

C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, dissertatie Rijksuniversiteit Groningen 2000, Deventer: Kluwer 2000 (Recht en Praktijk nr. 112), viii en 306 pp.

[recensie door W.H. van Boom; verschenen in WPNR 2001, nr. 6441, p. 335-341]

1. Drieluiken

Juristen bedienen zich graag van drieluiken: of het nu rechtsvinding, rechtsverwerking, of beginselen van contractenrecht betreft, ze zijn voor ons recht alle in drievoud geordend. Ook het onrechtmatigedaadsrecht kan men met een beetje fantasie in drie vlakken verdelen. Art. 6:162 BW levert bijvoorbeeld in meer dan één opzicht een drieluik op. Niet alleen kent het drie leden, maar waar het eerste lid de begrippen 'onrechtmatige daad' (1) en 'toerekenbaarheid' (2) introduceert om te concluderen tot schadeplichtigheid (en dat is 3), waaieren zowel het tweede als het derde lid uiteen in drie richtingen: 'onrechtmatigheid' kan gelegen zijn in een inbreuk op een recht, een handelen in strijd met een wettelijke plicht of een handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, en 'toerekenbaarheid' kan worden gevonden in schuld, wetsbepaling of verkeersopvatting. Voor wie houdt van strakke lijnen en evenwichtige vlakverdeling, is zoveel symmetrie natuurlijk smullen.

Ook de dissertatie van Sieburgh over art. 6:162 BW valt in drie delen uiteen. In het eerste deel, getiteld 'Aansprakelijkheid', worden algemene opmerkingen gemaakt over – kort gezegd – de belangenafweging die in het onrechtmatige daadsrecht steeds aan de orde is. Het tweede deel ('Onrechtmatigheid') gaat diep in op met name de onrechtmatigheidskategoriën 'inbreuk' en 'maatschappelijk onbetamelijk gedrag' en hun onderlinge verhouding. Sieburgh keert zich hier tegen de opvatting dat buitencontractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag slechts bestaat indien een zorgvuldigheidsnorm is geschonden; ze stelt dat deze opvatting in strijd is met de tekst van de wet en leidt tot verkeerde resultaten. In het derde deel, dat 'Toerekening' heet en qua omvang het leeuwendeel van de dissertatie vormt, komt het vereiste van toerekenbaarheid uitgebreid aan de orde. Vooral de toerekeningsgronden 'schuld' en 'verkeersopvatting' worden aan een scherpe analyse onderworpen. Daarbij valt op dat herwaardering van het begrip 'schuld' wordt bepleit.¹ Ook besteedt Sieburgh hier uitgebreid aandacht aan een nadere invulling van de toerekeningsgrond 'verkeersopvatting'; zij slaagt er in – ik vind dat een belangrijke verdienste – om meer concrete criteria te ontwikkelen voor het toepassingsbereik van deze toerekeningsgrond. Tenslotte wordt nog in de delen twee en drie ferm stelling genomen tegen vervlechting van de vereisten van 'onrechtmatigheid' en 'toerekenbaarheid'.

Het is natuurlijk niet mogelijk om alle informatie, stellingen en conclusies uit deze dissertatie weer te geven, laat staan van commentaar te voorzien. Daarom zal ik hierna slechts een aantal aspecten van de dissertatie van Sieburgh nader belichten en de discussie met de schrijfster aangaan.²

¹ Ik kom daar in par. 4 op terug.

² Na afronding van deze bespreking verscheen in VR (2001 nr. 3) ook een bespreking, van de hand van C.C. van Dam.

2. Belangenafweging in het onrechtmatige daadsrecht

Het eerste deel, 'Aansprakelijkheid', is het meest beschouwende deel van het boek. Het contrasteert sterk met de opvolgende delen omdat het de wetssystematiek van art. 162 laat voor wat deze is en, met veel rechtshistorisch en rechtsvergelijkend materiaal, een breed palet aan uitgangspunten en beginselen van aansprakelijkheidsrecht schildert. De centrale stelling van dit boeiende deel – dat strikt genomen overbodig is voor toetsing van de op p. 1 van het boek geïntroduceerde these – is kort gezegd dat het aansprakelijkheidsrecht een afwegingsproces is, waarbij steeds een evenwicht gevonden moet worden tussen de uitersten 'ieder draagt zijn eigen schade' en 'alterum non laedere'. De uitkomst van dat afwegingsproces verschilt per samenleving en wisselt in de tijd. Als voorbeeld van de manier waarop in onze samenleving het bedoelde evenwicht wordt gevonden, noemt Sieburgh de neiging in de rechtspraak om bij 'huis-, tuin- en keukenongelukken' niet spoedig aansprakelijkheid aan te nemen van particulieren, maar om integendeel te spreken van ongelukkige samenloop van omstandigheden.³ Sieburgh ziet hierin het bewijs dat niet elke schadeveroorzaking tot aansprakelijkheid leidt, maar dat er integendeel een goede reden moet zijn om de schade af te wentelen. Daarvan is alleen sprake als de schadelijke gedraging 'niet geoorloofd is' (p. 15), dan wel 'zonder recht' (p. 21) of 'op onbetamelijke wijze' plaatsvond (p. 21).⁴

