

## Tilburg University

### Inleiding

Barendrecht, J.M.

*Published in:*

Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel

*Publication date:*

1997

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Barendrecht, J. M. (1997). Inleiding. In W. H. van Boom, C. E. C. Jansen, & J. G. A. Linssen (Eds.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel* (pp. 1-14). W.E.J. Tjeenk Willink.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **Inleiding**

### **1 Alternatieven voor de zwart-wit benadering**

Het verbintenissenrecht gaat er in beginsel van uit dat één partij helemaal gelijk heeft. Er is een toerekenbare tekortkoming of niet. Er bestaat een voldoende causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade of niet. Een partij had een mededelingsplicht of niet. In dit boek bekijken wij de uitzonderingen op dit beginsel: de mogelijkheden om tot tussenoplossingen te komen. Oplossingen waarbij ontstaan nadeel via een bepaalde sleutel over partijen wordt verdeeld, in plaats van exclusief aan één partij te worden toegerekend.

Sommige juridische instrumenten om tot verdeling van nadeel te komen staan sterk in de belangstelling, zoals eigen schuld. Andere, zoals de rechterlijke matiging, worden zelden toegepast. Nog weer andere methoden zitten in het systeem verscholen en komen langzaam tot ontwikkeling, zoals de proportionele verdeling bij onzeker causaal verband. In ieder van de bijdragen aan deze bundel wordt een leerstuk onderzocht waarbinnen verdeling van nadeel mogelijk is. Deze inleiding geeft eerst een heel ruwe schets van de voordelen, maar vooral ook van de problemen die te verwachten zijn als men tussenoplossingen aanvaardt. Vervolgens wordt in het kort weergegeven wat de belangrijkste uitkomsten zijn waartoe de bijdragen komen. Daarbij onderscheid ik een paar thema's die bij verdeling van nadeel regelmatig lijken terug te keren. Die thema's lenen zich waarschijnlijk ook goed voor vervolgonderzoek.

### **2 Waarom een tussenoplossing?**

#### *2.1 Het aantrekkelijke midden*

Waar twee partijen een geschil krijgen, is het zelden zo dat de ene partij helemaal fout is geweest en de ander niet. Bij dit ervaringsfeit sluiten tussenoplossingen goed aan.

Tussenoplossingen passen ook bij de manier waarop partijen met elkaar omgaan, als zij in onderling overleg een geschil oplossen. Wat geven en

nemen zal meestal de beste manier zijn om tot elkaar te komen. Ook als een geschil verder is geëscaleerd en gejuridificeerd, speelt de tussenoplossing nog een belangrijke rol. Procespartijen schatten hun proceskansen in en laten die mede bepalen of zij tot een schikking komen. Zelfs als de rechter al heeft gesproken, komt het uiteindelijk vaak tot een tussenoplossing, omdat er nog lang kan worden doorgeprocedeerd en omdat ook de kansen op verhaal van de vordering een rol gaan spelen.

Langzamerhand krijgt de tussenoplossing ook in de civiele procedure zelf een steeds belangrijkere plaats. Tijdens de comparitie na antwoord wordt nadrukkelijk naar tussenoplossingen gezocht. In kort gedingen is vrijwel iedere middenweg in het stelsel in te passen en de praktijk van de kort geding-rechtspraak laat een breed scala aan creatieve tussenoplossingen zien. Ook arbitrale colleges en consumentengeschillencommissies komen zonder veel plichtplegingen tot beslissingen die het nadeel over partijen verdelen.

Dat de tussenoplossing steeds sterker naar voren komt, past in de zoektocht naar rechtvaardigheid in het individuele geval, die het civiele recht de voorbije decennia heeft bepaald. Wie genuanceerd wil zijn en aan alle omstandigheden recht wil doen, ziet dat de weegschaal van vrouwe Justitie vaak lang op en neer blijft bewegen, voor uiteindelijk dat ene argumentje de doorslag geeft. Hij ziet ook dat een net iets andere weging van de argumenten de balans naar de andere kant zou hebben laten doorslaan, zodat de uiteindelijke beslissing over het al dan niet bestaan van een bepaalde verbintenis vaak iets willekeurig heeft.

