

*Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht
Een rechtsgeleerde dialoog*

*Proportionele tendensen
in het verbintenissenrecht*

Een rechtsgeleerde dialoog

Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Prof.mr. I. Giesen

Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Den Bosch

Mr.dr.ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Eric Tjong Tjin Tai is universitair hoofddocent aan de Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Den Bosch

Grafische vormgeving
Ben Arts bNO

ISBN 978 90 13 05959 5
NUR 822-206

© I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

Voorwoord	VII
Hoofdstuk 1	
Inleiding	1
Hoofdstuk 2	
Proportionaliteit: algemene beschouwingen	3
2.1 Waarom proportionaliteit?	3
2.2 Hoe wordt proportionaliteit bereikt?	4
2.3 Waartussen proportionaliteit?	7
Hoofdstuk 3	
De proportionele benadering in het contractenrecht	11
3.1 Inleiding	11
3.2 Matiging van een boete	13
3.3 Verzekeringen en het redelijke belang bij een vervalbeding	16
3.4 Voor en tegen een proportionele benadering van vervalbedingen	26
3.5 Het exoneratiebeding	35
3.6 Andere toepassingen van proportionaliteit?	43
3.7 De grenzen van proportionaliteit	46
3.8 Processuele aspecten van proportionaliteit	47
3.9 Conclusie	50
Hoofdstuk 4	
De proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht	53
4.1 Introductie	53
4.2 Plan van aanpak van wat wel en niet besproken zal worden	55
4.3 De kern van het probleem en het begin van de oplossing	57
4.4 De belangrijkste argumenten voor proportionaliteit (en waar nodig de verwerping ervan)	61
4.5 De belangrijkste tegenargumenten (en hun verwerping waar nodig)	67
	V

INHOUDSOPGAVE

4.6	Afweging	77
4.7	De reikwijdte van proportionele aansprakelijkheid	80
4.7.1	Inleiding	80
4.7.2	Algemene doorwerking?	84
4.7.3	Doorwerking op deelterreinen?	87
4.7.4	Letselschade	87
4.7.5	Geen letselschade	93
4.7.6	Tussenstand	100
4.8	Verhouding tot alternatieve oplossingen voor causaliteitsonzekerheid	100
4.8.1	Introductie	100
4.8.2	Materieelrechtelijke oplossingen	102
4.8.3	Procesrechtelijke oplossingen	104
4.8.4	Tussenstand	107
4.9	Afronding	108
4.9.1	De veelal ontbrekende motivering	108
4.9.2	Slot	110
Hoofdstuk 5		
Afsluiting: proportioneel verbintennisrecht?		111
Lijst van verkort aangehaalde literatuur		115

Voorwoord

De auteurs van het navolgende preadvies hebben ervoor gekozen dit preadvies in de vorm van een dialoog, althans grotendeels zo, te presenteren. Ze werden daartoe geïnspireerd door de bijdrage van Heyman en Bartels in *NTBR* 2006/7, p. 271 e.v., en door de columns van de gebroeders Meester in (de zaterdageditie van) *de Volkskrant*. De Vereniging voor Burgerlijk Recht heeft hiermee ingestemd, omdat – aldus de voorzitter, in navolging van Vranken – het recht nu eenmaal een discussieve grootheid is. Wij danken hem en de Vereniging voor de medewerking. Het gaf ons de kans om een gezamenlijk preadvies te presenteren zonder het noodzakelijk over alles eens te hoeven zijn. In de dialoog hebben wij dat kunnen laten zien, en dat was prettig. Het alternatief zou zijn geweest om of beide een losstaand verhaal te schrijven of om alle onderlinge discussiepunten uit het preadvies weg te snijden. Dat zou de synergie hebben verminderd en/of de twinkelende, te bediscussiëren items gereduceerd hebben. Zodoende zijn de inleidende en uitleidende teksten in par. 1, 2 en 5 in samenspraak geschreven. Meestal hoort de ter plaatse vertolkte mening bij de door middel van of ‘[ETTT]’ of ‘[IG]’ aangeduide spreker, soms hebben we de tekst een beetje vermengd om de dialoog gaande te houden, en soms is ons beider opvatting verwoord. Dat laatste blijkt dan vooral uit het gebrek aan tegenspraak. Par. 3 en par. 4 zijn geheel van de hand van de laatste, respectievelijk de eerste auteur.

De auteurs danken [IG:] Eline Groenendaal en Remco Vinck voor hun even huiselijke als inspirerende ondersteuning, Reina Wit en Brigitte Bethlehem voor de verleende onderzoeksassistentie, en Lonneke Stevens, Albert Verheij en de medewerkers van het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht voor nuttige discussies en commentaren, respectievelijk [ETTT:] Joost Sluijter voor onderzoeksassistentie en de leden van het departement privaatrecht van de Universiteit van Tilburg voor hun kritisch commentaar op een eerdere versie van (een deel van) dit preadvies.

Ivo Giesen [IG]
Eric Tjong Tjin Tai [ETTT]

Utrecht/Tilburg, juli 2008

Hoofdstuk 1

Inleiding

[ETTT] ‘Rechtvaardigheid is dus een vorm van evenredigheid’, aldus Aristoteles in de *Nicomacheïsche Ethiek*, 1131a30 (par. V.6). Het recht is daarmee doortrokken van de gedachte van evenredigheid¹ of proportionaliteit.² Dus wie kan er dan tegen proportionaliteit in het recht zijn? [IG] Toch is de opmars van de proportionele benadering in ons vermogensrecht van recente datum³ en zijn bovendien vraagtekens gezet bij een dergelijke proportionele benadering in het privaatrecht.

[ETTT] Inderdaad. Zo weigert de Hoge Raad in het geval van ontbinding de door velen voorgestelde meer proportionele benadering toe te laten.⁴ Zo ook heeft de Hoge Raad beslist dat de schuldeiser in beginsel mag kiezen welke remedie ingeroepen wordt, ook als dat tot disproportionele sancties leiden kan.⁵ Dit geeft aan dat er ook iets tegen proportionaliteit valt in te brengen.

[IG] Vandaar ook dat er over dit thema een preadvies geschreven moest worden!

[ETTT] Een terechte keuze, wat mij betreft. Dat proportionaliteit niet alleen maar goed is, blijkt ook doordat er geen algemene voor- en tegen-

1 Wij gebruiken evenredigheid als synoniem voor proportionaliteit, evenals Reurich 1998. Tegenwoordig gebruiken de meeste auteurs de term ‘proportionaliteit’, zie echter bijv. Hammerstein/Vranken 2003, nr. 34 e.v.

2 Zie Hartlief, AA 1997, Reurich 1998, J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995, nr. 137, Hammerstein/Vranken 2003, nr. 34 e.v., Stolp 2007, allen met verwijzingen. Ook P.C.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, diss. Rotterdam, Gouda Quint: Deventer 2000, p. 328-342 en 559-561.

3 Zie vooral HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 m.nt. MMM (Royal & Sun Alliance/Universal Picture), waarover Hartlief 2007, Drion en Van Wechem, *NJB* 2006, Mendel, *AV&S* 2007, Drion, Hartlief en Van Wechem, *AV&S* 2007, alsmede HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus), waarover vele auteurs genoemd in par. 4.

4 HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 317, HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160, HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197, HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208, HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562, zie voor de kritische stemmen Bakels 1993, 1994, nr. 27, en *WPNR* 2007; Hartlief 1994.

5 Zie HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

standers zijn: wie zich in het ene geval uitspreekt ten gunste van proportionaliteit lijkt in een ander geval kritisch te staan tegenover een proportionele benadering.⁶ Misschien komt dit doordat er verschillende vormen van proportionaliteit bestaan, die nader onderscheiden moeten worden.

