

MONOGRAFIEËN PRIVAATRECHT

4 Onrechtmatige daad

Prof. mr. A.J. Verheij

Negende druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

WOORD VOORAF

Bij de negende druk

Evenals bij de vorige druk is ernaar gestreefd om binnen een beperkt bestek een goed overzicht te geven van het geldende aansprakelijkheidsrecht, met name voor studenten. Ten opzichte van de vorige druk in 2019 is veel rechtspraak toegevoegd, om precies te zijn: 65 arresten van de Hoge Raad, twaalf arresten van Gerechtshoven, 33 uitspraken van Rechtbanken, acht arresten van het Hof van Justitie van de EU en één uitspraak van het Duitse *Bundesgerichtshof*. De arresten van de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU (ook daterend van voor 2019) waren nodig om de lezer een beter beeld van het geldende recht te geven, terwijl de andere uitspraken dienen ter illustratie en ter verlevendiging.

Ook deze keer geldt dat, gezien de opzet van deze monografie en uit overwegingen van leesbaarheid, bij literatuurverwijzingen geen volledigheid is betracht, doch tot op zekere hoogte subjectieve keuzes zijn gemaakt. Met het oog op de leesbaarheid is terughoudendheid betracht met verwijzing naar handboeken (Asser, Studiereeks Burgerlijk Recht en Groene Serie), omdat het aantal verwijzingen anders buitensporig groot zou zijn en de lezer de weg naar die literatuur toch wel kan vinden. Om meer recht te doen aan de literatuur is in deze druk ten opzichte van de vorige druk verwezen naar bijna tachtig extra publicaties (enkele oudere bronnen zijn daarentegen geschrapt). Ik hoop dat degenen die niet of naar hun smaak onvoldoende vaak zijn genoemd hiervoor begrip zullen opbrengen.

Voor het overzicht van de lezer zijn verschillende paragrafen in (verdere) deelparagrafen opgedeeld: paragraaf 10.2 (Afwikkeling van (massa)schade), paragraaf 16 (Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid), paragraaf 47 (Schade), paragraaf 48 (Vermogensschade: gemaakte kosten), paragraaf 49 (Immateriële schade), paragraaf 50 (Schadebegroting), paragraaf 51 (Toerekening naar redelijkheid) en paragraaf 54 (Letsel- en overlijdensschade). Deze paragrafen zijn ook het meest herschreven in vergelijking met de vorige druk.

Nieuwe ontwikkelingen zijn tot eind december 2022 meegenomen.

Voor eventuele suggesties of opmerkingen houd ik mij aanbevolen (a.j.verheij@rug.nl).

Groningen, januari 2023

A.J. Verheij

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Afwentelingsmechanismen / 1
- 2 Kenmerken en onderlinge verhouding / 1
- 3 Bronnen van verbintenissen en samenloop / 4
- 4 Onrechtmatige daad: persoonlijke en kwalitatieve aansprakelijkheid en vestigings- en omvangsfase / 4
 - 4.1 Algemeen / 4
 - 4.2 Persoonlijke en kwalitatieve aansprakelijkheid / 5
 - 4.3 Vestigings- en omvangsfase / 6
- 5 Verbod en aansprakelijkheid voor rechtmatige daad / 6
- 6 Aansprakelijkheidsverzekering en verzekeraarbaarheid / 8
- 7 Van schuld naar risico / 11
- 8 Functies van het aansprakelijkheidsrecht / 15
- 9 Verjaring / 18
 - 9.1 Algemeen / 18
 - 9.2 Korte termijn / 20
 - 9.3 Lange termijn / 21
 - 9.4 Stuiting / 22
- 10 Drie thema's: Europeanisering, afwikkeling van (massa)schade en claimcultuur / 24
 - 10.1 Europeanisering / 24
 - 10.2 Afwikkeling van (massa)schade / 25
 - 10.2.1 Algemeen / 25
 - 10.2.2 Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade / 26
 - 10.2.3 Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad / 27
 - 10.2.4 Voorschotregeling / 27
 - 10.2.5 Afwikkeling van massaschade: WCAM en Wamca / 28
 - 10.3 Claimcultuur? / 34
- 11 Plan van behandeling; wat niet of minder uitvoerig wordt behandeld / 35

HOOFDSTUK 2

Persoonlijke aansprakelijkheid / 37

- A Voorwaarden voor persoonlijke aansprakelijkheid / 37
- 12 Algemeen / 37
- 12.1 Basisvoorwaarden voor aansprakelijkheid / 37
- 12.2 Relativering van de vereisten van de onrechtmatige daad / 41
- 12.3 Plan van behandeling / 42
- 13 Onrechtmatigheid: historisch overzicht / 42
- 14 Onrechtmatigheid: strijd met een wettelijke plicht en relativiteit / 45
- 15 Onrechtmatigheid: inbreuk op een recht / 50
- 16 Onrechtmatigheid: strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid / 55
- 16.1 Algemeen / 55
- 16.2 Concretisering van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm / 56
- 16.3 Gevaarzetting / 58
- 16.4 Waarschuwingen / 62
- 16.5 Eigen bijdrage aan het ongeval door de benadeelde / 63
- 17 Toerekening / 65
- 17.1 Algemeen / 65
- 17.2 Objectivering van de toerekening / 66
- 17.3 Schuld (in objectieve zin) / 67
- 17.4 Verkeersopvattingen / 69
- 17.5 Wet / 72
- 18 Causaliteit: condicio-sine-qua-non-verband / 73
- 19 Causaliteit: omkeringsregel / 83
- 20 Meer daders / 88
- 21 Groepsaansprakelijkheid / 91
- B Enkele bijzondere onrechtmatige daden / 95
- 22 Zuiver nalaten / 95
- 22.1 Algemeen / 95
- 22.2 Aansprakelijkheid voor een gevaarlijke toestand / 97
- 22.3 Aansprakelijkheid voor door een derde gepleegde onrechtmatige daad / 98
- 23 Sport en spel, 'ongelukkige samenloop van omstandigheden' en aansprakelijkheid in de privésfeer / 100
- 23.1 Algemeen / 100
- 23.2 Sport en spel / 101
- 23.3 'Ongelukkige samenloop van omstandigheden' / 102
- 23.4 Aansprakelijkheid in de privésfeer / 104
- 24 Hinder / 106
- 25 Profiteren van wanprestatie / 108
- 26 Niet-nakoming overeenkomst vormt onrechtmatige daad jegens derden / 109
- 27 Aantasting eer en goede naam en privacy / 110
- 28 Bestuurdersaansprakelijkheid / 112
- 29 Overheidsaansprakelijkheid / 116
- 30 Relativering van de vereisten van de onrechtmatige daad; afrondende opmerkingen / 125