## 2.2 *De problematische tussenoplossing*

Als dit allemaal zo is, waarom komt het civiele recht dan niet vaker op de tussenoplossing uit? Ergens past die niet in onze cultuur. Misschien moeten wij dat wel op de rekening van Paul Scholten schrijven. In de passage die nog steeds als het hoogtepunt van de Nederlandse rechtsliteratuur kan gelden, de paragraaf over 'De beslissing' in het Algemeen Deel, keert hij zich tegen de tussenoplossing.<sup>1</sup> Om te laten zien wat hij van de rechter verwacht, stopt Scholten de tussenoplossing in de hoek van de besluiteloze slappelingen. 'Van de rechter wordt de *daad* verwacht. Hij moet de verantwoordelijkheid aandurven (...). Wie in de twijfel blijft steken, en niet tot de daad der beslissing kan komen, deugt niet voor rechter.'<sup>2</sup>

---

1 In de gedaante van het bemiddelend vonnis als voorgesteld door Hartzfeld.

2 P. Scholten, *Algemeen Deel*, tweede druk Zwolle 1974, p. 134.

Als je het zo uit zijn verband gehaald leest, blijft er weinig over dan manhaftige taal. Maar de in deze passage tot uiting komende weezin staat niet op zichzelf. In het Romeinse recht wilde men zelfs niets weten van de meest voordehandliggende tussenoplossing, die bij eigen schuld. Pas in de achttiende eeuw werd deze serieus verdedigd en het duurde tot rond 1900 voor verdeling van aansprakelijkheid in continentaal Europa algemeen werd geaccepteerd. In Engeland duurde dat tot 1945 en in de Verenigde Staten is het debat over 'contributory' tegenover 'comparative' negligence nu pas op zijn einde aan het lopen.<sup>3</sup>

Het is verleidelijk om hier te gaan psychologiseren. Rechters die knopen durven door te hakken, beantwoorden wellicht inderdaad aan een bepaald 'rechterbeeld', al is dat er dan één van vroegere tijden. Een grijs tussengebied is voor de jurist misschien ook moeilijk te aanvaarden, omdat hij richting de maatschappij graag het beeld wil ophouden van een duidelijke ordening, waarin mensen zich vrij kunnen bewegen, totdat zij op de rechten van anderen stuiten. De twijfel over de juistheid van die ordening is er bij ons juristen wel, maar om die in de beslissing zelf tot uiting te laten komen, zou afdoen aan het gezag daarvan. En misschien zien wij tussenoplossingen intuïtief als iets waar geen van beide partijen iets aan heeft. Ook het verhaal van Salomo is in ons rechterbeeld gaan zitten.

Veel meer dan speculatie is dit niet. Wij krijgen meer vaste grond onder de voeten als wij constateren dat het aanvaarden van tussenoplossingen de jurist in een moeilijk parket plaatst. Eerst worden al zijn bestaande problemen verdubbeld. Waar het werk gewoonlijk bestaat uit het vinden van een grens tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde, moeten er nu een tweetal grenzen komen: tussen wit en grijs en tussen grijs en zwart. Er zal immers een gebied moeten worden afgebakend waarbinnen die tussenoplossing aanvaardbaar is. Want niemand zal tussenoplossingen willen verdedigen bij evident onrechtmatig gedrag of als de schade zonder enige twijfel volledig aan de benadeelde is te wijten.

Maar met die verdubbeling zijn wij er nog niet, want grijs komt in vele tinten. Wie tussenoplossingen wil aanvaarden, zal ook moeten kunnen aangeven hoeveel van het nadeel dan bij wie moet komen te liggen. Ja, hij kan het nog even proberen met 'gewoon ieder de helft', maar dezelfde argumenten die voor een tussenoplossing pleiten, keren zich al snel ook tegen die uitweg.

---

3 Smits in deze bundel, p. 215.

Een 'hoeveel' rechtvaardigen, vereist in beginsel<sup>4</sup> een heel ander type normen dan een ja/nee beslissing. Als men hecht aan rechtsgelijkheid en niet in intuïtieve oordelen wil blijven steken, zal men er dan niet aan ontkomen bepaalde omstandigheden om te zetten in kwantitatieve grootheden. Voor de balans met zijn twee schalen waarvan er uiteindelijk altijd een naar beneden komt, krijgt de jurist een maatlat in zijn handen geduwd. Maar wat hij daarlangs moet leggen, is meestal een groot aantal ongelijksoortige omstandigheden die niet in dezelfde eenheden zijn uit te drukken. De rechtstaal zit vol met termen die uitdrukken dat het goed funderen van een beslissing uiterst lastig wordt als vele ongelijksoortige omstandigheden moeten worden verdisconteerd: 'ex aequo et bono', 'naar billijkheid', 'intuïtief oordeel', 'niet nader te motiveren' en 'onevenredig nadeel'.