[IG] Dat lijkt mij ook, maar voordat we daarmee van start gaan (in par. 2) is het wel goed om eerst te laten weten wat de *probleemstelling* is die aan het hierna volgende ten grondslag ligt. De lezer moet immers wel weten dat onze discussie tot doel heeft om de vraag te beantwoorden hoe ver de recente trend om proportionele oplossingen te aanvaarden in het Nederlandse vermogensrecht, nu eigenlijk strekt. Kunnen we ‘proportionaliteit’ over de gehele linie van het vermogensrecht doen uitstrekken of is die notie aan grenzen gebonden? Ook is het handig als men weet dat we daarbij het contractenrecht en het aansprakelijkheidsrecht in eerste instantie apart in ogenschouw nemen (in par. 3 en par. 4), maar dat we wel zullen proberen om tot enige overkoepelende conclusies te komen (in par. 5). Toch?

[ETTT] Zeker, zeker. En er zijn vast ook lezers die willen weten welke methode wij volgen. De dialoogvorm dus.

[IG] Dat is evident, ja, maar er is meer. Immers, we komen hierna met een juridische analyse gebaseerd op Nederlandse wetgeving, rechtspraak en literatuur. Onze ambities reiken dit keer niet tot over de grenzen van Nederland of van ons eigen vakgebied, al zal een enkele referentie dat wel doen, mede omdat daar geen tijd en plaats voor was. Het bijna gehele Nederlandse vermogensrecht trachten te bestrijken is al ambitieus genoeg.

[ETTT] Sterker, zelfs dat zullen we niet helemaal kunnen doen. Als gezegd, we concentreren ons op contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht. Maar voordat we dat doen, moeten we nog die onderscheidingen bespreken.

[IG] Vertel...

6 Bij wege van voorbeeld, zie Tjong Tjin Tai en Verstijlen, *NJB* 2006: ten gunste van de toepassing in *Royal & Sun Alliance versus Krans en Tjong Tjin Tai*, *NbBW* 2002: voorzichtig ten aanzien van toepassing ten aanzien van exoneratiebedingen, of Hartlief 2007 (kritisch over *Royal & Sun Alliance*) versus Hartlief 1994 (ten gunste van proportionaliteit bij ontbinding).

Hoofdstuk 2

Proportionaliteit: algemene beschouwingen

2.1 Waarom proportionaliteit?

[ETTT] De steeds belangrijker rol van proportionaliteit in het recht kunnen we misschien verklaren uit het gelijkheidsbeginsel: het gelijke moet gelijk behandeld worden, het ongelijke ongelijk. Een proportionele verdeling is soms gewoon een wijze om een genuanceerd onderscheid aan te brengen in de behandeling (van de gevolgen) van bepaalde gevallen omdat die gevallen niet helemaal gelijk zijn.

[IG] Maar dat verklaart de al genoemde weerstand tegen proportionaliteit niet, want wie kan er nu met goed fatsoen tegen toepassing van het gelijkheidsbeginsel zijn? Ik in elk geval niet...

[ETTT] Ik ook niet, maar mede aan de hand van dat beginsel kunnen we misschien wel verklaren waarom in het verbintenissenrecht weerstand bestaat tegen proportionaliteit als beginsel. Denk even met me mee. Proportionaliteit kennen we vooral uit het strafrecht, bestuursrecht en het Europese recht. Het gaat dan vooral om een begrenzing van het overheidshandelen ten behoeve van de vrijheid van burgers. Burgers onderling worden daarentegen juist geacht in beginsel vrij te zijn om te handelen zoals hen goeddunkt. Dit is het uitgangspunt van autonomie; binnen overeenkomsten spreekt men van *contractsvrijheid* of partijautonomie. Daaruit volgt onder andere dat burgers het gelijke ongelijk mogen behandelen en andersom. Het afdwingen van proportionaliteit zou dan juist neerkomen op beperking van vrijheid. Die vrijheid krijgt gestalte in duidelijke, harde wettelijke regels over de rechten die burgers hebben en die zij in beginsel naar willekeur mogen uitoefenen.

[IG] Maar dat uitgangspunt geldt toch niet onbeperkt?

[ETTT] Uiteraard niet. Partijen moeten bij de uitoefening van bevoegdheden ook binnen zekere grenzen rekening houden met elkaars belangen.¹

¹ HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (Erba), HR 15 november 1957 *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp), recent nog eens herhaald in HR 19 oktober 2007, *NJ* 2007, 565 (Vodafone/ETC), rov. 3.5.

Men spreekt over de maatschappelijke diligentia, of over een zwakke zorgplicht of zorgvuldigheidsverplichting.²

[IG] Akkoord. Ook in het door de partijautonomie gedomineerde verbintenissenrecht is een zekere hang richting proportionaliteit, in de vorm van elkaars belangen respecteren, ingebed. Dat broodnodige respect voor andermans belangen zien we vervolgens ook terug bij het onrechtmatigheidsvereiste, en de invulling daarvan door de Hoge Raad.³ De volgende vraag is dan echter hoe die hang naar proportionaliteit verwezenlijkt wordt, hoe die gestalte krijgt.

2.2 Hoe wordt proportionaliteit bereikt?

[ETTT] Het gaat bij proportionaliteit dus om een correctie van de zekerheid van vaste rechten en van de contractsvrijheid. Een dergelijke correctie is mogelijk op grond van wettelijke uitzonderingen,⁴ of op grond van de aanvullende en derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Bij de derogerende werking (art. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW) gaat het erom dat het toepassen van een zekere regel tussen partijen “in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”; bij de aanvullende werking (art. 6:2 lid 1 en 248 lid 1 BW) gaat het er echter om dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid aanvullende verbintenissen voortvloeien. De maatstaf is in ieder afzonderlijk geval iets anders geformuleerd. De derogerende werking moet terughoudend worden toegepast, zoals blijkt uit het ‘onaanvaardbaar’.⁵ Daarentegen kan een integrale toets aan de eisen van redelijkheid en billijkheid volgen als het om een kwestie van aanvulling gaat.⁶

Het ‘onaanvaardbaar’ in art. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW is welbewust opgenomen om een te subjectieve invulling te vermijden.⁷ Het gaat erom dat geen redelijk mens er anders over kan denken.⁸ Alleen onder zulke

2 Tjong Tjin Tai 2007, p. 99, met verdere verwijzingen.

3 Zie HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell), rov. 3.8.4 (belangen van anderen moeten ontzien worden).

4 Hammerstein/Vranken 2003, nr. 34 e.v.

5 PG Bk 6, p. 19, 68, en HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (gem. Apeldoorn/Duissterhof), HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 132 (Sassen/Kluwer), HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 59, HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (GTI/Zürich).

6 Zie bijv. HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 (Tandarts en HIV test).

7 PG Inv Bk 3, p. 1034, vgl. PG Bk 6, p. 67.

8 Wiarda 1999, p. 48-49, PG Bk 6, p. 19.

omstandigheden kan de derogerende werking worden toegepast.⁹ Aan de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid is echter een zekere subjectiviteit eigen: redelijke mensen kunnen twisten over wat exact in een concreet geval uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit.¹⁰ De terughoudendheid bij de derogerende werking dient daarnaast ook om een aanvaardbaar midden te behouden tussen de uitersten van rechtszekerheid of autonomie en billijkheid.¹¹ De gedachte is dat zonder zulke terughoudendheid de schaal te ver zou doorslaan naar de billijkheid, ten koste van rechtszekerheid en partijautonomie. Alleen waar de uitoefening van een bevoegdheid te ver gaat, kan worden ingegrepen.