HOOFDSTUK 3

Kwalitatieve aansprakelijkheden / 135

- 31 Inleiding / 135
- 32 Kinderen / 139
- 33 Ondergeschikten / 142
- 34 Niet-ondergeschikte opdrachtnemers en vertegenwoordigers / 146
- 35 Gebrekkige roerende zaken / 148
- 36 Gebrekkige opstallen / 150
- 37 Gevaarlijke stoffen, stortplaatsen en mijnbouwwerken / 154
- 38 Dieren / 156
- 39 Gebrekkige producten / 162
- 40 Motorrijtuigen / 167

HOOFDSTUK 4

Overige aansprakelijkheden / 173

- 41 Oneerlijke handelspraktijken / 173
- 42 Schending van mededingingsrecht / 175
- 43 Misleidende en vergelijkende reclame / 177
- 44 Aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer / 178
- 45 Werkgeversaansprakelijkheid / 179

HOOFDSTUK 5

Schadevergoeding / 191

- 46 Inleiding / 191
- 47 Schade / 192
- 47.1 Wat is schade; aard van het schadebegrip / 192
- 47.2 Bijzondere schades: verlies van een kans en gederfde zwarte inkomsten / 194
- 47.2.1 Kansschade / 194
- 47.2.2 Schade geleden in een niet-rechtmatig belang / 195
- 47.3 Soorten schade / 196
- 47.4 Bijzondere regels voor de vordering tot smartengeld (art. 6:95 lid 2 BW) / 197
- 47.5 Vorm van schadevergoeding / 198
- 48 Vermogensschade: gemaakte kosten / 199
- 48.1 Algemeen / 199
- 48.2 Redelijke kosten ter voorkoming of beperking van de schade (art. 6:96 lid 2 sub a BW) / 200
- 48.3 Redelijke kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 sub b BW) / 200
- 48.4 Redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2 sub c BW) / 201
- 48.5 Uitgaven die hun doel hebben gemist / 201
- 49 Immateriële schade / 204
- 49.1 Algemeen; rechtvaardiging / 204

49.2	Grondslag en functies / 206
49.3	Wanneer bestaat recht op smartengeld? / 208
49.4	De grenzen van het limitatieve stelsel voor immateriële schade van derden / 212
49.5	Bepaling van de hoogte van smartengeld / 214
49.6	Grens tussen immateriële schade en vermogensschade / 216
50	Schadebegroting / 216
50.1	Algemeen / 216
50.2	Abstracte schadebegroting / 218
50.3	Begroting op winst van de aansprakelijke / 221
50.4	Begroting van toekomstige schade / 222
51	Toerekening naar redelijkheid / 223
51.1	Algemeen / 223
51.2	Achtergrond / 225
51.3	Te wegen factoren / 225
51.4	Categorieën / 228
51.5	Verhouding tot relativiteit / 233
52	Voordeelstoerekening / 233
53	Eigen schuld / 237
54	Letsel- en overlijdensschade / 242
54.1	Algemeen / 242
54.2	Affectieschade / 242
54.3	Vergoeding van vermogensschade o.g.v. art. 6:107 BW / 243
54.4	Vergoeding van vermogensschade o.g.v. art. 6:108 BW / 245
54.5	Vergoeding van vermogensschade o.g.v. art. 6:107a BW / 247
55	Matiging en limitering / 248

Verkort aangehaalde literatuur / 251

Jurisprudentieregister / 283

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Afwentelingsmechanismen

Mensen hebben zich altijd trachten in te dekken tegen het noodlot. Los van zuiver persoonlijke voorzorgsmaatregelen zoals een al dan niet geheime spaarrekening, zijn in de loop der tijden vier mechanismen ontstaan waardoor benadeelden hun schade geheel of gedeeltelijk op anderen kunnen afwentelen:

1. sociale zekerheid (in Nederland onder meer: de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, de Wet langdurige zorg, de Wet maatschappelijke ondersteuning, en de Zorgverzekeringswet);
2. particuliere verzekering (bijvoorbeeld een ziektekosten-, ongevallen- of inboedelverzekering);
3. fondsen (in Nederland onder meer: Schadefonds Geweldsmisdrijven);
4. aansprakelijkheidsrecht.

In deze monografie staat *een gedeelte* van het aansprakelijkheidsrecht centraal, namelijk de bepalingen uit Boek 6 Burgerlijk Wetboek (BW) die een grondslag geven voor aansprakelijkheid (afd. 6.3.1-6.3.4A) en de bepalingen die de omvang van de schadevergoeding regelen (afd. 6.1.10). Tevens komen de aansprakelijkheid voor motorrijtuigen (art. 185 Wegenverkeerswet (WVW) en de werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:611 BW en art. 7:658 BW) aan bod. Alvorens hier nader op in te gaan, is het goed om de kenmerken van en de onderlinge verhouding tussen de vier afwentelingsmechanismen onder de loep te nemen.