Ik merk op dat Sieburgh in dit hoofdstuk het onrechtmatigedaadsrecht vooral benadert vanuit het perspectief van *gedragstoetsing*, en dat zij daarbij de nadruk legt op de 'regulerende functie' (p. 11) van het aansprakelijkheidsrecht.⁵ Zou namelijk *elke* schadelijke gedraging per definitie tot schadeplichtigheid leiden, dan zou de balans te zeer naar één bepaalde kant uitslaan, zou de vrijheid van handelen teveel worden beperkt en zou zelfs 'het preventieve aspect van aansprakelijkheid' verdwijnen (p. 19). Sieburgh stelt zichzelf in dit verband de vraag "waarom draagt iemand zijn eigen schade?" (opschrift par. 2.3), teneinde te verklaren dat gedragingen die wél schade veroorzaken, niet altijd tot aansprakelijkheid leiden. Zij licht haar stellingen voornamelijk toe aan de hand van het leerstuk van de gevaarstelling en concludeert dat daar waar geen risico is genomen dat redelijkerwijs onverantwoord groot was, geen aansprakelijkheid bestaat (p. 16). Ik ben het met Sieburgh eens dat onze gevaarzettingsrechtspraak exemplarisch is voor rechterlijk beleid om de vrijheid van de een in balans te brengen met het belang van de ander om van letsel of zaakschade gevrijwaard te blijven. Maar een bruikbaar antwoord op de *algemene* vraag waarom iemand zijn eigen schade draagt, krijgt de lezer hier niet; Sieburgh volstaat met het antwoord dat de afweging van onderlinge vrijheid en verantwoordelijkheid de balans aangeeft, en dat daarmee de redenen 'duidelijk worden' waarom schade wel of niet wordt vergoed (p. 17). Dat klinkt heel mooi, maar het gevaar van een dergelijke allesomvattende verklaring voor een zo complex verschijnsel als het onderhavige is dat men – zoals hier – in weinig richtinggevend algemeenheden blijft steken. Ik ben er althans niet veel wijzer van geworden.

Als gezegd benadert Sieburgh in dit hoofdstuk ons onrechtmatigedaadsrecht vooral vanuit het perspectief van *gedragstoetsing*; zij beschouwt namelijk de gehoudenheid om zich te

³ Zie recentelijk HR 12 mei 2000, *RvdW* 2000, 125 (Vallende kast).

⁴ In dit verband zou ook aansluiting kunnen worden gezocht bij de open formulering van HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (Staat/Shell), r.o. 3.8.4: de aansprakelijke heeft anders gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien.

⁵ Zie ook bijv. *diss*, p. 28.

verantwoorden voor het gebruik van de vrijheid om te handelen als voorwaarde voor aansprakelijkheid.⁶ Dat is, wanneer men art. 162 leest, volkomen juist. Het artikel stelt immers *gedragingen* ter discussie. Maar we weten allemaal dat het aansprakelijkheidsrecht in werkelijkheid nogal eens onrealistische gedragsnormen oplegt. De gedragstoetsing bij verkeersaansprakelijkheid is daar een voorbeeld van. Wat automobilist Vos overkwam, toen hij uitweek voor een plotseling overstekende ree, kan ons allemaal gebeuren. Menselijkerwijs viel Vos – die bij het ongeval het leven liet – niets te verwijten.⁷ In essentie komt het er op neer dat we alleen door de auto te laten staan, de in het verkeer vereiste zorgvuldigheid werkelijk in acht nemen. Maar dat vergt de Hoge Raad niet van ons; hij eist in wezen slechts dat we de schade vergoeden (d.w.z.: afwentelen op onze WAM-verzekeraar) welke ontstaat door handelen met ‘rechtens enig verwijt’. Dat staat in mijn beleving ver af van de gedachte dat Vos verantwoording moet afleggen voor het gebruik van zijn vrijheid.

In bepaalde gevallen gaat onze hoogste rechter nog verder; dan is de gedraging slechts een aanknopingspunt om een maatschappelijk risico daar neer te leggen waar het naar het oordeel van de rechter thuishoort. Zo moet schade door ‘productiefouten’ in de beschikkingenfabriek van de overheid worden gedragen door diezelfde overheid, ook wanneer zij op het moment van productie niet op de hoogte *kon* zijn van de productiefout (HR NJ 1987, 253 Hoffmann la Roche); de hieruit volgende regel dat ook verschoonbare rechtsdwaling voor risico van de dwalende overheid komt, heeft naar mijn mening niets met gedragstoetsing te maken.⁸ Wat is in dit verband de zeggingskracht van de opvatting – die door Sieburgh wordt onderschreven – dat men zich moet verantwoorden voor het gebruik van de vrijheid om te handelen, indien het handelen *ex tunc* volstrekt gerechtvaardigd, verantwoord en proportioneel was, maar naar achteraf komt vast te staan onjuist?⁹ Verantwoording vertaalt zich dan ‘slechts’ in het instaan voor de financiële gevolgen, maar zij vindt niet haar rechtvaardiging in een toetsing van de gedraging als zodanig. En ik denk dat het aansprakelijkheidsrecht voor die gevallen ook niet de pretentie heeft enige concrete preventieve functie te vervullen. Alleen bij die handelingen ten aanzien waarvan een rechter desgevraagd een *verbod* zou uitvaardigen, kan men naar mijn overtuiging zeggen dat het aansprakelijkheidsrecht nog een werkelijke gedragstoets inhoudt. Maar een rechter verbiedt natuurlijk geen politie-inval die *thans* gerechtvaardigd wordt door een redelijke verdenking; en een rechter verbiedt geen overheidshandeling die *thans* in lijn is met het geldend recht. En wanneer hij achteraf dan toch schadevergoeding toekent, dan toetst hij niet gedrag *ex tunc*, maar kent hij in het licht van hetgeen later komt vast te staan vergoeding toe omdat het hem redelijker voorkomt de schade voor rekening te brengen van de collectiviteit van belastingbetalers dan om haar voor rekening van de individuele burger te laten.¹⁰ Met een dergelijke motivering kan ik persoonlijk beter leven dan met een gekunstelde inpassing in het keurslijf van art. 162.

⁶ *Diss.*, p. 10, nt. 6.