[IG] Glashelder verhaal, maar hoe werkt dat dan in concreto?

[ETTT] Deze twee maatstaven wijzen op twee manieren waarop proportionaliteit wordt getoetst.

[IG] Welke twee dan?

[ETTT] De eerste vorm die ik zou willen onderscheiden is de *negatieve toepassing van proportionaliteit*,¹² het vermijden van (extreme) disproportionaliteit of onevenredigheid.¹³ Dit betreft gevallen waarin wordt beoogd om ongewenste scherpe resultaten te vermijden. Zij volgt reeds uit de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid:¹⁴ de uitoefening van een bevoegdheid of een recht (al dan niet op basis van een wettelijke bepaling) kan in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zijn. Onder dat ‘onaanvaardbaar’ valt ook een disproportionele uitoefening.

[IG] Het gaat dus om gevallen van ernstige onevenredigheid, buitensporigheid.¹⁵

9 Tenzij men de normatieve uitleg aanhangt, welke echter niet goed rijmt met de ‘onaanvaardbaarheid’-norm. Wij gaan daar nu niet verder op in.

10 Peletier, *RMTthemis* 1995, p. 427, Hijma 1989, p. 6.

11 Aldus Meijers, PG Bk 6, p. 57. Op p. 72 spreekt hij over ‘extreme omstandigheden’ waarin de beperkende werking zou kunnen worden toegepast.

12 De termen ‘negatief’ en ‘positief’ voor dit onderscheid zijn een suggestie van mr. J.M.H.P. van Neer-van den Broek. Het onderscheid sluit aan bij de twee vormen van proportionaliteit bij Hammerstein/Vranken 2003, nr. 35.

13 Bijv. Stolp 2007, p. 217, 219, 224, 227, 231, 248, sprekend van een ‘vangnet’ (ook p. 206, 215).

14 Vgl. Stolp 2007, p. 219, 224.

15 Zie bijv. art. 6:265 lid 1 BW (geringe tekortkoming geen grond voor ontbinding), art. 7:21 lid 1 sub c BW (geen vervanging bij geringe non-conformiteit). Men kan bijvoorbeeld ook denken aan art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden), welke bepaling met name dient om onvoorziene buitensporige discrepanties in het contractuele evenwicht te redresseren (voorbeelden bij Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 337-339)

[ETTT] Inderdaad. In haar proefschrift ziet Stolp slechts voor deze vorm of invulling van proportionaliteit een plaats bij de toepassing van contractuele remedies.¹⁶ Gevallen waar de verhoudingen niet geheel evenredig zijn, worden door deze toepassing van proportionaliteit niet geraakt. Voor ons doel behoeven wij deze vorm van proportionaliteit verder niet te behandelen.

[IG] Dan is het ook niet zo relevant meer dat ik in eerste instantie geneigd zou zijn om deze vorm van proportionaliteit niet als ‘negatief’ te benoemen; mijns inziens is het beter om termen als ‘negatief’ en ‘positief’, want zo zal de tweede vorm dan wel genoemd worden, te vermijden, omdat het van je perspectief afhangt of je iets juist negatief of positief noemt. Het gaat hier om proportionaliteit als correctiemechanisme ten opzichte van buitensporigheden, zoals je aangaf. Maar goed, ik geef meteen toe dat dit geen lekker vlotte terminologie is. Hoe zit het met die tweede vorm?

[ETTT] Daarnaast is er inderdaad ook een, in mijn termen, *positieve toepassing van proportionaliteit*: het bereiken van evenredigheid, ook als het niet om een extreme disproportionaliteit gaat.¹⁷

[IG] Die ik dan ‘gewone proportionaliteit’ zou noemen, denk ik...

[ETTT] Inderdaad. Waar het hier om gaat – ‘what’s in a name’ – is het volgende. In een procedure is het de rechter die deze proportionaliteit aanbrengt; de partijen anticiperen daar eventueel op. Deze toepassing van proportionaliteit heeft men meestal op het oog als men spreekt over een *proportionele benadering*.¹⁸ Ook in ons preadvies zal de aandacht vooral uit gaan naar deze laatste vorm. Het grote verschil met de negatieve toepassing is dat daar slechts wordt geoordeeld dat iets *niet* mag; hier wordt tevens beslist hoe het *wel* moet. Dat aspect maakt ook dat ik hier over positieve toepassing van proportionaliteit zou willen spreken.

[IG] Dat begrijp ik, maar mijn bezwaar tegen de terminologie blijft. Wat ik me wel nog af vraag: waar heb je dit onderscheid vandaan?

[ETTT] De reden waarom ik dit onderscheid voorstel, is dat de negatieve proportionaliteitstoepassing algemeen aanvaard wordt, maar de positieve proportionele benadering daarentegen regelmatig op weerstanden blijkt te stuiten, hoewel er ook veel bijval is. Het zijn vooral deze weerstanden die nader onderzoek en discussie behoeven omdat we daarmee het thema mogelijk een stap verder kunnen brengen.

16 Stolp 2007, p. 203, 247-248.

17 Uiteraard is enige disproportionaliteit noodzaak, want anders valt er niets te corrigeren.

18 De term ‘proportionele benadering’ is niet een juiste aanduiding voor louter het vermijden van disproportionaliteit.

2.3 Waartussen proportionaliteit?

[ETTT] Een nadeel van de norm van redelijkheid en billijkheid is dat deze volkomen open is, en nauwelijks aanwijzingen geeft hoe zij moet worden toegepast.

[IG] Afgezien van art. 3:12 BW natuurlijk. Maar zo geef ik meteen toe, ook dat artikel biedt niet heel concrete handvaten. Vergeet echter niet dat de open norm van redelijkheid en billijkheid ook ruimte laat voor verdere rechtsonwikkeling, bijvoorbeeld op het punt van proportionaliteit. Dat is waardevol.

[ETTT] Dat klopt, maar die vrijheid kan ook betekenen dat een rechter juist geen gebruik maakt van deze ruimte waar wij dat misschien wel op zijn plaats zouden vinden. Als juristen kunnen we proberen meer richting te geven. Ook de wetgever heeft dat gedaan, bijvoorbeeld in het leerstuk van misbruik van bevoegdheid. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien een bevoegdheid wordt uitgeoefend ‘met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.’ (art. 3:13 BW).¹⁹ De maatstaf is derhalve de proportionaliteit of evenredigheid tussen de belangen, het is een, wat ik zou willen noemen, *belangenproportionaliteit*. De maatstaf voor toepassing van de misbruik-regel bevindt zich tussen de uitersten van aanvullende en derogerende werking: voor het geval van gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor zij verleend is, lijkt geen terughoudende toets te gelden, voor onevenredigheid daarentegen wel (in redelijkheid niet kunnen komen tot uitoefening), zij het dat deze laatste toets iets minder terughoudend lijkt dan de toets van het ‘onaanvaardbaar’.²⁰ Zo blijkt uit art. 3:13 BW dat een bepaald type disproportionaliteit niet aanvaardbaar is.

[IG] Blijkt dat echter niet ook direct uit de artt. 6:2 en 6:248 BW via de ‘voor zover’ constructie?

[ETTT] Ja, maar daar geldt de strenge eis van het ‘onaanvaardbaar’ zijn, bij art. 3:13 BW volstaat dat sprake is van onevenredigheid van belan-

19 Zie over redelijkheid en billijkheid als instrument tot bereiken van evenredigheid bijv. Vranken 1996; Van Schaick 2003, p. 53.