2 Kenmerken en onderlinge verhouding

De *sociale zekerheid* is een publiekrechtelijk geregelde vorm van collectieve solidariteit. Door middel van afdrachten draagt bijna iedereen bij aan de financiering daarvan. De wetgever bepaalt de precieze voorwaarden voor en de hoogte van de uitkering. Deze zijn dan ook veelvuldig voorwerp van politiek en maatschappelijk debat. Kenmerkend voor de sociale zekerheid is dat zij een bepaald bestaansminimum beoogt te garanderen. Het doel is dus niet om iemand die door een ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden volledig te compenseren voor zijn geleden schade, maar om ervoor te zorgen dat hij in zijn basisbehoeften kan voorzien. Een eerste belangrijke consequentie van deze doelstelling is dat het slachtoffer ook een aanspraak heeft indien hij zelf schuld heeft aan zijn ongeval (bijvoorbeeld een ski-ongeval) en indien het letsel door natuurgeweld is veroorzaakt (bijvoorbeeld een dijkdoorbraak of een blikseminslag). Een tweede gevolg is dat de sociale

zekerheid mensen geen compensatie verschaft voor hun emotionele leed door middel van de toekenning van smartengeld.

Door middel van een *particuliere verzekering* (een privaatrechtelijke overeenkomst) kunnen mensen zich verzekeren tegen allerhande onheil. De omvang van de dekking, de voorwaarden voor uitkering en het eigen risico van de verzekerde worden in de polis geregeld. In een ziektekostenverzekering kan de verzekerde er bijvoorbeeld voor kiezen om zich in het geheel niet te verzekeren voor de kosten van tandheelkundige behandeling. In dit verband moet worden onderscheiden tussen schadeverzekeringen en sommenverzekeringen. Bij een schadeverzekering wordt het risico op bepaalde schadeposten voor een zekere omvang verzekerd (art. 7:944 BW). Bij een sommenverzekering daarentegen is er geen relatie tussen schade en uitkering (zie art. 7:964 BW). Een voorbeeld van een sommenverzekering is de ongevallenverzekering op grond waarvan de verzekeraar zich vooraf verplicht tot uitkering van een bedrag waarvan de hoogte is gekoppeld aan de functionele invaliditeit. Bij algehele blijvende invaliditeit wordt het gehele verzekerde bedrag uitgekeerd, bij gedeeltelijke invaliditeit wordt een gedeelte van het verzekerde bedrag uitgekeerd. Over de aansprakelijkheidsverzekering, waarmee het risico jegens een ander aansprakelijk te zijn wordt afgedekt, hierna paragraaf 6.

In bepaalde gevallen heeft de overheid een *fonds* opgericht om slachtoffers gedeeltelijk te compenseren voor het hun overkomen leed. Het gaat dan om situaties waarin het aansprakelijkheidsrecht geen soelaas kan bieden omdat er geen aansprakelijkheid is of omdat de aansprakelijke onvindbaar of insolvent is. Het algemene vangnet van de sociale zekerheid wordt kennelijk als onvoldoende gezien. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven (www.schadefonds.nl) is daarvan een goed voorbeeld. Slachtoffers van een geweldsmisdrijf die lichamelijk letsel hebben geleden kunnen een genoegdoening krijgen als zij hun schade niet op andere wijze vergoed kunnen krijgen. Andere voorbeelden zijn ad-hoc-fondsen die naar aanleiding van een ramp of maatschappelijk probleem zijn opgericht, het Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp (1999-2004) en het Instituut Asbestslachtoffers (www.asbestslachtoffers.nl) dat de Sociale Verzekeringsbank adviseert over toepassing van de Asbestregeling (www.svb.nl). Op de aanwezigheid van fondsen kan kritiek worden geuit wegens het arbitraire karakter ervan. Waarom zou iemand die het slachtoffer van een ramp is beter gecompenseerd moeten worden dan iemand die schade heeft geleden door een gebeurtenis die maatschappelijk minder commotie veroorzaakt (Hartliëf 2002, p. 61-103)? Hoewel het aantal fondsen zowel op nationaal als op Europees niveau groeiende is, spelen zij in de praktijk bij de afwikkeling van schade een marginale rol. Zie over de rol van het privaatrecht bij rampen verder Hartliëf NJV 2014.

Het *aansprakelijkheidsrecht* stelt het slachtoffer in staat om, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, zijn schade af te wentelen op de veroorzaker daarvan. De schade wordt aldus *verplaatst* van de benadeelde naar de aansprakelijke. Hierin lijkt op het eerste gezicht een belangrijk verschil te zijn gelegen in vergelijking met de bovengenoemde afwentelingsmechanismen. In de sociale zekerheid, bij particuliere verzekeringen en bij uit de algemene middelen gefinancierde fondsen wordt de afgewentelde schade immers uiteindelijk *gespreid* over een grote groep mensen. Dit is formeel juist, maar omdat veel mensen tegenwoordig een aansprakelijkheidsverzekering hebben, kan de aansprakelijke

zijn schade afwentelen op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, waardoor die schade ook weer wordt gespreid over een grote groep verzekerden.