⁷ HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 (Meppelse ree). Verder nog gaat de rechtspraak waar het aangereden fietsers en voetgangers betreft. Wat had De Backer in redelijkheid nog kunnen doen om een aanrijding met Marbeth van Uitregt te voorkomen? Met het arrest dat op dit ongeval volgde (HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721), verdween de gedragstoets geheel van het toneel.

⁸ Sieburgh, *diss.*, p. 162, lijkt te menen dat in een dergelijk geval toch in wezen van schuld sprake is.

⁹ Ik schaar hier ook onder de aansprakelijkheid bij politieoptreden dat ten tijde van handelen geheel gerechtvaardigd wordt door een redelijke verdenking.

¹⁰ Zie voor deze motiveringstrant HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (Bedrijfsvereniging/Boulogne).

Ik ben dan ook niet overtuigd van de werkbaarheid van het door Sieburgh omarmde idee (p. 28-31) dat de kwalificatie van de daad naderhand nog kan veranderen. Natuurlijk kennen we het verschijnsel dat een rechter achteraf oordeelt en dat hij een gedraging achteraf als onrechtmatig bestempelt, terwijl het onrechtmatige karakter van de gedraging op het moment van handelen – al dan niet ten onrechte – nog niet tot de laedens was doorgedrongen.¹¹ Maar dat is iets anders dan het achteraf *veranderen* van de kwalificatie; dat is onverenigbaar met de preventieve functie en (dus) met het idee van gedragstoetsing. Aansprakelijkheidsrecht legt alleen een échte gedragstoets aan indien men de aansprakelijke kan voorhouden dat hij op het moment van handelen met het oog op de belangen van de benadeelde anders had *kunnen en behoren* te handelen dan hij in werkelijkheid deed. Daarmee zijn niet te verenigen het naderhand verkleuren van de kwalificatie, het achteraf bezien wegvallen van een ‘aanvankelijke rechtvaardigingsgrond’, en meer van dat soort constructies.

3. De onrechtmatigheidscategorieën en hun onderlinge verhouding

In het tweede deel vraagt Sieburgh zeer terecht aandacht voor de misvatting dat aansprakelijkheid alleen relevantie heeft ingeval schade is geleden (p. 57-58). Er bestaat namelijk ook de mogelijkheid van verbods- en gebodsactie bij (dreigend) onrechtmatig gedrag.¹² Daarmee lijkt de door Sieburgh sterk benadrukte relevantie gegeven van een goed onderscheid tussen de categorieën ‘onrechtmatig’, ‘toerekenbaar’, ‘schade’: indien de daad onrechtmatig is, kan zij worden verboden. Dat laatste is weliswaar in theorie juist, maar in de praktijk gaat de civiele rechter – ik denk: terecht – niet zo rechtlijnig te werk. Veelal zal zijn oordeel over de onrechtmatigheidsvraag mede worden gekleurd door hetgeen gevorderd wordt. En als hij al een neutraal oordeel over de onrechtmatigheid geeft (dat wil zeggen: zonder te kijken naar het petitum), dan zal hij bij toe- of afwijzing van de verbodsactie alsnog een belangenafweging verrichten. Er dreigt misschien wel onrechtmatige hinder of ‘stalking’, maar is stopzetting van de fabriek of een integrale verhuisplicht voor de gedaagde in de gegeven omstandigheden dé oplossing die aan alle belangen recht doet? Of kan een minder vergaande oplossing de tegengestelde belangen van partijen verzoenen? De rechter heeft hier de nodige manoeuvreerruimte om de relevante belangen af te wegen, en het is dan ook niet juist om te menen dat met de kwalificatie ‘onrechtmatig’ de verbods- of gebodshorde automatisch is genomen.¹³ In dit licht bezien moet de relevantie van een goed onderscheid tussen de categorieën ‘onrechtmatig’, ‘toerekenbaar’ en ‘schade’ naar mijn mening toch wel enigszins worden gerelativeerd.

Het tweede deel vervolgt met behandeling van de drie onrechtmatigheidscategorieën. Sieburgh meent dat aan de ‘rechtsinbreuk’ en ‘strijd met wettelijke plicht’ zelfstandige betekenis toekomt.¹⁴ De schrijfster zet zich hiermee naar eigen zeggen af tegen de ‘leer

¹¹ Denk aan de werkgeversaansprakelijkheid voor sluipende beroepsziekten zoals asbestose, mesotheliom etc.

¹² *PG Boek 6*, p. 613 (TM).

¹³ Bedacht moet bijv. worden dat hetgeen in de TM (*PG Boek 6*, p. 613) wordt gesteld, ook toen reeds gerelativeerd werd door hetgeen in art. 5.1.2 OM (later terecht gekomen in art. 6:168 BW; dulden van onrechtmatige daden) was neergelegd. Sindsdien is het verbods- en gebodsinstrument bovendien sterk verfijnd in rechtspraak.

¹⁴ Zie ook reeds C.H. Sieburgh, ‘Wat is rechtsinbreuk?’, *NJB* 1997, p. 628 e.v. alsmede J.H. Nieuwenhuis, *De Ramp op het Pikmeer*, oratie Groningen 1997, p. 19 e.v.

Smits'. Deze leer, die teruggaat op de baanbrekende bijdragen van P.H. Smits in dit blad (nrs. 3688-3690; jrg. 1940),¹⁵ en die onder Nederlandse rechtsgeleerde auteurs inmiddels een aanzienlijke aanhang kent, komt er op neer dat slechts sprake kan zijn van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad indien in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid is gehandeld.¹⁶ Even daargelaten of al deze Smitsiaanse auteurs exact dezelfde opvatting verkondigen,¹⁷ in essentie menen allen toch dat de onrechtmatigheidscategorieën strijd met de wet en inbreuk op een subjectief recht tweede viool spelen en dat de maatschappelijke betamelijkheid de doorslaggevende 'norm aller normen' is.