Dat de zoektocht naar het evenwichtige midden geen eenvoudige is, blijkt uit ieder van de bijdragen in deze bundel. De besproken thema's zijn verre van platgetreden. Regelmatig moest zelfs een eerste ordening nog worden aangebracht, als eenmaal de stap is gezet dat verdeling van nadeel kan plaatsvinden. Waar verdeling al langer mogelijk wordt geacht, heerst nog veel onzekerheid en verwarring.

### **3 Tussenoplossingen in overgangssituaties**

Uit het hiervoor opgemerkte vloeit voort dat tussenoplossingen aantrekkelijk zijn in situaties waar het recht een scherpe scheidslijn aanbrengt, terwijl de sociale werkelijkheid die van een geleidelijke overgang is. De scherpe kanten kunnen dan worden weggenomen door een tussengebied te aanvaarden, waarin het nadeel over partijen kan worden verdeeld.

#### *3.1 Rondom de overeenkomst*

Maar wij zagen dat er dan eigenlijk twee nieuwe afbakeningen nodig zijn. Als dat ergens duidelijk wordt, dan is dat op het grensvlak tussen ongebondenheid en de overeenkomst. De Hoge Raad heeft hier het grijze tussengebied voor geopend verklaard. Maar waar de grens ligt tussen de eerste fase (geen enkele binding) en de tweede (enige vergoeding) maakt hij niet duidelijk. Iets meer aandacht heeft de grens tussen de tweede fase en de derde (volledige vergoeding van het positief contractsbelang) gekregen.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Zie hierna p. 6 voor een mogelijkheid om dit te vermijden.

<sup>5</sup> Van den Berg, p. 19 e.v.

Van den Berg laat zien dat soms in de onderhandelingsfase al een begin met het verrichten van de nog overeen te komen prestatie moet worden gemaakt: onderhandelingen over de prijs kunnen pas plaatsvinden, nadat de wensen van de opdrachtgever geconcretiseerd zijn tot een (al dan niet ruw) ontwerp van de te verrichten prestatie. Bij het afketsen van de onderhandelingen kan de opdrachtgever zijn voordeel doen met dat ontwerp door het aan andere potentiële opdrachtgevers te tonen, die daarmee ontwerpkosten uitsparen en dus goedkoper kunnen offeren. Het *quid pro quo* (of 'voor wat, hoort wat') kan hier een goed argument zijn voor vergoeding.<sup>6</sup>

Anders ligt dat met de zuivere calculatiekosten, de kosten die worden gemaakt om uit te rekenen wat de prijs zal moeten zijn als de prestatie eenmaal nader is gedefinieerd. Die behoren tot het gewone bedrijfsrisico, als het in normale onderhandelingen niet tot een overeenkomst komt. Wel bepleit Van den Berg vergoeding van calculatiekosten bij 'leuren' door een aanbesteder, die met de door hem uitgelokte aanbieding meteen naar andere potentiële aanbieders gaat. Degene die calculeert, heeft dan niet de faire kans in de onderhandelingen gehad, die hij mocht verwachten toen hij werd uitgenodigd een aanbieding te doen. Wie een ander bewust onderhandelingskosten laat maken, behoort die ander een redelijke kans te geven op het binnenhalen van het contract.<sup>7</sup>

Chao-Duivis bekijkt de overgangsfase bij de beëindiging van een contractuele relatie. Ook daar komt het voor dat een partij investeringen pleegt in de gerechtvaardigde verwachting dat hij een behoorlijke kans krijgt om deze terug te verdienen. Chao-Duivis vindt de grondslag van een desbetreffende vergoedingsplicht in het feit dat de investering mede door de wederpartij is veroorzaakt.<sup>8</sup> Naar mate het initiatief tot de investeringen meer bij de wederpartij heeft gelegen, zal die meer gehouden zijn de gelegenheid te geven tot het terugverdienen van deze investeringen.<sup>9</sup>

Een tweede categorie gevallen die zij bespreekt, is die waarbij bepaalde voordelen verbonden aan de samenwerking bij de ene partij terechtkomen, terwijl de andere partij daar eigenlijk het meeste aanspraak op kan maken, omdat zij kosten heeft gemaakt waardoor die voordelen zijn ontstaan of om die voordelen te verwerven. Het gebruik maken van bedrijfsgebonden know-how verworven in de dienstbetrekking door een ex-werknemer is

---

6 Van den Berg, p. 23.

7 Van den Berg, p. 18.

8 Chao-Duivis, p. 84.

9 Chao-Duivis, p. 88.

daarvan een voorbeeld.<sup>10</sup> En zij behandelt ook het geval waarin een onderneming wordt overgedragen en de overdragende partij vervolgens als concurrent gaat optreden. Van den Berg's *quid pro quo* is hierin terug te zien.