Een belangrijk kenmerk van het *aansprakelijkheidsrecht* is dat het de doelstelling heeft om het slachtoffer *volledig* te compenseren, dat wil zeggen in de positie wil brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden (zie echter par. 46). Anders dan in de sociale zekerheid wordt er dus niet slechts naar gestreefd om het bestaansminimum te garanderen. Een partner bij een groot advocatenkantoor die door een ongeval waarvoor een ander aansprakelijk is blijvend arbeidsongeschikt wordt, heeft dus recht op vergoeding van de inkomsten die hij in de toekomst naar alle waarschijnlijkheid zou hebben gegenereerd, maar nu ten gevolge van zijn handicap derft. Tevens heeft hij recht op smartengeld. Hij ontvangt dus meer schadevergoeding dan iemand met soortgelijk letsel die veel minder verdient.

Uit het bovenstaande zal duidelijk zijn dat een benadeelde vaak meerdere aanspraken tegelijkertijd heeft: jegens de veroorzaker van de schade op basis van het aansprakelijkheidsrecht, jegens zijn particuliere verzekeraar en op basis van de sociale zekerheid. Fondsen spelen, zoals gezegd, een marginale rol en blijven hier dan ook buiten beschouwing.

Afstemming van deze aanspraken is noodzakelijk om te voorkomen dat de benadeelde zijn schade meerdere keren krijgt vergoed en zo wordt verrijkt. Dit wordt min of meer automatisch bereikt doordat de benadeelde slechts aanspraak op vergoeding kan maken voor zover hij schade heeft geleden. Heeft hij bijvoorbeeld zijn schade *volledig* vergoed gekregen van de aansprakelijke, dan heeft hij geen schade meer en kan hij niet meer ter zake van dezelfde schade aankloppen bij zijn particuliere verzekeraar of bij de sociale zekerheid. Heeft hij zijn schade *gedeeltelijk* van de aansprakelijke vergoed gekregen, dan verliest hij voor dat deel zijn aanspraak op de particuliere of sociale verzekeraar. Ditzelfde geldt ook andersom. De benadeelde verliest zijn aanspraak jegens de aansprakelijke voor zover hij gecompenseerd is door de particuliere of sociale verzekeraar.

Juridisch gesproken komt het bovenstaande neer op zogenoemde voordeelstoerekening (art. 6:100 BW). De benadeelde lijdt minder of geen schade, omdat de hem door derden uitgekeerde bedragen hem als voordeel worden toegerekend. Hier zij al aangetekend dat de bedragen die op basis van een sommenverzekering worden uitgekeerd, in beginsel *niet* als voordeel worden toegerekend, maar dit ligt genuanceerd. Zie daarover verder paragraaf 52.

Om te voorkomen dat de aansprakelijke persoon 'vrijuit' gaat, hebben particuliere en sociale verzekeraars het recht de bedragen die zij hebben uitgekeerd van hem terug te vorderen. Een dergelijk zogenoemd verhaalsrecht vindt voor particuliere verzekeraars zijn grond in subrogatie (art. 7:962 BW). Het verhaalsrecht van de sociale verzekeraar is gebaseerd op de wet op basis waarvan wordt uitgekeerd. Zie verder Engelhard 2003.

3 Bronnen van verbintenissen en samenloop

Een verplichting tot betaling van schadevergoeding kan uit verschillende bronnen voortvloeien. De vijf bronnen van verbintenissen die naar burgerlijk recht worden onderscheiden, zijn:

- zaakwaarneming (6:198 BW);
- onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW);
- ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW);
- overeenkomst (art. 6:74 BW); en
- onrechtmatige daad (titel 6.3).

In deze monografie komt alleen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aan de orde. Samenloop is echter niet uitgesloten. Als uitgangspunt geldt het beginsel van de cumulatie. De ene grondslag is niet subsidiair ten opzichte van de andere. Voor honorering van een aanspraak is voldoende dat aan de individuele toepassingsvoorwaarden van de gekozen grondslag is voldaan. De benadeelde kan dus in principe kiezen voor welk juridisch anker hij gaat liggen. Dit neemt niet weg dat wanprestatie slechts in uitzonderingsgevallen neerkomt op een onrechtmatige daad. Dat is alleen het geval wanneer de onrechtmatigheid niet uitsluitend bestaat uit schending van de contractuele verbintenis, zie o.a. HR 6 april 1990, *NJ 1991/689* m.nt. Brunner (*Van Gend & Loos/Vitesse*). Vitesse had een overeenkomst tot vervoer van een container sigaretten gesloten met Van Gend & Loos. Vitesse had echter de sigaretten voorafgaand aan het vervoer opgehaald en opgeslagen. Hiervoor had zij geen uitdrukkelijke opdracht van Van Gend & Loos gekregen. Vervolgens werden de sigaretten gestolen vanwege onvoldoende beveiliging. De Hoge Raad oordeelde dat het feit dat Vitesse zonder de uitdrukkelijke opdracht van Van Gend & Loos diefstalgevoelige spullen tijdens het weekeinde voorafgaand aan het vervoer had opgeslagen op een onvoldoende bewaakt terrein, onrechtmatig is, onafhankelijk van schending van verplichtingen uit de vervoerovereenkomst. Dit is logisch; men moet in het algemeen op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidnormen zorgvuldig omgaan met de zaken van een ander. Diefstalgevoelige zaken dienen dan op een voldoende beveiligde wijze te worden opgeslagen.

Zie met verwijzingen Brunner 1979, Nieuwenhuis 1982 en Castermans & Krans 2019.

4 Onrechtmatige daad: persoonlijke en kwalitatieve aansprakelijkheid en vestigings- en omvangsfase

4.1 Algemeen

Afd. 6.3.1 en 6.3.2 BW bevatten diverse grondslagen voor aansprakelijkheid:

- onrechtmatige daad (art. 6:162 BW);
- groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW);
- aansprakelijkheid voor kinderen (art. 6:169 BW);
- aansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 6:170 BW);
- aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten (art. 6:171 en 6:172 BW);
- aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW);
- aansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal (art. 6:174 BW);
- aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175-178 BW);
- aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW).