Dat de NBW-wetgever de 'leer Smits' heeft verworpen, volgt uit de tekst van art. 162 en uit de toelichtende stukken. Rechtsinbreuk en strijd met de wet zijn in de ogen van de wetgever zelfstandige onrechtmatigheidscategorieën. Het gelijk lijkt dus aan de zijde van Sieburgh te liggen. Maar een minder eenduidig beeld komt naar voren uit de rechtspraak van de Hoge Raad; zowel voor- als tegenstanders van de 'leer Smits' kunnen putten uit rechtspraak die in de gewenste richting wijst. Voorstanders roepen bijvoorbeeld vaak het arrest *Breda / Nijs* aan.¹⁸ Het ging in die zaak om een door Nijs in kort geding gevorderd verbod op verdere levering van energie door de gemeente Breda aan krakers die zich in het pand van Nijs ophielden. Het stond vast dat Breda zonder instemming van Nijs gebruik maakte van diens leidingen. In cassatie is de vraag aan de orde of dit gebruik een rechtsinbreuk oplevert. De Hoge Raad beslist:

'Niet elk gebruik - in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt - dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het *onderhavige* gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering *jegens Nijs onzorgvuldig* handelde. 's Hof's arrest impliceert immers dat het belang waarin Nijs volgens zijn stellingen door de gedragingen van de gemeente is getroffen, uitsluitend is gelegen in het feit dat de levering van energie aan Van Rosmalen (degene die met Breda als afnemer had gecontracteerd, WvB) 'essentieel' was voor de voortzetting van de bewoning van het ten processe bedoelde pand door de krakers. De opvatting van het Hof, waarbij de onrechtmatigheid van de levering van energie wordt gezocht in het gebruik dat de leverancier daarbij tegen de wil van de eigenaar zou maken van de leidingen in diens pand, is ook daarom onaanvaardbaar omdat bij die opvatting de mogelijkheid om bewoners tot ontruiming te bewegen in beginsel open zou staan in alle gevallen waarin de eigenaar van een huis dit ontruimd wil krijgen.' (curs. WvB)

Ik zou menen dat dit arrest een sterke troef is in handen van degenen die geen zelfstandige betekenis toekennen aan 'rechtsinbreuk': van rechtsinbreuk is volgens de Hoge Raad slechts sprake indien het gebruik van de leidingen tegen de zin van Nijs *in de gegeven omstandigheden onzorgvuldig* was. Nu zou men nog kunnen stellen dat het hier ging om de vraag óf er sprake was van inbreuk, en dat zodra die vraag bevestigend beantwoord is, er sprake is van een onrechtmatige daad. Dat kan juist zijn, maar ook in die lezing van het arrest moet de rechtsinbreuk ernstig worden gerelativeerd: als gebruik van iemands eigendom tegen diens wil niet reeds rechtsinbreuk is, wat dan wel? Hoe het ook zij, het zou voor de hand hebben gelegen dat dit arrest een voorname plaats in Sieburgh's bespreking

¹⁵ Zie ook reeds zijn bijdragen aan *WPNR* nrs. 3586-3591 (1938).

¹⁶ Zie voor het overzicht van voor- en tegenstanders *Onrechtmatige Daad* (losbl), art. 162, lid 2, aant. 3. Vgl. *Asser-Hartkamp III* nr. 41 en de door Hartkamp gekozen middenweg, nr. 54.

¹⁷ Ik laat gemakshalve ook maar even in het midden of Smits zijn eigen opvattingen zou herkennen in de hedendaagse opvattingen die 'leer Smits' worden genoemd.

¹⁸ HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 315 (CJHB).

innam. Maar het arrest wordt in het geheel niet aan de orde gesteld; ik vind dat een omissie.¹⁹

Wat betreft de onrechtmatigheidscategorie rechtsinbreuk en de afbakening daarvan komt het standpunt van Sieburgh er kort gezegd op neer dat het categoriseren van beschermenswaardige belangen als subjectief recht zinvol is, omdat het handzame regel geeft: afblijven van mijn subjectief recht, want anders heb je onrechtmatig gehandeld.²⁰ Ik ben het met Sieburgh eens dat categorisering als zodanig zinvol is en voor het gros van de gevallen een makkelijk hanteerbare maatstaf kan bieden. Maar het komt er op aan wat de kracht van 'rechtsinbreuk' is in de moeilijke gevallen. Zoals *Breda/Nijs* laat zien, kan de discussie soms verschuiven naar de vraag of een bepaalde handeling in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk een inbreuk oplevert. Bovendien introduceert Sieburgh (p. 62 e.v.) een mijns inziens onwerkbare onderscheidingstechniek om rechtsinbreuk te onderscheiden van maatschappelijk onbetamelijk gedrag. Van rechtsinbreuk is volgens Sieburgh slechts sprake indien de gedraging *op zichzelf* reeds inbreuk op het recht oplevert. Rechtsinbreuk betekent dus veroordeling van de handeling, zonder acht te slaan op de eventuele schadelijke gevolgen. Zo is het doen van huiszoeking en het leggen van beslag volgens Sieburgh per definitie inbreuk op het recht van eigendom (ongeacht of schade wordt toegebracht), maar gedrag dat tot letsel leidt is bijvoorbeeld niet reeds om die enkele reden een inbreuk op het subjectief recht van lichamelijke integriteit. Gevaarzettende nalatigheid is als zodanig geen inbreuk op het subjectief recht op lichamelijke integriteit; een ongelukkige slag bij het tennisspel, waardoor de bal het oog van de tegenstander treft, levert geen onrechtmatige inbreuk op, nu de enkele slag geen inbreuk is.²¹ Ook het enkele opspuiten van het eigen terrein is volgens Sieburgh geen inbreuk op het eigendomsrecht van de buurman, ook als het (voorzienbare) gevolg verzilting van diens grondwater is (p. 66). Voor al deze gevallen kan rechtsinbreuk volgens Sieburgh geen dienst bewijzen, maar moet een beroep worden gedaan op de maatschappelijke onbetamelijkheid.²²