20 In de literatuur wordt overigens verdedigd dat misbruik van recht tegenwoordig opgaat in de derogerende werking (Vranken 1996; Stolp 1999; E.J. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, Mon. BW A4, Kluwer: Deventer 2007, nr. 25). Voorts Hartlief 2003, p. 59.

gen waardoor men naar redelijkheid niet tot uitoefening van een bevoegdheid kan komen. Bij onevenredigheid van belangen kan dus blijkbaar sneller worden ingegrepen.

[IG] Dan blijf ik nog zitten met de vraag tussen welke elementen of factoren evenredigheid of proportionaliteit moet bestaan. De belangen kunnen zeer ongelijksoortig zijn.

[ETTT] Ik denk ook dat je ten minste nader kan onderscheiden tussen:

- het belang van de ene partij bij uitoefening versus het belang van de wederpartij bij niet-uitoefening van een bevoegdheid,
- de geleden of te lijden nadelen (of gemiste voordelen) van partijen over en weer,
- de ernst of verwijtbaarheid van de relevante handelingen.

[IG] Wacht even. Gaat het niet gewoon om de evenredigheid van het resultaat, van de juridische uitkomst, ongeacht of de onevenredigheid dan schuilt in een te hoog te betalen bedrag aan schadevergoeding of in de zwaarte van een toe te passen sanctie zoals bij een nietigheidssanctie? Of bedoel je dat we enkele nadere soorten of vormen van proportionaliteit moeten benoemen?

[ETTT] Dat laatste, daar gaat het mij hier inderdaad om.²¹ Men is immers vaak geneigd vooral de nadruk te leggen op de proportionaliteit tussen de over en weer geleden of te lijden nadelen of schade, zoals bij een sanctie het nadeel (de schade) van de schuldeiser bij een geschonden verplichting versus het nadeel van de schuldenaar bij onverkorte toepassing van de sanctie. Dat is een relatief eenvoudige manier om de eerder genoemde belangenproportionaliteit vast te stellen; men kan dit mijns inziens aanduiden als een *nadeelsproportionaliteit*. De oorzaak van het nadeel wordt daarbij buiten beschouwing gelaten. De belangen over en weer zijn echter breder dan alleen het materiële nadeel, en bij de afweging zouden meer factoren van belang kunnen zijn (zoals de aard

21 Bij de bepaling van proportionaliteit in deze verschillende vormen bedenke men wel dat er geen exacte berekening wordt gevolgd (vgl. over deze vraag Hartlief, *AA* 1997, P. Abas, 'Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW', *WPNR* 6307 (1998), Peletier 1999, p. 116-121). De relevante omstandigheden over en weer zijn meestal niet exact te begroten, en bovendien zijn zij vaak nogal heterogeen van aard. Waar de omstandigheden wel op één lijn zijn te plaatsen, zoals bij de causale verdeling ingeval van eigen schuld, berust de omvang van de bijdrage van de respectievelijke omstandigheden meestal op intuïties, en dat mag dan ook van de Hoge Raad. Zie de jurisprudentie genoemd bij A.L.M. Keirse, 'Rechterlijke werkzaamheid en het oordeel over eigen schuld', *AV&S* 2006/6, p. 185-192 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De motivering van het oordeel over eigen schuld', *Bb* 2006, p. 27. Tegen die rechtspraak, op basis van psychologische inzichten, Giesen 2008, p. 197.

van de bevoegdheid). Men kan een belangenproportionaliteit wat mij betreft dus niet zomaar tot een nadeelsproportionaliteit reduceren.

[IG] Dat is dan één soort. Er zijn er meer, neem ik aan?

[ETTT] Wat dacht je. We kunnen ook de oorzaken als de belangrijkste factor gebruiken. Dat zien we bij eigen schuld (art. 6:101 lid 1 BW) en de draagplicht van hoofdelijk schuldenaren (art. 6:10 BW). Het gaat daarbij niet om de evenredigheid tussen alle belangen over en weer, maar om een toerekening naar rato van de mate van de causale bijdragen aan de schade of aansprakelijkheid.²² Het gaat dan om een *toerekeningsproportionaliteit*. Dit is altijd een positieve toepassing van proportionaliteit; het komt aan de orde wanneer er verschillende relevante oorzaken voor die schade zijn aan te wijzen.

[IG] Zoals dat in het aansprakelijkheidsrecht speelt, bedoel je?

[ETTT] Inderdaad. In al deze gevallen gaat het om een positieve toepassing van proportionaliteit. Ik wil als laatste nog de aandacht vestigen op een meer negatieve vorm van proportionaliteit, die vooral bij contractuele sancties van belang lijkt. Juist bij dergelijke sancties lijkt er grote weerstand te bestaan tegen het zomaar toepassen van (bijvoorbeeld) een nadeelsproportionaliteit. Het nadeel van toepassing van een sanctie is immers vaak groter dan het nadeel dat de eiser ondervindt van de schending van de regel waar de sanctie aan verbonden was, anders zou er gewoon met schadevergoeding kunnen worden gewerkt. Kennelijk is de gedachte bij velen dat het belang van generale preventie op die manier onvoldoende tot zijn recht komt; zij vinden dat een sanctie koste wat kost moet worden toegepast, ook al is daar in concreto geen voldoende belang mee gediend.

[IG] Waarop baseert men dan de gedachte dat die generale preventie onvoldoende werkt? Dat de sanctie achteraf soms toegepast moet worden en dus niet alles en iedereen bij voorbaat af heeft kunnen schrikken om de regels te 'overtreden', wil niet zeggen dat er niet vele anderen waren die wel preventief de juiste richting op geduwd zijn, die wel de juiste prikkels hebben ontvangen. We weten dat gewoonweg niet zonder gedegen empirisch onderzoek, en dat ontbreekt vooralsnog.²³

[ETTT] Daar heb je gelijk in. Ik weet ook niet of ik het helemaal eens ben met deze gedachte van generale preventie; ik wijs er alleen op dat

22 Overigens kunnen ingevolge de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW ook de overige belangen een rol spelen voor de uiteindelijke verdeling, in zoverre is het verschil met een volledige belangenproportionaliteit niet zeer groot.

23 Een eerste poging is ondernomen door W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, BJu: Den Haag 2008.

dit bij veel juristen een rol lijkt te spelen. Het lijkt erop dat men het belang van generale preventie wil verdedigen door terughoudendheid in de proportionele toetsing, namelijk door niet te kijken naar het concrete nadeel (dat veelal gecompenseerd wordt met schadevergoeding), maar door een punitieve factor te hanteren ten aanzien van het gerealiseerde nadeel of eventueel het door de schuldenaar gerealiseerde voordeel uit de schending van de verplichting.²⁴ Ook kan een gefixeerde sanctie worden gehanteerd. In al deze gevallen zou de enkele disproportionaliteit tussen concrete nadelen van schuldeiser en schuldenaar dan geen reden te zijn om de sanctie te doorbreken. De oorzaak is dan geheel bepalend voor de vraag waar het nadeel komt te liggen. Maar zelfs als wij daarin zouden meegaan blijft er, zoals bij alle punitieve sancties, een zekere grens uit hoofde van proportionaliteit gelden. Een te strenge sanctie op een lichte overtreding is en blijft disproportioneel. Het gaat hier om *punitieve proportionaliteit*, de lichtste vorm van proportionaliteitstoetsing. Men kan dit overigens ook opvatten als een vorm van belangenproportionaliteit, waarbij het belang van generale preventie tot een afwijkende beoordeling leidt.