### *3.2 Overgang in beleid*

Een andere overgangssituatie doet zich voor als de overheid haar beleid wijzigt en een burger daardoor wordt getroffen. De verdeling van nadeel is dan in beginsel zo, dat de overheid alleen onevenredig nadeel behoeft te compenseren. Voermans gaat in op de grondslagen en criteria voor nadeelcompensatie. Die blijken nog moeilijk toepasbaar te zijn. Hij vraagt zich met name af of het kader voor verdere rechtsontwikkeling wel moet zijn gelegen in het schadevergoedingsrecht van Afdeling 6.1.10 van het BW.<sup>11</sup>

### *3.3 Terugbrengen tot een normale toedeling door onderscheid in posten?*

Het lijkt alsof de verdelingsmogelijkheden in deze overgangssituaties enige gemeenschappelijke kenmerken vertonen. In de eerste plaats valt op dat in deze situaties vooralsnog geen sprake is van procentuele verdeling van het nadeel, maar dat de werkwijze een andere is. Eerst wordt het nadeel opgesplitst in verschillende posten (zuivere calculatiekosten, ontwerpkosten). En dan wordt bekeken welke post mogelijk eerder voor vergoeding in aanmerking komt dan een andere, omdat de argumenten daarvoor beter zijn. Door de opsplitsing in posten wordt een verdelingsprobleem weer gereduceerd tot een gewoon 'digitaal' probleem, zoals wij dat gewend zijn: er ontstaat geen grijs gebied met alle complicaties vandien.

Dit is een benadering die ruimere toepassing vindt en kan vinden. Steeds waar verschillende nadeelscategorieën bestaan, kan deze immers worden toegepast. De nadruk bij de juridische beoordeling komt dan te liggen op de argumenten voor het wel vergoeden van de ene post en het niet vergoeden van de andere post. Die zullen het verschil in rechtsgevolg moeten kunnen dragen.

---

<sup>10</sup> Chao-Duivis, p. 83.

<sup>11</sup> Voermans, p. 206.

---

### 3.4 *Vertrouwen op het normale patroon met toedoen?*

Uit de beschouwingen van Van den Berg en Chao-Duivis komen nog een paar argumentatielijnen naar voren die wellicht algemenere betekenis hebben. Zij onderscheiden beiden situaties waarin de benadeelde er op mocht vertrouwen dat zij de kans zouden krijgen bepaalde investeringen (calculatiekosten, investeringen van de distributeur) bij een normale gang van zaken (onderhandelen, voortzetten overeenkomst) terug te kunnen verdienen, waarbij dat vertrouwen is ontstaan door toedoen van de wederpartij (uitnodigen een aanbieding te doen, instigeren van investeringen).

Ook in de analyse van Voermans komt dit vertrouwen op de normale gang van zaken aan de orde. Investeringen genieten bescherming tegen schade als gevolg van een overheidsmaatregel, die niet voortvloeit uit normale maatschappelijke ontwikkelingen of uit het verwezenlijken van een normaal bedrijfsrisico.<sup>12</sup> Het toedoen van de overheid komt bij hem niet naar voren, maar zou een sterk argument pro vergoeding kunnen opleveren: als de overheid de benadeelde heeft gestimuleerd om de bewuste maatschappelijke activiteit te gaan verrichten of op de bewuste plaats te gaan verrichten.<sup>13</sup>

### 3.5 *Ongerechtvaardigde verrijking?*

Een tweede thema dat meerdere keren terugkeert, is dat de voordelen (ontwerpgegevens, klantgegevens) in een overgangssituatie soms door feitelijke omstandigheden terecht komen bij een andere partij dan die daarvoor de lasten heeft gedragen. Dan komt het *quid pro quo*-beginsel in stelling. Men zou ook aan ongerechtvaardigde verrijking kunnen denken.