Ik geloof niet in de werkbaarheid van deze onderscheidingstechniek; ze is namelijk geheel afhankelijk van hetgeen men bij het benoemen van de handeling aan feiten *weglaat* of juist *toevoegt*. Het enkele overhalen van de trekker van een vuurwapen is geen inbreuk, en dus is gericht schieten op een persoon geen inbreuk op diens lichamelijke integriteit? Een zodanige abstractie maakt dat ook een stekende beweging met een mes – als zodanig stellig geen inbreuk op enig recht – ook geen inbreuk is wanneer in het concrete geval met deze handeling een menselijk lichaam wordt binnengedrongen, tenzij men als daad

¹⁹ Er valt veel over het arrest te zeggen; zeker ook meer dan de niet-uitgewerkte vaststelling van C.A. Streefkerk, 'De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer; Gouda Quint 1996, p. 78, dat de Hoge Raad met zijn tournure de verkeerde rechtsvraag (gesteld door het hof? of door het cassatiemiddel?) zou hebben 'herschreven' tot de juiste.

²⁰ Dat geeft voor Sieburgh waarschijnlijk ook een bewijsrechtelijk voordeel (*diss*, p. 62): met inbreuk is de onrechtmatigheid gegeven, en de aansprakelijke moet maar met rechtvaardigingsgronden aankomen. Waarschijnlijk ook in deze zin M.E. Franke, 'Het doel van het subjectieve recht', in: dezelfde e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996), Deventer; Gouda Quint 1996, p. 143-145. Vgl. voorts – in meer genuanceerde zin – Streefkerk, t.a.p., p. 85.

²¹ De incisie door de chirurg is daarmee wél een inbreuk, die – zo neem ik aan – dankzij een rechtvaardigingsgrond (toestemming van de patiënt) als niet-onrechtmatig moet worden bestempeld.

²² Opmerkelijk in dit verband is dat bijv. Schut, Van Dam en Streefkerk juist kenmerkend aan 'inbreuk' vinden dat het te zeer gericht is op het *gevolg* en te weinig richting geeft aan de *handeling* (zie bijv. Streefkerk, t.a.p., p. 71-72).

centraal stelt het *binnendringen* met een mes. Het is maar welke gedraging men als vergelijkingstype kiest.

En ook om een andere reden is het naar mijn mening onjuist om de enkele handeling als inbreuk te kwalificeren. Ik denk in dit verband aan een simpel voorbeeld, dat ik aan Spier ontleen:²³ twee auto's botsen op elkaar, zaakschade is het gevolg. De enkele handeling (het op elkaar botsen) lijkt mij inbreuk op de wederzijdse eigendommen te zijn. Maar hebben beide partijen over en weer onrechtmatig gehandeld? Dat lijkt mij toch niet het geval te zijn; Sieburgh deelt die mening (p. 58). Ook zij meent dat beoordeeld moet worden of een van de bestuurders anders heeft gereden dan hij behoorde te doen (waarbij met name overtreding van (wettelijke) verkeersregels centraal staat). Betekent dit nu dat de enkele handeling van botsen tegen eens anders auto geen rechtsinbreuk is? Of dat deze slechts onrechtmatig is onder nadere voorwaarden? Of misschien toch dat zij wel onrechtmatig is, maar dat de materieel relevante vraag (heeft de bestuurder anders gereden dan hij behoorde) bij de toerekenbaarheid aan de orde komt? Het voorbeeld toont naar mijn gevoel aan dat het toetsen van een enkele handeling op rechtmatigheidsgehalte, zonder de overige relevante omstandigheden van het geval(type) er bij te betrekken (wie had voorrang, wie reed te hard?), de uitwerking heeft van een schot hagel: een té groot aantal treffers van 'onrechtmatig' handelen.

4. De toerekeningsgronden 'schuld' en 'verkeersopvatting'

In het derde deel wordt een uitgebreid rechtshistorisch overzicht gegeven van hetgeen in de loop der eeuwen zoal onder 'schuld' werd verstaan. Vervolgens staat Sieburgh uitgebreid stil bij de verhouding en het verschil tussen morele en juridische verwijtbaarheid, bij de vorming van het geobjectiveerd schuldconcept onder werking van het oude BW en het meer subjectieve schuldconcept onder het nieuwe BW. Sieburgh (p. 158) meent dat het zinvol is om het concept 'schuld' te blijven gebruiken, ook al is het moeilijk om het scherp te omschrijven. Het gaat namelijk om een 'funderend concept' in het recht dat de burger inzicht geeft in de vraag waarom aansprakelijkheid al dan niet bestaat. "Het is een principe dat hij in het dagelijks leven gebruikt en waaraan hij kan ontleen hoe zich te gedragen", aldus Sieburgh.

Ik ben het eens met Sieburgh dat het aansprakelijkheidsrecht het concept 'schuld' moet handhaven als funderend concept. Maar ik kan het niet eens zijn met de uitwerking die Sieburgh aan haar standpunt geeft. Sieburgh meent namelijk dat in veel gevallen, die door menig auteur als toerekening krachtens verkeersopvatting worden beschouwd, in werkelijkheid sprake is van *subjectieve* verwijtbaarheid in juridische zin. De aansprakelijkheid voor het leggen van beslag (als naderhand het beslag van onwaarde blijkt te zijn), voor het ten uitvoer leggen van een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis, voor het gebruik van strafrechtelijke dwangmiddelen, voor onrechtmatige gevaarstelling, het betreft volgens Sieburgh steeds persoonlijk verwijtbaar handelen, omdat men kort gezegd behoort te beseffen dat deze handelingen een gevaar kunnen opleveren voor de ander (p. 164) althans dat deze handelingen "niet zonder meer juist" behoeven te zijn (p. 134-135). Ook het geval *Meppelse ree* schaart Sieburgh – als ik het goed zie – onder de gevallen van subjectieve schuld; Vos was door de verkeersborden gewaarschuwd, en hij had moeten anticiperen op overstekend wild. Zou hij dat hebben gedaan, dan zou hij niet zo

²³ J. Spier, 'Het open stelsel van de onrechtmatige daad', in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 269.

geschrokken zijn toen er een ree tevoorschijn sprong; zijn reactie was dan mogelijk minder gevaarlijk geweest (p. 142-143).