[IG] Waarlijk een mooie gedachte, maar waar ik nu mee zit, is dit: wat is het nut hiervan voor onze discussie? Waar zit de noodzaak van het maken van dit onderscheid? Ik zie dat niet meteen, om eerlijk te zijn. En is de thematiek van privaatrechtelijke preventie, generaal dan wel specifiek, niet een thema voor een apart volgend preadvies van de Vereniging Burgerlijk Recht?

[ETTT] De reden waarom ik dit aanroer, is dat dit karakter van sancties ten grondslag lijkt te liggen aan de weerstand tegen sommige vormen van positieve proportionaliteit in het contractenrecht.

[IG] Nu je het toch over contractenrecht hebt, welke plaats heeft proportionaliteit nu eigenlijk in het hedendaagse Nederlandse contractenrecht?

24 Zie bijvoorbeeld par. 3.3 en 3.4. Deze aanpak vertoont gelijkenis met voordeelsontneming, waarover J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, diss. Tilburg, BJu: Den Haag 2001, W.H. van Boom, *Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid*, preadvies VBR 2002.

Hoofdstuk 3

De proportionele benadering in het contractenrecht

3.1 Inleiding

[ETTT] In het contractenrecht wordt volledige proportionaliteit van de belangen van partijen over en weer niet nagestreefd: dat zou neerkomen op een *iustum pretium* leer, waarbij de rechter volgens ruilrechtvaardigheid zou vaststellen welke verhouding tussen de prestaties over en weer geboden is.¹ In een markteconomie heeft dat geen plaats. Het uitgangspunt van contractsvrijheid en partijautonomie brengt met zich dat het aan partijen is om de gepaste evenredigheid tussen de wederzijdse prestaties te bepalen.²

Toch zijn er diverse wettelijke regelingen die tot een proportionele benadering leiden: de partiële nietigheid (art. 3:41 BW), conversie (art. 3:42 BW), gedeeltelijke ontbinding (art. 6:270 BW), en aanpassing (art. 3:54 en 6:230 BW). Datgene wat is overeengekomen wordt gedeeltelijk aangepast, waarbij een passende verhouding tussen de belangen van beide partijen wordt nagestreefd. Deze rechtsfiguren ontmoeten amper kritiek. De reden hiervoor is eenvoudig. Het betreft gevallen waarin partijen oorspronkelijk een bepaalde evenredigheid hadden vastgesteld tussen de over en weer toegezegde prestaties, en deze evenredigheid buiten de gedeelde partijbedoeling om is verstoord. De zojuist ge-

1 Zie over *iustum pretium* in dit verband Hammerstein/Vranken 2003, nr. 34, verwijzend naar Hartlief, Abas en Grosheide.

2 Contractsvrijheid is dan ook de reden dat M. Bieder (*Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung*, Beck: München 2007) een ruime toepassing van proportionaliteit voor het Duitse recht bestrijdt. In Duitsland wordt het principe van *Verhältnismässigkeit* veelal afgeleid uit grondrechtelijke beginselen; het wordt doorgaans positief gewaardeerd als (uitzonderlijke) beperking van de private handelingsvrijheid (bijv. H. Hanau, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, Mohr Siebeck: Tübingen 2004, Staudinger Kommentar zum BGB 2005, par. 242, nrs. 279-280, 456-464, D. Medicus, 'Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht', *AcP* 1992, p. 35-70, C.W. Canaris, 'Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht', *JZ* 1987, p. 993-1004).

noemde tussenoplossingen beogen een herstel van de door partijen zelf beoogde evenredigheid. Het gaat om wat partijen zelf zouden hebben gedaan.³ Deze oplossingen stroken derhalve met de partij-autonomie als leidend beginsel van het contractenrecht. De ingreep in het contract is er al, de vraag voor de rechter is slechts wat de gevolgen van de ingreep moeten zijn. De billijkheid polijst de scherven van het contract.⁴ In al deze gevallen gaat het om een herstel van de overeengekomen verhoudingen, die door externe omstandigheden is verstoord. Het nadeel wordt veelal rekenkundig verdeeld naar rato van de omvang van de belangen over en weer: een nadeelsproportionaliteit.

Een proportionele benadering is echter niet aanvaard bij andere rechtsfiguren die tot strekking hebben dat zij contractueel bepaalde gevolgen verbinden aan een zeker gedrag van de wederpartij. Het gevolg kan zijn een additionele verplichting, een verval van recht, een beperking van een vergoeding. Het gaat hierbij in wezen om contractueel vormgegeven sancties. De proportionele benadering van de vorige categorie rechtsfiguren kan hier niet zomaar naar worden doorgetrokken. Het gaat immers niet om een doorbreking van het contractuele evenwicht die weer moet worden rechtgetrokken, maar om een expliciet overeengekomen gevolg van bepaald gedrag. Dat contractuele gevolg hoeft niet proportioneel te zijn aan het feitelijke nadeel dat uit dat gedrag resulteert. Zoals in par. 2.3 betoogd is de discrepantie tussen gevolg (sanctie) en nadeel misschien wel bewust ingesteld ter grotere aansporing tot nakoming. Toch is er reden om ook bij deze categorie rechtsfiguren onder omstandigheden een proportionele benadering te hanteren. Waarom en wanneer dat zo is, zal ik thans betogen.

Als eerste zal ik ingaan op de boete, de enige contractueel bepaalde sanctie waarvoor in de wet een proportionele regeling is getroffen (de

3 Reeds HR 14 maart 1929, *NJ* 1929, p. 1382 ten aanzien van partiële nietigheid, verwijzend naar de uitleg van de overeenkomst (dus in wezen de partij-bedoeling). Zie over de jurisprudentie en literatuur Hijma 1988, p. 252-256, ook 262-263, Van Schaick 1994, p. 260. De gedeeltelijke ontbinding werd gebaseerd op een stilzwijgende afspraak (HR 5 en 11 maart 1926, *NJ* 1926, p. 504 en 508, en verdere jurisprudentie, waarover Bakels 1993, p. 291-297). Ook bij de wijziging ex art. 6:230 BW na dwaling is de hypothetische bedoeling van partijen mede bepalend (Peletier 1999, p. 43 en 80, vgl. Van Bijnen 2005, die dit voor alle gevallen van aanvulling propageert), evenzo bij conversie ex 3:42 BW (Peletier 1999, p. 34 en Van Schaick 1994, p. 268). Vgl. Vranken 1996, p. 89.

4 Men kan zo'n aanpassing ook vergelijken met de aanvulling van een leemte in de overeenkomst of het leerstuk van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW), waarvoor een norm geldt die tussen die voor aanvullende en derogerende werking in ligt: Hijma 1989, p. 6.

matigings- en verzwaringsbevoegdheid van art. 6:94 BW). Vervolgens zal ik ingaan op het vervalbeding, waar - net als bij de boete - op basis van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid een proportionele benadering kan worden toegepast.⁵ Ik zal eerst ingaan op vervalbedingen bij verzekeringen, vervolgens op vervalbedingen in het algemeen. Daarna zal ik betogen dat bij exoneraties eveneens aanleiding kan zijn voor een proportionele benadering, die daar zou inhouden dat een te zwakke sanctie (de beperkte schadevergoeding) verzaamd zou moeten worden. Andere contractuele sancties komen daarna kort aan bod. Ik zal verder aangeven waar een proportionele benadering niet kan worden toegepast. Tot slot zal ik kort de processuele consequenties behandelen.