Afd. 6.3.3 (art. 6:185 e.v. BW) bevat een regeling voor productaansprakelijkheid. Afd. 6.3.3A betreft oneerlijke handelspraktijken, afd. 6.3.4 regelt de aansprakelijkheid voor misleidende en vergelijkende reclame en afd. 6.3.4A ziet op de aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer. In Boek 7 BW is de werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:611 BW en art. 7:658 BW) te vinden en ten slotte bevat art. 185 WvW een regeling voor verkeersaansprakelijkheid.

Hoewel in bepaalde gevallen de bovenstaande regelingen naar elkaar verwijzen, vormen zij elk voor zich een afzonderlijke grondslag voor aansprakelijkheid. Ook hier rijst de vraag naar samenloop en ook hier geldt dat het de benadeelde vrijstaat om te kiezen op welke grondslag hij zijn vordering baseert.

Aandacht verdient dat het begrip 'onrechtmatige daad' zowel in enge als in ruime zin wordt gebruikt. In enge zin ziet het alleen op art. 6:162 BW. In ruime zin ziet het op alle in titel 6.3 genoemde grondslagen voor aansprakelijkheid. In die ruime zin zou het strikt genomen duidelijker zijn te spreken van 'onrechtmatige daden'. Uit de context moet steeds worden afgeleid wat onder de term 'onrechtmatige daad' moet worden verstaan.

4.2 *Persoonlijke en kwalitatieve aansprakelijkheid*

Onderscheiden wordt tussen persoonlijke en kwalitatieve aansprakelijkheid. Men kan aansprakelijk zijn *in eigen persoon* omdat men zelf het schadeverwekkende gebeuren heeft doen ontstaan (persoonlijke aansprakelijkheid) en men kan aansprakelijk zijn *in een bepaalde hoedanigheid* (in een bepaalde kwaliteit) omdat men heeft in te staan voor:

- (het gedrag van) *personen* tot wie men in een bepaalde betrekking staat, bijvoorbeeld als ouder, voogd of werkgever;
- (de veilige toestand of werking van) *zaken* waarvan men eigenaar, bezitter, beheerder, producent of gebruiker is.

Van de hiervoor in paragraaf 4.1 genoemde aansprakelijkheden is de eerste (art. 6:162 BW) zonder twijfel een persoonlijke aansprakelijkheid. De groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW) lijkt een twijfelgeval. Enerzijds kan een groepslid aansprakelijk zijn voor schade die door een ander groepslid is toegebracht; hij is dan aansprakelijk in zijn kwaliteit van groepslid. Anderzijds is voorwaarde voor aansprakelijkheid dat het gedrag van het aangesproken groepslid de kans op groeps geweld heeft doen toenemen. In zoverre is er toch sprake van een persoonlijke aansprakelijkheid. Groepsaansprakelijkheid wordt om die reden als een persoonlijke aansprakelijkheid gezien. De overige in paragraaf 4.1 genoemde aansprakelijkheden zijn kwalitatieve aansprakelijkheden. Mensen zijn aansprakelijk vanwege hun kwaliteit als ouder, opdrachtgever, bezitter van een dier, opstal, auto etc.

Internationaal gezien zijn er vooral verschillen tussen rechtsstelsels op het gebied van de kwalitatieve aansprakelijkheden. De structuur van de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW is in praktisch alle (westerse) rechtsstelsels te vinden.

Kwalitatieve aansprakelijkheid *kán* tot gevolg hebben dat iemand aansprakelijk is, terwijl hij part noch deel heeft aan het ontstaan daarvan (bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 6:170 BW doordat zijn chauffeur een aanrijding veroorzaakt

waardoor een derde schade lijdt). Dit is dan, gezien vanuit degene die aansprakelijk wordt gesteld (de werkgever in het voorbeeld), een aansprakelijkheid zonder schuld, ja zelfs een aansprakelijkheid zonder dat de aansprakelijke zelf onrechtmatig handelde. De term hiervoor is 'risicoaansprakelijkheid' bij wijze van contrast met 'schuldaansprakelijkheid'.

In de loop van de twintigste eeuw zijn in veel landen risicoaansprakelijkheden tot stand gekomen. De argumenten voor een dergelijke 'aansprakelijkheid zonder schuld' komen aan de orde in paragraaf 7.

In het Burgerlijk Wetboek is een duidelijke scheiding aangebracht tussen persoonlijke aansprakelijkheid enerzijds (afd. 6.3.1) en kwalitatieve aansprakelijkheid anderzijds (afd. 6.3.2). Aangezien kwalitatieve aansprakelijkheden aansprakelijkheid vestigen buiten schuld, overlappen zij vrijwel volkomen met risicoaansprakelijkheden, terwijl persoonlijke aansprakelijkheid in beginsel met schuldaansprakelijkheid correspondeert.

Enige nuancering is echter op haar plaats. Op grond van art. 6:169 lid 2 BW bijvoorbeeld, zijn ouders niet aansprakelijk voor de onrechtmatige gedragingen van hun kinderen van ouder dan veertien jaar, maar jonger dan zestien jaar, indien zij kunnen aantonen dat zij voldoende toezicht hebben gehouden. Met andere woorden: zij moeten aantonen dat hen geen verwijt treft. Bovendien maakt art. 6:162 lid 3 BW het mogelijk dat een onrechtmatige daad aan de pleger wordt toegerekend op grond van verkeersopvattingen. Aansprakelijkheid zonder schuld is dus ook in dat geval mogelijk. Zie over de toerekening op grond van risico nader paragraaf 17.4.