Ik vermoed dat het door Sieburgh gehanteerde schuldbegrip helemaal niet aansluit bij de beleving van de gemiddelde Nederlander.²⁴ Of laat ik voorzichtiger formuleren: het sluit niet aan bij *mijn* beleving. De meeste verkeersongevallen zijn weliswaar elk voor zich vermijdbaar, maar ze zijn veelal het gevolg van alledaagse verminderde onoplettendheid. Moeten we dat gedrag werkelijk het predikaat 'schuld' meegeven indien voor schadeloosstelling een 'toerekening naar verkeersopvatting' volstaat? In een geval als *Meppelse ree* zou mijn voorkeur uitgaan naar verkeersopvattingen. Ik denk namelijk dat we niet de psychologische impact van het woord 'schuld' op een veroorzaker – zeker wanneer het mensen van vlees en bloed betreft – moeten onderschatten. Persoonlijk zou ik (zelfs als jurist met kennis van het juridische schuldbegrip) mijn betrokkenheid bij een verkeersongeval a la *Meppelse ree* beter kunnen verwerken als mij verkeersopvattingen voor de voeten zouden worden geworpen in plaats van schuld.²⁵

Na afbakening en herwaardering van het schuldbegrip en behandeling van de gevallen van toerekening krachtens de wet, vangt Sieburgh aan met een moeilijke zoektocht naar een nadere concretisering van het toepassingsbereik van het begrip 'verkeersopvattingen' als bedoeld in art. 162.²⁶ Zij vindt – naast het toegepast gebruik van algemene rechtsvindingsnoties zoals analogiseren en typologiseren (p. 219) – twee concrete aanknopingspunten: *de hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging*. De hoedanigheid van de dader kan met zich brengen dat eerder toerekening buiten schuld plaatsvindt. Dit geldt bijvoorbeeld voor beroepsbeoefenaren en banken (p. 236-237). Het geldt ook voor de overheid, en in het algemeen voor eenieder die bedrijfsmatig handelt (in tegenstelling tot handelen 'in de persoonlijke sfeer'). Dat is niet vreemd, aldus Sieburgh, omdat kwalitatieve aansprakelijkheden ook aan de enkele hoedanigheid van een persoon kleven. Meer algemeen gesproken knoopt Sieburgh voor wat betreft gronden voor toerekening buiten schuld aan bij de ratio van kwalitatieve aansprakelijkheden (p. 181-195). Zij concludeert dat risico-aansprakelijkheden berusten op de pijlers van gevaarverhoging en profijt en dat transpositie van deze pijlers naar de verkeersopvattingen in art. 162 mogelijk is; immers: risico-aansprakelijkheden zijn in de wet opgenomen en daarmee dus codificatie van in de maatschappij aanwezige verkeersopvattingen (p. 217). Het gegeven dat de dader profijt heeft van een bepaalde handeling waarin de onrechtmatige daad is gelegen, kan toerekening buiten schuld dus rechtvaardigen. Ook de aard van de gedraging, met name wanneer deze niet alledaags is en risicovergrotend is, levert volgens Sieburgh grond op voor toerekening buiten schuld (p. 225-226, 245). Ik voel veel voor de benadering die Sieburgh hier gekozen heeft; door twee pijlers te kiezen (de hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging), geeft zij de verkeersopvattingen een concretere invulling dan tot op heden gebeurd is. Wel zou ik ook ruimte willen laten voor andere pijlers (dan wel steunpilaren). Anders dan Sieburgh

²⁴ Maar ik moet onmiddellijk toegeven dat ik net zomin als Sieburgh onderzoek heb gedaan naar hetgeen de 'forens in tram lijn 4' als schuld kwalificeert. Aansprekend en navolgenswaardig vind ik daarom het soort onderzoek, waar B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. Nieuw BW A-20, Deventer: Kluwer 1995, nr. 24, melding van maakt.

²⁵ Zie ook A&V 2000/6, p. 143.

²⁶ Ik reken paragraaf 9.3 ook tot deze zoektocht; deze paragraaf heeft namelijk het karakter van een prelude op hoofdstuk 10.

blijkbaar voorstaat zou ik het werkingsbereik van de verkeersopvattingen dus niet op voorhand tot de twee genoemde gronden willen beperken.