3.2 Matiging van een boete

Een boetebeding is, kort gezegd, een beding dat de schuldenaar verplicht tot betaling van een gefixeerd bedrag indien hij bepaalde contractuele verplichtingen niet nakomt (art. 6:91 BW). De boete dient tot aansporing, wat met name nuttig is in gevallen waar bij tekortkoming slechts geringe of moeilijk te bewijzen vermogensschade wordt geleden (zoals ingeval het een aangelegenheid met emotionele waarde betreft, bijvoorbeeld de teruggave van het dagboek van een familielid).⁶ Een verschuldigde boete kan op verzoek worden gematigd “indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist” (art. 6:94 lid 1 BW). Op dezelfde grond kan ingevolge art. 6:94 lid 2 BW een boete worden aangevuld (indien zij lager is dan de geleden schade en daarvoor in de plaats treedt).

Pothier had reeds verdedigd dat matiging wenselijk is ingeval de boete veel hoger is dan de schade: de schuldenaar zal toen hij met de boete instemde immers niet hebben verwacht dat hij toch tekort zou schieten, zodat deze ‘fausse confiance’ geen grond biedt om hem aan het beding te houden.⁷ De Code Civil nam deze opvatting niet over, vanwege het beginsel dat de overeenkomst partijen tot wet strekt.⁸ In navolging daar-

5 Indirect bij matiging van boetes, waar de wettelijke matigingsbevoegdheid berust op de redelijkheid en billijkheid. Overigens moet er strikt genomen worden gesproken niet van een proportionele redelijkheid en billijkheid (Drion en Van Wechem, *NJB* 2006), maar van een proportionele benadering die is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.

6 Schelhaas 2003, met name p. 113-114, ook PG Bk 3, p. 324.

7 Pothier, *Traité des obligations*, nr. 346, vgl. de Engelse literatuur genoemd door Schelhaas 2004, p. 150 en 155.

8 PG Bk 3, p. 323.

van kon onder het BW van 1838 geen matiging plaatsvinden,⁹ behoudens voor zover het een gedeeltelijke tekortkoming betrof.¹⁰

De huidige matigingsbevoegdheid is ingevoerd met de overweging dat het boetebeding in de praktijk niet op dezelfde wijze tot stand komt als normale bedingen; het wordt niet door loven en bieden gevormd.¹¹ De schuldenaar is meestal de zwakkere partij en zal niet graag de discussie over dit beding openen. Hiertegenover heeft de Raad van State in zijn wetsadvies opgemerkt dat de boete soms ook in het belang van de zwakkere partij kan zijn als deze de schuldeiser is, en dat de zwakte van een partij geen vrijbrief is voor het luchtiger opnemen van de verplichting tot nakoming.¹² De ratio van de matiging blijkt dus te zijn gelegen in enerzijds een relativering van de betekenis van de wilsovereenstemming voor dit type beding vanwege de wijze van totstandkoming, anderzijds een bescherming van de zwakkere partij die zelfs bij een uitdrukkelijke onderhandeling moeilijk een anders verwoord beding had kunnen verkrijgen. De grondslag voor de matigingsbevoegdheid is gelegen in de redelijkheid en billijkheid.¹³

Het evenwicht tussen contract en billijkheid krijgt uitdrukking door de eis dat de boete niet snel moet worden gematigd; het moet gaan om een geval waarin de boete geheel onevenredig is aan het belang van de schuldeiser bij nakoming.¹⁴ De afweging lijkt dus te geschieden tussen het ex ante belang van eiser bij nakoming, en het ex post nadeel van schuldenaar bij de boete. Dit wijst op een toets aan nadeelsproportionaliteit. Door de Hoge Raad is de maatstaf evenwel gepreciseerd: de enkele disproportionaliteit tussen schade en boete is niet beslissend om tot matiging te leiden. De terughoudende maatstaf van art. 6:94 BW brengt met zich dat “de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete,

9 HR 10 november 1932, *NJ* 1932, p. 1729, zie Schelhaas 2004, p. 66.

10 Een tekortkoming in kwantiteit (bijv. negentig stoelen geleverd in plaats van honderd), wat op basis van art. 1345 oud BW kon leiden tot evenredige prijsvermindering (de *actio quanti minoris*). Zie thans voor koop art. 7:22 lid 1 sub b BW.

11 PG Bk 3, p. 323, ook Schelhaas 2004, p. 104, vgl. p. 154 over Engels recht.

12 PG Bk 6, p. 7.

13 Hijma 1989, p. 20, verwijzend naar PG Bk 6, p. 20, ook Schelhaas 2004, p. 73. Schelhaas 2004, p. 73-79 betoogt dat de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid ook naast art. 6:94 BW tot matiging zou kunnen leiden.

14 PG Bk 3, p. 323-324.

maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.”¹⁵ Bepalend is dus of de boete disproportioneel (buitensporig) is. Een eenvoudige belangenproportionaliteit is daar niet per se bepalend voor. De boete betreft immers een sanctie, die afschrikwekkend moet werken om overtreding tegen te gaan. Het feit dat desondanks een verplichting niet is nagekomen wijst er evenwel op dat de sanctie niet effectief was en dus juist *niet* te hoog. De onevenredigheid tussen de nadelen van partijen over en weer uit de geschonden verplichting en toepassing van de sanctie is op zichzelf niet relevant, de enige grens zou dan zijn de punitieve proportionaliteit. Bij nadere bestudering blijken er verschillende gevallen aan de orde te zijn.

De boete lijkt primair bedoeld voor de welbewuste niet-nakoming, te meer indien de schuldenaar vooraf uitdrukkelijk was gewezen op de sanctie die op de wanprestatie was gesteld en toch opzettelijk is tekortgeschoten. In dat geval is er geen reden tot matiging: de schuldenaar heeft dan welbewust dit gevolg op de koop toe genomen.¹⁶ Dit zou anders kunnen zijn indien de schuldenaar een goede rechtvaardiging had voor de niet-nakoming, zoals een voorshand gegrond lijkende reden tot opschorting.¹⁷ Dan had de niet-nakoming een subjectieve rechtvaardiging en is het stellen van een sanctie als een boete mogelijk niet geheel op zijn plaats.¹⁸

Daar staat tegenover de abusievelijke, ongewilde niet-nakoming als gevolg van een geringe slordigheid of nalatigheid. Daarvoor lijkt te gelden, zoals Pothier aangaf,¹⁹ dat de schuldenaar niet verwachtte dat hij op deze wijze tekort zou schieten met het daaraan verbonden gevolg (verschuldigd zijn van de gehele boete).²⁰ In moderne termen: de boete

15 HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit), waarover H.C.B. van der Zwan, ‘Misdad en straf; schade en (eenheids)boete’, *AA* 2007, p. 633 e.v. Zie eerder Schelhaas, *NTBR* 2002 en 2003, p. 116. Dit is in overeenstemming met de wetsgeschiedenis (PG Bk 6, p. 324).

16 Een dergelijk geval lijkt aan de orde in Intrahof/Bart Smit. Zie ook Schelhaas 2004, p. 93.

17 Een gegrond lijkende reden voor opschorting kan achteraf ongegrond blijken te zijn; dat doet niet af aan de toerekenbaarheid van de tekortkoming (vgl. HR 21 september 2007, *LJN* BA9610, rov. 4.6).

18 Een vergelijkbare redenering ziet men bij de sanctie van winstafdracht bij merkinbreuk, zie BenGH 11 februari 2008, *RvdW* 2008, 293 (IWC/Michel). Overigens ben ik bij deze zaak als advocaat betrokken geweest.

19 *Traité des obligations*, nr. 346, ook Engels recht (zie verwijzingen Schelhaas 2004, p. 151 en 155).