Ook hier geldt dat het leerstuk van de nadeelcompensatie natuurlijk een sterk afwijkende positie inneemt, maar wellicht dat er toch een parallel is. Nadeelcompensatie lijkt eerder geboden als de 'charges publiques' die op een burger worden gelegd hun pendant vinden in grote voordelen voor die overheid of voor anderen wier belangen door de overheidsmaatregelen worden gediend. Men zou dan van een ongerechtvaardigde verrijking-achtige situatie kunnen spreken.<sup>14</sup>

---

12 Voermans, p. 203.

13 Vergelijk losbl. Bestuursrechtelijke schadevergoeding (Van Ravels), F 10.4.7.5.

14 Zie de discussie over 'afwenteling' in het bestuursrecht waarover Voermans, p. 207.



#### 4 Tussenoplossingen bij verwevenheid van het handelen van partijen

Tussenoplossingen liggen ook voor de hand als het handelen van partijen met elkaar verweven is. Nadeel ontstaat zelden alleen door één geïsoleerde fout van een partij. Vaak is ook van belang hoe partijen zich hadden moeten voorbereiden op gevaarscheppend gedrag van hun wederpartij en hoe zij op elkaars handelen reageren.

##### 4.1 *Eigen schuld binnen contract*

Met name in een contractuele verhouding kunnen de gedragingen van partijen sterk met elkaar verweven zijn. Jansen constateert dat het eigen schuld-leerstuk binnen contract toch weinig wordt toegepast. Hij verklaart dit voor het meest voorkomende contacttype: dat waarbij een partij een goed of dienst inkoopt bij een andere partij. Jansen onderscheidt vijf oorzaken voor het achterblijven van die prestatie bij de verwachtingen.<sup>15</sup> Slechts in twee van die situaties kan eigen schuld aan de orde komen, kort gezegd als de ene partij een verkeerde keuze van de andere partij had behoren op te merken.<sup>16</sup>

Als de afnemer van de prestatie de verkeerde keuze van de leverancier niet opmerkt, zal hem volgens Jansen slechts zelden eigen schuld kunnen worden verweten. Binnen de geschetste contractuele verhouding zal het immers meestal zo zijn dat die partij juist beoogt de werkzaamheden en de verantwoordelijkheid daarvoor aan een ander over te laten. Hij mag die ander dan wel controleren, maar hoeft dat niet te doen.<sup>17</sup>

Iets eerder kan eigen schuld aan de orde komen als de leverancier had moeten merken dat de afnemer een ongelukkige keuze heeft gemaakt. Die leverancier zal immers bij het verwezenlijken van de prestatie regelmatig met eventuele fouten in de opdracht worden geconfronteerd.<sup>18</sup>

##### 4.2 *Zelfbeschermings- en anticipatieplichten*

Ook in mijn eigen bijdrage over eigen schuld komt het thema van de verwevenheid uitvoerig aan de orde. De door Jansen geschetste situatie blijkt zich algemener voor te doen. Zo bestaan in het verkeersrecht en daar-

---

<sup>15</sup> Jansen, p. 35 e.v.

<sup>16</sup> Jansen, p. 42.

<sup>17</sup> Jansen, p. 51.

<sup>18</sup> Jansen, p. 52.

buiten plichten van potentiële benadeelden om zichzelf te beschermen tegen nadeel (dragen van een valhelm of veiligheidsgordel). De vraag is onder meer of schending van een 'zelfbeschermingsplicht' alleen tot eigen schuld mag leiden als sprake is van een rechtsplicht.<sup>19</sup>

Voorts zijn er plichten om rekening te houden met fouten van potentiële benadeelden (in het wegverkeer jegens andere verkeersdeelnemers, van de werkgever jegens de werknemer). Zowel de zelfbeschermingsplicht als de anticipatieplicht hebben eigenlijk pas effect als de wederpartij een fout heeft gemaakt. Zij zijn er op gericht toch nog te voorkomen dat die fout tot nadeel leidt. De verwevenheid van het handelen van partijen is daarmee gegeven.

De anticipatieplicht is een belangrijk middel tot het verkrijgen van slachtofferbescherming, omdat daarmee aansprakelijkheid kan worden gecreëerd, terwijl het slachtoffer zelf een fout heeft gemaakt. Dat roept problemen op binnen het eigen schuld-leerstuk, omdat de neiging zal bestaan de fout van het slachtoffer zwaar aan te rekenen. Een analyse van dit probleem en een voorstel voor oplossingen is in mijn bijdrage te vinden.<sup>20</sup> Ook de rechtspraak van de Hoge Raad over eigen schuld in het wegverkeer kan in het ontwikkelde kader worden gepast.