Wat Sieburgh uitdrukkelijk geen valide toerekeningsgrond vindt, is het al dan niet bestaan van verzekeringsdekking aan de zijde van de aansprakelijke: verzekering dekt aansprakelijkheid, maar scheidt ze niet. Ik ben het met Sieburgh eens dat de verkeersopvattingen niet met zich brengen dat een verzekerde daad *per definitie* een toerekenbare daad is, maar als *factor* speelt het naar mijn mening wel een rol. Er zijn toch genoeg plaatsen in het aansprakelijkheidsrecht aan te wijzen waar het verzekeringselement – al dan niet uitdrukkelijk – een rol speelt?²⁷ Dan is toch onwaarschijnlijk dat het *geen enkele rol* speelt bij toerekening buiten schuld? En zelfs als men zoals Sieburgh meent dat het geen enkele rol zou *mogen* spelen, dan behoeven niettemin enige vragen beantwoording. Zo maken WA-verzekeringen het mogelijk om schade te spreiden over een collectief, en in dat opzicht is een vergelijking mogelijk met de toerekenbaarheid van onrechtmatige overheidsdaden: de gevolgen daarvan worden door middel van toerekening krachtens verkeersopvatting over het collectief van belastingbetalers gespreid. Waarom is dat bij de overheid als dader wel toegestaan,²⁸ maar bij de particuliere verzekerde als dader niet? En bij mij rees vervolgens ook de vraag: kunnen verkeersopvattingen met zich brengen dat het *ontbreken* van verzekeringsdekking aan toerekening van de onrechtmatige daad (buiten schuld) in de weg staat? Want waarom zou de wetgever zich bij het in het leven roepen van risico-aansprakelijkheid wél mogen afvragen of een verzekeringsdekking tegen het risico mogelijk en betaalbaar is, maar de rechter bij de vraag naar toerekening buiten schuld niet? Dit zijn het soort vragen die men naar mijn gevoel niet zonder meer kan beantwoorden met de rechtlijnige mededeling dat het al dan niet verzekerd zijn geen gevolgen heeft of mag hebben voor het bestaan van aansprakelijkheid.

5. tegen de vervlechting van de vereisten van ‘onrechtmatigheid’ en ‘toerekenbaarheid’

In paragraaf 3 constateerde ik dat Sieburgh een typische abstractiemethode hanteert bij afbakening van hetgeen ‘rechtsinbreuk’ oplevert. Een soortgelijke methode gebruikt zij ook in ander verband, namelijk daar waar zij stelt dat een gedraging onrechtmatig is als zij in strijd is met een norm die *voor iedereen* geldt (p. 81, p. 97). Sieburgh verzet zich hiermee tegen het toesnijden van het onrechtmatigheidsoordeel op de dader in de concrete omstandigheden; dergelijke ‘subjectieve factoren’ – de term is van Sieburgh – horen namelijk thuis bij de toerekeningsvraag en niet bij de onrechtmatigheidsvraag.²⁹ De vraag of de toekijkende kinderen in de casus van de struikelende broodbezorger³⁰ doordrongen waren van de ernst van het gevaar van het gespannen touwtje, hoort volgens Sieburgh niet thuis in het onrechtmatigheidsoordeel. En zo meent zij ook dat de Hoge Raad in de arresten Natronloog en Taxustruik ten onrechte zorgvuldigheidsnormen formuleert

²⁷ Zie uitgebreid T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en Aansprakelijkheid*, 2e druk Deventer: Kluwer 1999.

²⁸ Sieburgh, *diss.*, p. 232 e.v.: ‘Bovendien is zij beter in staat de schade te dragen dan een privépersoon’ (p. 234).

²⁹ Op p. 222, nt. 96, wordt overigens een nadere verfijning aangebracht door te onderscheiden tussen hoedanigheid van de dader, waaronder diens ‘individuele eigenschappen’ of ‘bijzondere kenmerken’ (die voor de toepasselijke norm wél relevant kunnen zijn) en ‘persoonlijke eigenschappen’ (die voor de schuldvraag relevant kan zijn). Vgl. ook p. 224.

³⁰ HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149.

waarin wetenschap van de schadeveroorzaker een rol speelt.³¹ Sieburgh meent als gezegd dat een gedraging onrechtmatig is indien zij *algemeen* ongeoorloofd is, en beoordeling van datgene wat de dader wist of had moeten weten dient in de toerekeningsvraag plaats te vinden. Vermenging van deze twee is ondoelmatig en systematisch ongewenst, stelt Sieburgh. Het roept ook het gevaar in het leven dat bepaalde handelingen niet op grond van verkeersopvatting kunnen worden toegerekend om de simpele reden dat ze niet door de 'subjectieve' onrechtmatigheidstoets heengekomen zijn.

Hetgeen Sieburgh hier betoogt, kan gemakkelijk worden misverstaan. Ik ben het met Sieburgh eens dat een norm, geheel toegespitst op het voorliggende geval, weinig inzicht geeft in hetgeen in meer algemene zin ongeoorloofd is. Bij voorkeur moet aan de norm enige algemene gelding toekomen. Maar de bewoordingen die Sieburgh kiest, zijn verwarrend. Men kan namelijk in redelijkheid niet volhouden dat van onrechtmatigheid alleen sprake is (of zou moeten zijn) wanneer in strijd is gehandeld met een norm die voor *iedereen* geldt. De verkeerswetgeving geldt voor iedereen die aan het verkeer deelneemt, maar voor fietsers gelden andere wettelijke normen dan voor automobilisten. De wet differentieert dus, en de maatschappelijke betamelijkheid doet niet anders. Ten minste zal dus bedoeld moeten zijn dat de norm voor eenieder geldt die zich in gelijke omstandigheden bevindt. Daarbij zal ook acht moeten worden geslagen op de maatschappelijke groepering waartoe de aansprakelijk gestelde behoort en de hoedanigheid waarin deze handelde.³² De rechter zal vervolgens bij voorkeur een ongeschreven rechtsregel formuleren die zich richt tot een bepaalde groep van personen onder bepaalde omstandigheden. De daarmee gepaard gaande differentiatie is onontbeerlijk om de juiste mate van zorgvuldigheid op te leggen aan een bepaald segment van onze bevolking.