20 Men kan hiertegen in brengen dat de boete beoogt aan te sporen tot grotere zorgvuldigheid.

is dan tezeer een ‘eenheidsboete’, zij zal voor zulke niet bedoelde gevallen gedifferentieerd moeten worden.²¹ Indien partijen die differentiatie achterwege hebben gelaten (en, zoals Pothier aangaf, moet worden aangenomen dat bedoeld was dat het boetebeding op rechtvaardige wijze gehanteerd zou worden), moet de rechter dan maar deze differentiatie aanbrengen.²² Deze differentiatie zou dus niet alleen moeten zien op de objectieve verhouding tussen werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op omvang en aard van het belang van de schuldenaar, de mate van verwijtbaarheid, en het besef van de boete. Een eenvoudige nadeelsproportionaliteit zou alleen de eerste twee factoren afwegen (zoals in Intrahof/Bart Smit was gebeurd). Omdat het om een sanctie gaat, zijn echter ook andere factoren van belang die een onevenredigheid tussen schade en boete kunnen rechtvaardigen.

Omdat bij de beoordeling van de boete verschillende factoren een rol spelen kan er niet worden gewerkt met een eenvoudige kwantitatieve proportie tussen, bijvoorbeeld, de omvang van de schade en de hoogte van de boete. Het door de Hoge Raad in zijn arrest van 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit) gebruikte woord ‘buitensporig’ wijst nochtans op een wanverhouding. Zoals blijkt uit de door de Hoge Raad genoemde relevante factoren gaat het niet om een louter kwantitatieve verhouding. De onevenredigheid is *kwalitatief* ten opzichte van de omstandigheden waaronder de boete verschuldigd is geworden.

3.3 Verzekeringen en het redelijk belang bij een vervalbeding

Een ontwikkeling naar een proportionele benadering kan men ook aantreffen bij het vervalbeding. Dit is een contractuele clause die op de schending van een zekere verplichting van de ene partij de sanctie stelt van verval van het recht op een prestatie van de andere partij. Het effect lijkt op dat van een boete: immers de waarde van de vervallen prestatie kan aanzienlijk groter zijn dan de schade die voortvloeit uit de geschonden verplichting. Vervalbedingen zijn op zichzelf verdacht; zij staan op de grijze lijst, behoudens voor zover de tekortkoming het verval rechtvaardigt (art. 6:237 sub h BW).

21 Oftewel: de wilsovereenstemming over de boete zag niet werkelijk op een zodanig geval. Zie evenzo een rechtvaardiging voor het Engelse verbod op de boete, de verwijzing bij Schelhaas 2004, p. 149.

22 Schelhaas 2004, p. 101 signaleert een grote bereidheid tot matiging van eenheidsboetes.

Men komt dit beding veel tegen in de verzekeringspraktijk: tal van verzekeringspolissen bevatten bepalingen die inhouden dat het recht op uitkering vervalt indien een bepaalde verplichting door de verzekerde²³ niet wordt nagekomen. Vervalbedingen kunnen echter ook in andere verhoudingen en varianten voorkomen. Een voorbeeld is een beding in een Service Level Agreement (SLA) met een ICT-dienstverlener dat aan een tekortkoming in de beschikbaarheid van een computersysteem een korting op de onderhoudsvergoeding verbindt.²⁴ Het effect van zo'n beding is een (gedeeltelijk) verval van het recht op een vergoeding. In deze paragraaf ga ik in op vervalbedingen bij verzekeringen. Daarvoor gelden namelijk bijzondere wettelijke regels en bestaat uitgebreide jurisprudentie die in de richting van grotere proportionaliteit wijst. In par. 3.4 wordt de discussie uitgebreid naar andere vervalbedingen. Bij verzekeringen komen diverse soorten vervalbedingen voor.²⁵ Van belang zijn met name vervalbedingen ten aanzien van de verplichting tot het doen van juiste mededelingen bij het aangaan van de overeenkomst,²⁶ mededelingen over verzwaring van het risico lopende de overeenkomst,²⁷ garanties ter zake van preventieve, gevaarbeperkende maatregelen, onverwijld mededeling na verwezenlijking van het risico,²⁸ en juiste mededeling over de geleden schade (fraudevervalbeding). Het veelvuldig gebruik van vervalbedingen is mede gevolg van het feit dat verzekeraars slechts zeer beperkt gebruik kunnen maken van gewone contractuele sancties: wanprestatie van de verzekerde (zoals de schending van een mededelingsplicht) kon bijvoorbeeld onder oud recht niet

23 Ik spreek hier eenvoudigheidshalve over 'verzekerde'; de problematiek van verzekeringen waar de verzekeringnemer een andere is dan de verzekerde hoeft voor het onderhavige onderwerp niet besproken te worden.

24 Zie hierover Drion en Wit, *Contracteren* 2005.

25 Zie o.a. R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Kluwer: Deventer 2002, Hendrikse, *AV&S* 2006. Zie verder bijv. het vervalbeding indien de aanspraken niet binnen korte tijd geldend worden gemaakt bij de rechter: HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance), HR 14 mei 2004, *NJ* 2006, 188 (Witte/Leipziger) en HR 5 oktober 2007, *NJ* 2007, 542 (NOWM/Van Ratingen q.q.) waarover Kamphuisen, *AV&S* 2008, p. 29-30.

26 Zie art. 7:928-930 BW, vroeger art. 251 (oud) WvK.

27 Vroeger art. 293 (oud) WvK ten aanzien van bestemmingswijziging. Thans geldt er geen wettelijke regeling, zie Asser-Clausing-Wansink, nr. 390, en Hendrikse, *RMTthemis* 2007.

28 Zie art. 7:941 BW, zie vroeger art. 283 (oud) WvK.

worden gepareerd met de wettelijke remedie van de ontbinding (die toen terugwerkende kracht had).²⁹

De Hoge Raad acht vervalbedingen op zichzelf toelaatbaar ingeval er een redelijk belang van de verzekeraar mee gemoeid is,³⁰ wat bij de genoemde soorten vervalbedingen ontegenzeggelijk het geval is. Maar moet de sanctie op niet-naleving onder alle omstandigheden bestaan uit het algeheel verval van aanspraken? De doctrine, gesteund door de jurisprudentie, neemt overwegend het standpunt in dat algeheel verval doorgaans een te draconische sanctie is en dat een meer evenredige sanctie in verhouding tot het geleden nadeel passender is.³¹ Alleen voor fraudevervalbedingen ligt dat anders, zoals hierna zal blijken. De achtergrond van de roep om een proportioneler benadering is gelegen in de aard van de verzekeringsovereenkomst: partijen zijn in hogere mate dan normaal afhankelijk van elkaar en zijn daardoor gehouden tot de opperste goede, trouw, *uberrimae fides*.³² In de rechtspraak is de toepassing van vervalbedingen in lijn met de roep om proportionaliteit geleidelijk teruggedrongen en gedifferentieerd. In het per 1 januari 2006 in werking getreden nieuwe verzekeringsrecht is deze ontwikkeling gecodificeerd en doorgetrokken. Voor de bovengenoemde vijf typen vervalbedingen is de stand van zaken als volgt.

Ten aanzien van ontbrekende mededelingen bij het aangaan van de overeenkomst geldt een wettelijke regeling die inhoudt dat de uitkering naar causaliteit en (toerekenings)proportionaliteit moet worden aange-

29 HR 16 januari 1959, *NJ* 1960, 46 m.nt. HB (Benzol), zie Hendrikse 2006, p. 592. Het is niet geheel zeker of deze regel ook thans nog geldt, nu de ontbinding geen terugwerkende kracht meer heeft. Vgl. HR 6 november 1992, *NJ* 1994, 150 m.nt. MMM (Van Spanje/Groep Josi), waar is geoordeeld dat bij gebreke van een daartoe strekkend beding risicoverzwaarig niet tot nietigheid van de overeenkomst leidt.

