd als een perspectiefwisseling. Bij de vraag naar de schending

van een zorgvuldigheidsnorm staat de gedraging voorop; bij de toerekening de dader. Subjectieve eigenschappen van de dader zoals diens kennis en intentie moeten, zo heb ik betoogd, in voorkomende gevallen als gezichtspunt reeds in het kader van de onrechtmatigheidstoetsing worden meegewogen, maar daarbij zullen zij nooit zelfstandig op de voorgrond treden. De gedraging van de laedens wordt in dit verband slechts 'gekleurd' door subjectieve aspecten. Pas bij de toerekening komt de persoon van de dader in het volle licht te staan.

Deze subtiele verschuiving van het perspectief, en met name de volgorde waarin zij plaatsvindt (eerst de gedraging; dan de dader), is van cruciaal belang. Zij bewerkstelligt namelijk dat de dader nooit kan worden afgerekend op enkel een kwade intentie of een laakbare geestesgesteldheid.⁴⁶ Tegelijkertijd doet zij recht aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om in voorkomende gevallen de onrechtmatigheid, bij gebreke van voldoende objectieve aanknopingspunten, mede op de persoonlijke eigenschappen van de dader te baseren.

6. Slot

Begeven wij ons ten slotte naar café De Munt in Amsterdam voor de klassieke proefopstelling van het aansprakelijkheidsrecht: het openstaande kelderluik.⁴⁷ Wanneer A, één van de stamgasten van het café, naar de WC wandelt, constateert hij dat er zich midden in het gangpad een gapend gat bevindt. Direct achter hem loopt B, een andere frequente bezoeker, die – naar A weet – oud, slechtziend en (op dat moment) beschonken is. A realiseert zich dat B, mede gezien de slechte verlichting ter plaatse, best eens in de kelder zou kunnen belanden. Niettemin wint A's hoge nood het van zijn verantwoordelijkheidsgevoel. Is A aansprakelijk indien B in het kelderluik valt? Naar objectieve maatstaven valt A weinig te verwijten. Men kan bezwaarlijk betogen dat een cafébezoeker andere gasten op straffe van aansprakelijkheid steeds dient te waarschuwen voor gevaren als het onderhavige.⁴⁸ Toch lijken in dit geval veel subjectieve factoren aan de zijde van A voor het aannemen van aansprakelijkheid te pleiten.

Het subjectieve element van de onrechtmatigheid kan, zo heb ik hierboven uiteengezet, niet worden gemist. Zowel vanuit een principieel als vanuit een praktisch oogpunt is het van belang dat bij de beantwoording van de vraag of de laedens een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, diens eigen kennis en intentie als gezichtspunten (kunnen) worden meegewogen. De vraag is intussen wel of met deze opvatting geen afbreuk wordt gedaan aan de heldere systematiek van art. 6:162 BW, en meer in het bijzonder aan het principiële onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. In par. 5 heb ik betoogd dat voor een dergelijke afbreuk niet hoeft te worden gevreesd. Weliswaar leidt de toepassing van zorgvuldigheidsnormen in dit verband tot een zekere vervaging – hetgeen ik

43 Zie Sieburgh, diss., p. 81-95, met een heldere samenvatting op p. 94-95. In navolging van Sieburgh kiest ook Asser/Hartkamp (4-III), nr. 51f voor deze benadering.

44 Zie par. 2 en 3, telkens aan het slot.

45 Zie in gelijke zin W.H. van Boom in zijn bespreking van Sieburghs proefschrift, WPNR 2001/6441, p. 340-341.

46 Algemeen aangenomen wordt dat dat onjuist zou zijn. Zie Sieburgh, diss., p. 156 en Nieuwenhuis 2003, p. 67.

47 Vergelijk HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. GJS (Kelderluik).

48 Vergelijk – in een andere setting – HR 9 december 1994, NJ 1996, 403, m.nt. CJHB (Zwiepende tak).

overigens als wenselijk beschouw – maar niettemin blijft het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid als aansprakelijkheidsrechtelijk denkkader overeind. Bij de vraag naar de schending van een zorgvuldigheidsnorm staat de gedraging van de dader voorop; zijn persoonlijke eigenschappen vervullen in dit verband slechts een ondersteunende rol als gezichtspunt voor onrechtmatigheid. Bij de toerekeningsvraag staat de dader

zelf centraal; eerst dan komen zijn persoonlijke eigenschappen als zelfstandige factor aan de orde.

Al met al meen ik dat de persoon van de dader bij de toetsing aan zorgvuldigheidsnormen nooit geheel buiten beeld mag geraken. Ik hoop te hebben aangetoond dat de structuur van art. 6:162 BW ruimte biedt voor de verwezenlijking van dit uitgangspunt.