De noodzaak tot differentiatie wordt weliswaar onderschreven door Sieburgh (p. 93-94), maar ze meent anderzijds dat de aanwezigheid of juist afwezigheid van *wetenschap* geen rol mag spelen bij het formuleren van de betamelijkheidsnorm. Dat is een opmerkelijk standpunt, maar het is mij niet geheel duidelijk op welk soort 'wetenschap' het precies betrekking heeft. Als Sieburgh bedoelt dat betamelijkheidsnormen geformuleerd moeten worden zonder acht te slaan op hetgeen aan kennis en wetenschap van de dader aanwezig verwacht of geacht mag worden, dan heb ik grote twijfel aan de houdbaarheid van dat standpunt. Wetenschap van een gezondheidsgevaar ontbreekt bijvoorbeeld zolang het in objectieve zin niet *kenbaar* is; denk aan een thans reeds bestaand gevaar, dat door voortschrijdend medisch inzicht pas over tien jaar bekend en dus kenbaar wordt.³³ Dan zal te zijner tijd toch niet zonder meer kunnen worden gesteld dat degene die het gevaar niet heeft weggenomen, ook nu reeds onbetamelijk heeft gehandeld (en dat zijn ontbreken van wetenschap slechts in de toerekeningsfase relevant is)?³⁴ Zolang de kern van art. 162 is een toetsing van gedrag op toelaatbaarheid, is kenbaarheid een constitutief element. En indien Sieburgh doelt op een gevaar dat in objectieve zin wel kenbaar is (zoals het gevaar van taxus voor paarden), komt het naar mijn mening aan op de vraag of die

³¹ HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 resp. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624.

³² Zie de schrijvers genoemd en besproken door Sieburgh, *diss.*, p. 222 e.v.

³³ Eenzelfde kwestie speelt in HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 (Staat/Shell) ten aanzien van de kenbaarheid van het geschonden belang: als men het belang van de Staat bij een schone bodem in de jaren zestig niet kan kennen, omdat de Staat het zich pas in de jaren zeventig is gaan aantrekken, dan kan men daar zijn gedrag ook niet op afstemmen, en dus is het gedrag in zoverre niet onzorgvuldig.

³⁴ Sieburgh, *diss.*, p. 241, lijkt hier niettemin toch op aan te sturen bij haar behandeling van het Taxusstruik-arrest.

wetenschap aanwezig mag worden geacht bij de *groep* van personen waartoe de aansprakelijk gestelde behoort. Door afbakening van die groep kan men de *maatman* en diens wetenschap vaststellen.³⁵ Ik interpreteer het *Taxusstruik*-arrest dan ook zo – maar daarover kan ook anders worden gedacht – dat de maatman hier de ‘gemiddelde tuinbezitter’ is, van wie geen kennis wordt verwacht van de schadelijke eigenschappen van *taxus*. Gemeten langs die lat heeft mevrouw Verkoulen niet onbetamelijk gehandeld. Dat is anders indien zij die specifieke kennis wél had; we leggen dan niet langer de gedragstoets aan die voor de maatman geldt, maar die voor personen geldt die deze wetenschap feitelijk wél bezitten. Dat is geen subjectivering van de norm naar mevrouw Verkoulen toe, maar slechts een erkenning van het gegeven dat voor personen met bijzondere kennis zwaardere betamelijkheidsnormen kunnen gelden. Dat personen die door bijzondere kennis uitsteken boven anderen, volgens een scherpere norm worden beoordeeld, lijkt mij juist. Waar Sieburgh op lijkt aan te sturen, is het volgende. In het geval van het *Taxusstruik*-arrest zou, indien men het ontbreken van wetenschap van mevrouw Verkoulen niet zou betrekken in de onrechtmatigheidsvraag, sprake zijn geweest van een (objectief beschouwd) maatschappelijk onbetamelijke daad. Het ontbreken van wetenschap sluit subjectieve schuld van Verkoulen uit, maar aangezien de onrechtmatigheid gegeven is,³⁶ kan de rechter de daad desgewenst krachtens verkeersopvattingen toerekenen. Aan Sieburgh kan worden toegegeven dat de ‘maakbaarheid’ van het aansprakelijkheidsrecht op deze manier aanzienlijk wordt vergroot, maar is dit werkelijk de richting die we willen inslaan? En zo ja, moet dan niet de vraag centraal staan of maakbaarheid boven naleefbaarheid gaat? Constructies voor wenselijke oplossingen kunnen binnen art. 162 altijd wel gevonden worden, dus moet – zo zou ik menen – niet de constructie centraal staan maar de voor- en tegenargumenten en een bespreking van de gevolgen van de mogelijke alternatieven.

6. Conclusie

Sieburgh heeft met vlotte pen een helder boek geschreven over een moeilijk onderwerp. Het is een dogmatische verhandeling waarin duidelijk stelling wordt genomen in tal van dogmatische controverses. Het boek getuigt van belesenheid en denkkracht, maar het prikkelde mij toch vooral tot tegenspraak. Ik denk dat dit terug te voeren is op een verschil van inzicht met betrekking tot de functie van dogmatische zuiverheid. Waar Sieburgh lijkt te menen dat met dogmatische zuiverheid elke rechterlijke uitspraak die naar de letter is gegrond op artikel 6:162 BW, in een van de drie-eenheden van dat artikel te vangen moet zijn, ben ik – geloof ik – meer geneigd om te aanvaarden dat de praktijk van het onrechtmatigedaadsrecht zoveel nuancering, rechtspolitiek, en soms ook zoveel inconsistentie laat zien, dat dogmatische drie-eenheden soms geen verklaring of genoegzame grondslag bieden.

W.H. van Boom, universitair hoofddocent K.U.B. Tilburg.

³⁵ Sieburgh, *diss.*, p. 161, is niet overtuigd van de zuiverheid van deze rechtsvindingsmethode; zij lijkt te menen dat het zoeken naar de maatman in wezen toch een subjectivering naar de concrete dader toe is. Zie ook p. 159, waar zij de oplossing zoekt in de toerekeningsvraag.

³⁶ Vgl. ook Sieburgh, *diss.*, p. 241.