4.3 Vestigings- en omvangsfase

Indien voldaan is aan de vereisten van een bepaalde grondslag voor aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid *gevestigd*. De fase waarin onderzocht wordt of er een grondslag voor aansprakelijkheid is, wordt daarom ook wel aangeduid als de vestigingsfase. Daarmee staat echter nog niet vast dat de aansprakelijke de schade in volle omvang dient te vergoeden. Om dit vast te stellen, dienen de bepalingen van afd. 6.1.10 BW in de overwegingen te worden betrokken. Dit onderzoek wordt daarom aangeduid als omvangsfase. In de systematiek van het wetboek worden vestigings- en omvangsfase van elkaar gescheiden, maar in de praktijk is dit onderscheid niet altijd duidelijk (zie bijvoorbeeld paragraaf 12.1 bij de behandeling van het causaal verband).

5 Verbod en aansprakelijkheid voor rechtmatige daad

In geval van een dreigende onrechtmatige daad of een herhaling van een onrechtmatige daad kan degene wiens belang dreigt te worden aangetast een verbod bij de rechter vorderen (art. 3:296 BW), al dan niet versterkt met een dwangsom (art. 611a e.v. Rv).

Voor een verbodsactie is vereist dat:

- a) er sprake is van een reële dreiging;
- b) de eiser belang heeft bij een verbod; en
- c) het verbod voldoende is bepaald.

Nodig is dus niet dat er reeds onrechtmatig is gehandeld, dat schuld wordt aangetoond en dat er schade is geleden. Een verbodsactie heeft alleen zin als het kwaad nog niet is geschied. Meestal is al onrechtmatig gehandeld zonder dat er een herhaling dreigt. In dat geval kan

alleen nog maar repressief worden opgetreden, hetzij door herstel in de vorige toestand te eisen, hetzij door financiële compensatie voor geleden onrecht, dus schadevergoeding, te vorderen.

Het is niet ondenkbaar dat een gedraging vanuit maatschappelijk oogpunt zeer wenselijk of zelfs noodzakelijk is, maar schade toebrengt aan een beperkte groep mensen. Een verbod zou strijdig zijn met het algemeen belang, maar het toestaan van de gedraging *zonder meer* zou betekenen dat de belangen van enkele individuen worden opgeofferd ten behoeve van de meerderheid. De oplossing bestaat uit het toestaan van de gedraging met de verplichting benadeelden te compenseren. Deze compensatie behoeft niet volledig te zijn. Het gaat erom dat benadeelden hun *onevenredige* schade vergoed krijgen.

Wat is nu de grondslag van dit recht op schadevergoeding? Theoretisch kan men twee kanten op redeneren:

1. Ondanks de weigering van het verbod, beschouwt men de gedraging onrechtmatig. De grondslag voor schadevergoeding is dus de onrechtmatige daad.
2. Omdat de gedraging moet worden geduld, ziet men haar als rechtmatig. De grondslag voor schadevergoeding kan dan niet meer worden gevonden in de onrechtmatige, maar in de rechtmatige daad.

Veel verschil maakt de ene of de andere grondslag overigens niet. In beide gevallen moeten immers dezelfde vragen worden beantwoord. Art. 6:168 BW gaat uit van de onrechtmatigheid als grondslag. Volgens dit artikel kan de rechter de vordering tot verbod van een onrechtmatige gedraging afwijzen wanneer de gedraging op grond van 'zwaarwegende maatschappelijke belangen' behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt echter zijn recht op schadevergoeding. Als voorbeeld valt te denken aan het geval dat de eigenaar van een pand door renovatiewerkzaamheden ernstige hinder toebrengt aan de bureu. Verbod van de werkzaamheden zou te ver voeren, maar de bureu behouden wel hun recht op schadevergoeding.

Deze problematiek speelt vooral in de verhouding overheid-burger. Soms kan een maatregel noodzakelijk zijn met het oog op het algemeen belang zodat een verbod niet aan de orde is. De maatregel was rechtmatig. Om te voorkomen dat de belangen van een beperkte groep burgers geofferd worden op het altaar van het algemeen belang, kan dan wel recht op schadevergoeding bestaan. De inhoudelijke rechtvaardiging van (gedeeltelijke) compensatie is te vinden in het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel (zie ook art. 3:4 Awb). Men spreekt hier wel van de '*égalité devant les charges publiques*' ('beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten'). Zie verder ook de thans nog niet in werking getreden titel 4.5 over nadeelscompensatie in de Algemene wet bestuursrecht (zie verder par. 29 onder 7).

Nuninga 2022 heeft aandacht gevraagd voor het verband tussen de onrechtmatige daad en daarop gebaseerde remedies. Naar zijn oordeel is dat verband tot nu toe vrijwel afwezig waardoor niet goed valt uit te leggen en te voorspellen waarom de rechter voor een bepaalde remedie kiest. Hij bepleit de keuze van de remedie te bepalen aan de hand van de strekking van de geschonden norm. Zijn benadering komt dus neer op een 'veralgemenisering van de relativiteitsgedachte' (o.a. par. 1.3.1).

6 Aansprakelijkheidsverzekering en verzekeraarbaarheid

Het is moeilijk het belang van de aansprakelijkheidsverzekering voor het moderne aansprakelijkheidsrecht te overschatten. Het oorspronkelijke doel was bescherming van het vermogen van de aansprakelijke, maar in de loop van de tijd is het accent steeds meer komen te liggen op bescherming van de benadeelde. Aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering aan de zijde van de aansprakelijke garandeert dat de benadeelde (in ieder geval een gedeelte van) zijn schade krijgt vergoed.

Zowel de wetgever als de rechter laten zich hierdoor beïnvloeden. De leeftijdsgrens van veertien jaar van art. 6:164 en 6:169 lid 1 BW was vooral gemotiveerd door verzekeringsdekking (zie Hiemstra & Verheij 2013, p. 565-584).