#### 4.3 Toezichtsplichten en hoofdelijke aansprakelijkheid

Verwevenheid kan zich ook voordoen als er meerdere veroorzakers zijn. Tegenover het slachtoffer zijn die volgens de Nederlandse wet en rechtspraak hoofdelijk aansprakelijk. Van Boom verdiept zich in de positie van een medeveroorzaker, die slechts een gering aandeel heeft in het ontstaan van de schade, maar een goedgevulde beurs heeft in vergelijking met de primaire veroorzaker en daarom een aantrekkelijk doelwit vormt voor claims van het slachtoffer. Wettelijke en andere toezichthouders als commissarissen, accountants, ouders en verantwoordelijken voor psychiatrische patiënten zijn voorbeelden van wat men in de Amerikaanse rechtspraak is gaan noemen: 'peripheral tortfeasors'.

In Amerika is er een door Van Boom diepgaand geanalyseerde stroming om deze daders niet hoofdelijk aansprakelijk te stellen, maar slechts voor een geringer aandeel.<sup>21</sup> In Nederland is er nog niet de noodzaak om tot een beperking van de hoofdelijke aansprakelijkheid in dit type gevallen te

---

19 Barendrecht, p. 185; zie ook Jansen, p. 52.

20 Barendrecht, p. 174 e.v.

21 Van Boom, p. 137 e.v.

komen, maar zou die ontstaan, dan geeft Van Boom mooi een overzicht van de in aanmerking komende oplossingen en hun voor- en nadelen.<sup>22</sup>

## 5 Verdeling van onzekerheid

Verdeling van nadeel is ook een mogelijkheid als er onzekerheid bestaat over de feiten. In plaats van die onzekerheid voor rekening van één partij te laten, kan verdeling over partijen plaatsvinden, bijvoorbeeld naar rato van de kans dat de versie van de betreffende partij juist is.

### 5.1 *Onzeker causaal verband*

Bij onzekerheid over het causaal verband komt een proportionele benadering langzamerhand in zwang, mede onder invloed van het werk van Akkermans, die in deze bundel nog eens kijkt naar de grondslagen die daarvoor geschikt zijn.<sup>23</sup> De kans dat het nadeel door een bepaalde omstandigheid is veroorzaakt, is dan beslissend voor de omvang van de vergoedingsplicht.

Het lijkt of er nog vele mogelijkheden zijn om de proportionele benadering bij onzeker causaal verband toe te passen. Wat bijvoorbeeld te denken van een aansprakelijkheid naar rato van de kans dat een contract tot stand zou zijn gekomen als partijen te goeder trouw hadden dooronderhandeld, zoals Van den Berg aanstipt?<sup>24</sup> Of naar rato van de mate waarin de beslissing tot het doen van een bepaalde investering door elk van beide partijen is veroorzaakt, zoals Chao-Duivis impliceert?<sup>25</sup> Of naar rato van de mate waarin de overheid bepaalde investeringen heeft gestimuleerd?<sup>26</sup>

Eén van de onbeantwoorde vragen is nog in welk gebied proportionele verdeling toelaatbaar is. Bestaat al bij een gering percentage veroorzakingswaarschijnlijkheid een recht op (een dienovereenkomstig geringe) vergoeding? Als een causale relatie zeer waarschijnlijk is, maar er een kans op het ontbreken daarvan overblijft, moet dan (een dienovereenkomstig kleine) aftrek plaatsvinden? Kortom: waar gaat 'wit' over in 'grijs' en 'grijs' over in 'zwart'?<sup>27</sup>

---

22 Van Boom, p. 150 e.v..

23 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KU Brabant, Deventer 1997.

24 Van den Berg, p. 27.

25 Chao-Duivis, p. 88.

26 Zie hiervoor, p. 7.

27 Vergelijk hierover wel Akkermans, a.w. (noot 23), p. 244 e.v.

## 5.2 *Andere feitelijke onzekerheden?*

Een gemakkelijk gestelde, maar zeer moeilijk bevredigend te beantwoorden vraag is of ook andere feitelijke onzekerheden mogen worden verdisconteerd door het nadeel over partijen om te slaan naar rato van de kans dat zij het gelijk aan hun zijde hebben. Een proportionele benadering zou het bewijsrecht wel erg op zijn kop zetten, is de strekking van het stuk van Giesen 'Bewijsrisico, ongedeelde smart!?' Het bewijsrecht mag dan veel genuanceerder zijn geworden door specifieke bewijsregels en aanvullende stelplichten, maar verdeling van het nadeel ontstaan door bewijsnood wordt in de Nederlandse bewijsrechtelijke literatuur niet als optie genoemd en in de buitenlandse literatuur slechts terloops.<sup>28</sup>