Ook de objectivering van het schuldbegrip (zie hierna par. 17.2) is waarschijnlijk niet los te zien van de opkomst en verbreiding van de aansprakelijkheidsverzekering. Terwijl schuld in het begin van de twintigste eeuw sterk moreel en psychisch en dus subjectief gekleurd was, vindt in de loop van de eeuw een objectivering plaats. Rechters gaan abstraheren van de omstandigheden die typisch de persoon van de veroorzaker betreffen. Het gedrag van de veroorzaker wordt beoordeeld door vergelijking met een fictieve figuur: de normale ontwikkelde mens. Hierdoor wordt de band met de strafrechtelijke schuld verbroken en verkrijgt men een resultaat dat dikwijls nog slechts in naam verwantschap vertoont met de klassieke schuld in de zin van subjectieve verwijtbaarheid.

Hoewel verzekering aansprakelijkheid volgt en niet andersom, zal de aanwezigheid van verzekering rechters toch kunnen beïnvloeden in hun oordeel over de aansprakelijkheid van de veroorzaker. Zonder aansprakelijkheidsverzekering valt te betwijfelen of de vordering in HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. Hartlief (*hangmat*) zou zijn toegewezen (zie over dit arrest par. 36). Om die reden is het in sommige Amerikaanse staten verboden om de jury te informeren over het al dan niet verzekerd zijn van de aangesprokene. Sociaalpsychologisch onderzoek wijst uit dat een jury meer geld toekent wanneer zij weet dat de aansprakelijke verzekerd is. Interessant genoeg kennen zij nog hogere bedragen toe wanneer zij deze informatie krijgen, maar de rechter hen vervolgens verbiedt om daarop acht te slaan (zie Broeder 38 *Nebraska Law Review* 1959, p. 744-760). De aanwezigheid van een verzekering kan overigens wel een rol spelen bij de vraag of een onrechtmatige daad kan worden toegerekend, zie hierna paragraaf 17.4.

Met het oog op slachtofferbescherming heeft de wetgever het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering in bepaalde gevallen zelfs verplicht gesteld.

Zie bijvoorbeeld art. 2 Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM). Het opleggen van een verzekeringsplicht is overigens niet zonder problemen. De verzekeringsmarkt moet dan immers wel bereid zijn om het risico te verzekeren. Dat is niet altijd het geval. De (thans gewijzigde) Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (1999) verplichtte de uitvoerder van het medische onderzoek tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering, maar verzekeraars toonden weinig animo ter dekking van dit aansprakelijkheidsrisico (zie Engelhard *AV&S* 2004, p. 102). Als het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering een voorwaarde is voor het uitoefenen van een bepaalde activiteit, kunnen verzekeraars een te grote invloed krijgen op het al dan niet uitoefenen daarvan.

Of een bepaald risico verzekeraar is of niet, hangt van een aantal factoren af. Van grote invloed is of de verzekeraar de kans dat het risico zich verwezenlijkt en de omvang van de schade die dan ontstaat kan inschatten. Zonder deze gegevens is het niet goed mogelijk om de hoogte van de premie te bepalen. Het ontbreken van deze gegevens bij terrorisme verklaart de onwil van verzekeraars om daarvoor dekking te bieden.

Om slachtoffers niet in de kou te laten staan, is in Nederland daarom de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden opgericht. Zie daarover kritisch Van Boom & Ammerlaan *NJB* 2003, p. 2330-2339. Zie voor een heldere analyse van bedreigingen van de verzekeraarbaarheid en de reacties van verzekeraars daarop Hartlief & Faure 2002, paragraaf 5.3 en 5.4.

Bepaalde ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht kunnen de verzekeraarbaarheid negatief beïnvloeden. In de eerste plaats kan de toepassing van hedendaagse zorgvuldigheidsnormen op gedragingen uit het verleden (ook wel retroactieve werking genoemd) verzekeraars plotseling confronteren met een uitkeringsplicht waarmee zij destijds geen rekening hadden gehouden. Als de Hoge Raad aansprakelijkheid aanneemt in een geval waar de verzekeraar geen rekening mee had gehouden bij het afsluiten van de verzekering, dan is de vastgestelde premie achteraf te laag geweest. Als de nieuwe aansprakelijkheid leidt tot een groot aantal claims kan dit verzekeraars in de problemen brengen. De rechter kan dit effect vermijden door zijn uitspraak alleen voor toekomstige gevallen te laten gelden. Rechters in het buitenland maken soms gebruik van deze methode, ook wel *prospective overruling* genoemd.

Ook *prospective overruling* is overigens niet onproblematisch. Nadeel van deze oplossing is dat degene die de zaak aanhangig heeft gemaakt, geen schadevergoeding krijgt, terwijl degenen die na hem komen deze wel krijgen. *Prospective overruling* moedigt slachtoffers derhalve niet aan om een vordering bij de rechter in te stellen, hetgeen slecht is voor de rechtsontwikkeling, en de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (zie hierna par. 8) ondermijnt. Verzekeraars kunnen bovendien de premie hoger vaststellen om rekening te houden met de mogelijkheid dat het aansprakelijkheidsrecht wijzigt in de toekomst, zij het dat ze daar mogelijk van afzien door concurrentieoverwegingen (zie Hartlief & Faure 2002, p. 147-148). Zie over rechterlijk overgangsrecht verder Haazen 2001.