Aan een proportionele benadering zitten ook hier voordelen: het verschuiven van een deel van het bewijsrisico is minder verstrekkend dan het belasten van een partij met het gehele risico en het kan de waarheidsvinding bevorderen, aldus Giesen. Maar de bezwaren vanuit het systeem van het bewijsrecht blijven voorlopig de doorslag geven, behalve voor de ook door Akkermans behandelde gevallen van onzeker causaal verband.<sup>29</sup> Akkermans zoekt ook naar een rechtvaardiging van die beperking. Hij vindt die in het argument dat het bij de vaststelling van causaal verband gaat om een 'hypothetische gebeurtenis': wat zou er gebeurd zijn als het verweten handelen niet had plaatsgevonden? Die hypothetische toestand is nooit kenbaar, zoals andere te bewijzen feiten dat wel kunnen zijn.<sup>30</sup> Giesen voegt daar nog een argument aan toe: bij onzekerheid over het causaal verband is tenminste duidelijk dat de aansprakelijke enig verwijt kan worden gemaakt.<sup>31</sup>

## 6 **Hoe te verdelen?**

Een laatste centrale thema is de wijze waarop verdeling moet plaatsvinden als eenmaal de stap is gezet naar de mogelijkheid van proportionele verdeling.

---

28 Giesen, p. 126.

29 Giesen, p. 131.

30 Akkermans, p. 114.

31 Giesen, p. 132.

### *6.1 Zorgvuldige inpassing, horen van partijen en consistent weg*

Dat de terughoudendheid bij het aanvaarden van tussenoplossingen niet helemaal zonder grond is, blijkt als wij zien voor welke onvermoede inpassingsproblemen deze kunnen zorgen. Uit de bijdrage van Spier blijkt hoe voorzichtig men moet zijn met het aanvaarden van tussenoplossingen, als daarmee de evenredigheid van de prestaties van partijen in een contractuele verhouding wordt aangetast. Het evenwicht kan met name worden verbroken als een voor één partij bezwarend beding, zoals een exoneratie, buiten werking wordt gesteld. De tegenprestatie, meestal de prijs, is dan wellicht niet meer evenredig met het totaal van de prestaties die moeten worden verricht en de risico's die worden gelopen. Dit toepassend op verzekeringsovereenkomsten, komt hij tot het resultaat dat dekkingsbeperkingen zich in het algemeen niet lenen voor rechterlijke inhoudscontrole, ook niet bij 'claims made'-verzekeringen. Eventuele bescherming van de verzekerde is wel mogelijk als de dekkingsbeperking voor de verzekerde onvoldoende kenbaar was.<sup>32</sup>

Linssen onderzocht de mogelijkheden van een gulden middenweg bij de ontbinding van een contractuele relatie en bepleit meer evenredigheid tussen de sanctie en de situatie waarin wordt ontbonden.<sup>33</sup> Hij laat zien dat het aanvaarden van tussenoplossingen daar een toename van het aantal oplossingsmogelijkheden voor een concreet geschil betekent. Dat zou gevolgen moeten hebben in de procesrechtelijke sfeer, omdat daardoor eerder het risico ontstaat dat een partij door de rechterlijke beslissing wordt verrast. Het beginsel van hoor en wederhoor zou zo kunnen worden uitgelegd dat de rechter verplicht is partijen eerst over een bepaalde tussenoplossing te horen wanneer hij die wil opleggen. In hoeverre deze redenering ook voor andere tussenoplossingen op zou kunnen gaan, is nog een interessante vraag.<sup>34</sup> Linssen verwijst in ieder geval naar de regeling van de onvoorziene omstandigheden.<sup>35</sup>

Oppassen is het ook met de consistentie.<sup>36</sup> Bij eigen schuld kan het voorkomen dat in het kader van de verdeling oplossingen worden aanvaard, die zich niet verdragen met wat elders in het vermogensrecht geldt.<sup>37</sup> Als voor een bepaald feitencomplex eenmaal aansprakelijkheid wordt aangeno-

---

<sup>32</sup> Spier, p. 98.

<sup>33</sup> Linssen, p. 60 e.v.

<sup>34</sup> Linssen, p. 67.

<sup>35</sup> Linssen, p. 68.

<sup>36</sup> Barendrecht, p. 159.

<sup>37</sup> Smits, p. 219 en 226.

men, moet bijvoorbeeld niet binnen het leerstuk van de eigen schuld voor hetzelfde feitencomplex volledige eigen schuld worden aanvaard. Dan zou het recht met de ene hand weer terugnemen wat het met de andere hand heeft gegeven.