In de tweede plaats is het lastig voor verzekeraars wanneer zij schade moeten vergoeden die niet door hun verzekerde is veroorzaakt. De *DES*-zaak (HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner) vormt hiervan een goede illustratie. De technisch-juridische aspecten van deze zaak komen hierna in paragraaf 18 aan bod, maar in dit stadium kan met het volgende worden volstaan. *DES* (diethylstilbestrol) was een middel ter voorkoming van miskramen en vroeggeboorten dat in Nederland voor het eerst werd voorgeschreven in 1953 en tot medio 1967 is gebruikt door tussen de 200.000 en 400.000 vrouwen. Niet de moeders, maar hun kinderen, voor het overgrote deel de dochters, hebben in vele gevallen daarvan nadelige gevolgen ondervonden, uiteenlopend van onvruchtbaarheid tot kanker aan de geslachtsorganen. Dit bleek pas toen zij volwassen waren en niet meer was na te gaan of te bewijzen welk middel van welke producent hun moeders hadden gebruikt. Probleem was dat niet meer alle farmaceutische bedrijven die destijds *DES* produceerden nog bestonden op het moment dat de schade zich openbaarde. Zes dochters spanden een procedure tot schadevergoeding aan tegen een tiental in Nederland gevestigde farmaceutische bedrijven. De Hoge Raad oordeelde dat elk van de tien bedrijven hoofdelijk aansprakelijk was voor de door *DES* veroorzaakte schade behoudens bewijs dat de moeder van een bepaald slachtoffer destijds *DES* had gebruikt dat niet door het aangesproken bedrijf was geproduceerd. Uiteraard kon dat bewijs niet worden geleverd. Het gevolg van deze uitspraak was dat de nog bestaande farmaceutische bedrijven (en daarmee hun verzekeraars) aansprakelijk waren voor schade die veroorzaakt was door bedrijven die niet meer bestonden. Een alternatief

was geweest om bedrijven niet hoofdelijk (dus voor de totale door DES veroorzaakte schade) aansprakelijk te houden, maar hun aansprakelijkheid te koppelen aan hun marktaandeel. Een bedrijf dat destijds 25% van de Nederlandse markt van DES in handen had, zou dan aansprakelijk zijn voor 25% van de schade. Nadeel van deze oplossing is dat de slachtoffers slechts een deel van hun schade vergoed zouden krijgen omdat niet alle farmaceutische bedrijven die destijds DES produceerden nog bestonden. Met ingang van 17 maart 2015 is er ook een regeling op basis waarvan te vroeg geboren kinderen van DES-dochters schadevergoeding kunnen krijgen, zie www.desfonds.nl.

De Hoge Raad lijkt niet ongevoelig voor het argument dat de verzekeraarbaarheid onder druk komt te staan of dat het aannemen van aansprakelijkheid tot een onbeheersbare stortvloed van claims zou leiden. Hij stelde daaraan weliswaar in HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*hangmat*), rov. 4.3.5 de eis dat dit door concrete motivering voldoende aannemelijk moet zijn gemaakt, maar bleek in HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 (*manegepaard Imagine*), rov. 3.6.4 toch bezorgd voor een toename van 'moeilijk te beoordelen' (lees: frauduleuze) claims, zie paragraaf 38.

Om te zorgen dat de verzekeringspenningen daadwerkelijk bij de benadeelde terecht komen, heeft de laatste in bepaalde gevallen een zogenoemde '*action directe*' jegens de verzekeraar. Dat wil zeggen dat de benadeelde een zelfstandig vorderingsrecht heeft jegens de verzekeraar, zodat bijvoorbeeld een faillissement van de verzekerde aansprakelijke hem niet raakt (zie bijvoorbeeld art. 6 WAM en art. 7:954 BW).

Het is niet de bedoeling dat een aansprakelijkheidsverzekering het de verzekerde financieel mogelijk maakt om onrechtmatig schade toe te brengen. Aansprakelijkheidsverzekeraars willen niet de sponsor van onrechtmatig gedrag worden. Daarom bevatten verzekeringspolissen zogenoemde opzetclausules op grond waarvan de verzekeraar niet verplicht is tot uitkering wanneer de verzekerde opzettelijk onrechtmatig schade toebracht.

De Hoge Raad heeft het begrip 'opzet' echter beperkt uitgelegd (HR 6 november 1998, *NJ* 1999/220, m.nt. Mendel). In dit arrest had de verzekerde tijdens een caféruzie een andere cafébezoeker mishandeld als gevolg waarvan het slachtoffer het gezichtsvermogen aan zijn rechteroog had verloren. In de procedure tussen het slachtoffer en de verzekeraar van de dader weigerde de laatste uit te keren met een beroep op de opzetclausule ("Uitgesloten is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor de schade die voor hem het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten."). De Hoge Raad oordeelde echter dat deze clausule slechts de strekking heeft dekking uit te sluiten wanneer de verzekerde het toegebrachte letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn. In dit geval kon dat niet worden aangetoond en dus had het hof het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule terecht verworpen.

Voor opzet is dus niet voldoende dat de verzekerde zijn onrechtmatige gedraging gewild had, hij moest het concrete *gevolg* van die gedraging hebben gewild of zich daarvan bewust zijn geweest. Een reële kans op ernstig letsel is niet voldoende om van opzet te spreken. Hoewel deze uitspraak gunstig was voor slachtoffers van geweld, wilden verzekeraars niet opdraaien voor de kosten van crimineel gedrag. Op advies van het Verbond van Verzekeraars hebben aansprakelijkheidsverzekeraars daarom de opzetclausules in hun polissen in 2000 aangescherpt. Voor de toekomst hebben zij daarmee hun verplichting uit te keren bij opzettelijk onrechtmatig gedrag uitgesloten, maar voor het verleden zijn zij in een aantal gevallen gebonden aan de oude opzetclausules en de interpretatie daarvan door de Hoge Raad. Zie bijvoorbeeld HR 1 maart 2013, *RvdW* 2013/343 waarin een verzekeraar moest