### 6.2 Verdelingsmaatstaven?

Hoe de aandelen van partijen nu precies moeten worden vastgesteld is nog een belangrijke onderzoeksvraag. Uit veel van de bijdragen komt de causaliteit als belangrijke factor naar voren. De Hoge Raad gaat bij art. 6:101 BW uit van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, de kans dat de omstandigheden aan beide zijden tot schade als de onderhavige zouden hebben geleid.<sup>38</sup> Duidelijk is ook dat ‘schuld’ en ‘billijkheidsargumenten’ een plek in het systeem hebben, maar de onderlinge verhouding van deze factoren is nog onzeker, evenals de aard van de billijkheidsargumenten die mogen meewegen. In de rechtspraak bestaat steeds meer behoefte aan een ordening, die misschien kan worden verkregen door voor veel voorkomende situaties vuistregels te ontwikkelen.<sup>39</sup>

### 6.3 Symmetrie?

Een terugkerend probleem thema is ook dat van de symmetrie. Wie gaat afwegen heeft de neiging om aansprakelijke en benadeelde gelijk te behandelen en de omstandigheden aan beide zijden langs dezelfde ‘maatlat’ te leggen. ‘Gelijke behandeling’ is bij ons juristen ingebakken.

Maar de positie van partijen is daarvoor vaak te verschillend: een letselslachtoffer kan niet hetzelfde type verwijt worden gemaakt, wanneer hij een enkele keer niet goed heeft opgelet, als een dader die bepaalde gevaren in het leven roept en die zich kan verzekeren.<sup>40</sup> Het verbinden van rechtsgevolg aan ‘risico-aanvaarding’ is iets heel anders dan het opleggen van risico-aansprakelijkheid.<sup>41</sup> Ook de posities van overheid en burger zijn zeer verschillend zegt Voermans, die daarom de gebruikelijke civielrechtelijke afwegingskaders, zoals art. 6:101 BW, niet erg geschikt acht voor de verdeling van nadeel bij bestuurscompensatie.<sup>42</sup>

---

38 Barendrecht, p. 166.

39 Barendrecht, p. 170.

40 Barendrecht, p. 163.

41 Smits, p. 217; Barendrecht, p. 163.

42 Voermans, p. 207.

In het stuk van Van Boom zit nog een ander soort asymmetrie. De 'minimale medeveroorzaker' behoort mogelijk slechts voor zijn aandeel aansprakelijk te zijn richting het slachtoffer, maar de medeveroorzaker die een groot aandeel heeft gehad in het ontstaan van de schade kan dan nog steeds voor 100% hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dan is de aansprakelijkheid niet proportioneel.<sup>43</sup>

#### 6.4 *Zuinig met begrippen; de 'tweezijdige zorgvuldigheidsnorm'?*

Smits besluit met een radicale gedachte. De wel vaker gesignaleerde problematiek van 'communicerende vaten', te weten dat bepaalde vragen steeds in een iets andere gedaante terugkomen in de verschillende leerstukken van het onrechtmatige daadsrecht, blijkt zich ook voor te doen bij verdelings-vraagstukken. Die kunnen binnen het eigen schuld-leerstuk, maar ook binnen andere leerstukken als de zorgvuldigheidsnorm of matiging worden benaderd.<sup>44</sup> Smits vraagt zich af of het ter voorkoming van dubbel werk en begripsmatige verwarring niet beter zou zijn om uit te gaan van een 'tweezijdige zorgvuldigheidsnorm', waarbinnen in één keer de afweging van het gedrag van beide partijen tot bepaalde uitkomsten leidt.<sup>45</sup> Die gedachte lijkt zeker nadere bestudering waard...

### 7 **De toekomst**

Het exploreren van de mogelijkheden om tot verdeling van nadeel te komen, is met deze bundel nog lang niet afgerond. Het beeld zal nog completer moeten worden. Onderwerpen als matiging, onvoorziene omstandigheden, beperking van de gevolgen van nietigheid en gedeeltelijke buitenwerkingstelling op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen ook in dit licht worden gezien. De uitkomsten die wij hierna presenteren, zijn bovendien slechts voorlopig en geven aanleiding tot nieuwe vragen. Die hebben ons echter niet af kunnen brengen van de basisgedachte dat het civiele recht vaker tussenoplossingen zou moeten bieden. Het is eerder de beredenering van die tussenoplossing die ons voor problemen plaatst, dan dat er iets mis zou zijn met de basisgedachte die daar achter zit.

---

<sup>43</sup> Zie de situatie in enkele Amerikaanse staten als beschreven door Van Boom, p. 143.

<sup>44</sup> Smits, p. 218.

<sup>45</sup> Smits, p. 224.