30 HR 19 januari 1990, *NJ* 1990, 780 m.nt. MMM (Big Bananas); ook in HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 120 (Bicak/Aegon) staat dit voorop.

31 Van Tiggele-Van der Velde 2006 en *AV&S* 2006. Zie voor verwijzingen naar eerdere pleidooien ten gunste van een proportionaliteitsbeginsel A-G Asser, nr. 2.9-2.16 voor HR 19 januari 1990, *NJ* 1990, 780 (Big Bananas)

32 M.M. Mendel, 'Verscherpte eisen van redelijkheid en billijkheid (*uberrimae fides* bij de verzekeringsovereenkomst)', in: *Verzekering en maatschappij*, red. Hartlief en Mendel, Kluwer: Deventer 2000, pp. 45-55, geeft aan dat de term op twee verschillende dingen kan zien. In Engeland denkt men vooral aan zware eisen aan de mededelingsverplichting van de verzekerde; in Frankrijk en Duitsland doelt men veeleer op de zorg die de verzekeraar moet tonen ten aanzien van de belangen van de verzekerde. In laatste zin ook Berger-Bos 1974. Verdere verwijzingen bij Feunekes 2001, p. 69.

past (art. 7:928-930 BW).³³ Als de niet-medegedeelde feiten niet van belang zijn voor het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt, geschiedt de uitkering onverkort (causaliteitsbeginsel, zie art. 7:930 lid 2 BW). Zijn zij wel van belang en zou de verzekeraar ingeval de feiten waren medegedeeld een hogere premie dan wel een lagere verzekerde som hebben bedongen, dan wordt de uitkering naar rato verminderd (art. 7:930 lid 3 BW).

Bij het tweede type, het vervalbeding voor preventieve maatregelen eist de Hoge Raad enig causaal verband. Waar onvoldoende verband aanwezig is tussen de ontbrekende maatregel (bv. het gebruik van brandveilige in plaats van plastic afvalbakken) en het verwezenlijkte risico (brand door falende elektra), is het invoeren van het beding onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.³⁴ Bij het derde type, het vervalbeding strekkende tot mededeling van verzwaaring van het verzekerde risico, zou eenzelfde eis van causaal verband kunnen worden gesteld; het is onzeker of dit reeds naar geldend recht zo is.³⁵ Een eis van enig causaal verband verlicht weliswaar de positie van de verzekerde, maar staat nog niet gelijk aan een proportionele regeling. Indien er enig causaal verband is (of een kans daarop bestaat), ook al lijkt dit slechts voor een deel van de schade van belang of is de kans op causaal verband significant lager dan 100%, is het resultaat het algeheel verval van recht op uitkering.³⁶ Het is zeer wel denkbaar dat er geen

33 Asser-Clausing-Wansink, nr. 176-178, Tolman in Hendrikse, Van Huizen en Rinkes 2005, p. 101-130. Bij opzet met het oogmerk van misleiding geldt een afwijkende regeling (art. 7:930 lid 5 BW).

34 HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 120 (Bicak/Aegon), eerder anders: HR 22 mei 1992, *NJ* 1993, 381 (Modehuis 'La Comtesse'). Hierover Asser-Clausing-Wansink, nr. 395, die zo'n beding karakteriseert als een ontbindende voorwaarde in de zin van art. 6:22 BW. In het verleden sprak de Hoge Raad van strijd met de goede trouw.

35 Ofschoon in HR 19 januari 1990, *NJ* 1990, 780 m.nt. MMM (Mesterij/Zwolsche) een vereiste van causaal verband nog werd afgewezen, leidt men een mogelijke koerswijziging af uit HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 498 (Modalfa/Schermer), dat overigens betrekking had op art. 293 (oud) WvK. Zie Clausing, *NTBR* 1996, p. 56, A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht*, diss. Rotterdam, Kluwer: Deventer 2006, p. 333, anders: Asser-Clausing-Wansink nr. 394. Zie verder Asser-Clausing-Wansink, nr. 392, Feunekes 2001, p. 150-152.

36 Bij risicoverzwaaring in de zin van bestemmingswijziging bleef de in art. 293 (oud) WvK neergelegde regel van algeheel verval gelden, zij het dat sprake moest zijn van een duidelijk geval van bestemmingswijziging. Zie HR 10 augustus 1988, *NJ* 1989, 238, m.nt. G, Asser-Clausing-Wansink nr. 392, vgl. HR 15 mei 1992, *NJ* 1993, 263 m.nt. MMM (Wimpy-bar), HR 1 mei 1998, *NJ* 1998, 604 (Van den Berg/Interpolis). Art. 293 (oud) WvK is niet overgenomen in het nieuw verzekeringsrecht; het zou te lastig zijn deze materie te regelen (Asser-Clausing-Wansink, nr. 390).

100% bewijs geleverd zal kunnen worden: deskundigen kunnen bijvoorbeeld in een casus als Bicak/Aegon aangeven dat de brand naar zo'n 60% (of 50, of 40) waarschijnlijkheid niet is ontstaan door het gebruik van plastic vuilnisbakken. Het valt te verdedigen dat in zo'n geval, naar analogie met HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus), de rechter zou mogen oordelen dat het ontbreken van causaal verband niet absoluut is komen vast te staan maar dat de causaliteitsonzekerheid zo groot is dat algeheel verval van aanspraken onaanvaardbaar is, om vervolgens naar rato van de kansen over en weer tot gedeeltelijk buiten toepassing laten van het vervalbeding te concluderen.³⁷ Een dergelijke doorgetrokken toerekeningsproportionaliteit zou in de lijn liggen van de ontwikkelingen.

Ten aanzien van het fraudevervalbeding (de onjuiste opgave van de geleden schade, waarop de regeling van art. 7:941 BW van toepassing is) wisselen de opinies. Voorstanders van de harde lijn willen bij opzettelijk onjuiste mededelingen vasthouden aan algeheel verval.³⁸ Dit wordt onder meer gebaseerd op de afhankelijkheid van de verzekeraar van de opgave en handelswijze van de verzekerde, de verzekering als *contractus uberrimae fideis*.³⁹ Anderen zouden bij relatief zeer geringe onjuistheden slechts een proportioneel verval willen (bijvoorbeeld een aftrek van vijf maal het ten onrechte teveel opgegevene).⁴⁰ Art. 7:941 lid 5 BW laat nochtans algeheel verval toe, "behoudens voor zover deze mislei-

37 Hendrikse, *RMThemis* 2007, p. 256 bepleit een rechtstreekse proportionele benadering zonder causaliteitstoets, indien bijv. 19 brandblussers in plaats van de vereiste 20 aanwezig zijn. Onzeker is of hij ook bij causaliteitsonzekerheid een proportionele benadering voorstaat.

38 Asser-Clausing-Wansink, nr. 234 (vgl. 179), verwijzend naar de bijzondere vertrouwensrelatie omdat de verzekeraar afhankelijk van de betrouwbaarheid van de verzekerde is (HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366). Ook Hendrikse 2002, p. 246-257. Vgl. J.H. Wansink, 'Partieel verzekeringsbedrog; het vertrouwensbeginsel herwint terrein', *AV&S* 2001, p. 67-72, J.H. Wansink, 'Standaardisatie polisvoorwaarden en de goede naam van het Schadeverzekeringsbedrijf', in: *Een Salomons oordeel*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1991, p. 106, *Vrb* 1993, p. 33, zie ook M.G. Faure, 'Rechts-economisch bijschrift', *AV&S* 2001, p. 71-72.

39 Wansink, 'Het nieuwe schadeverzekeringsrecht en oude olielampjes en dwaallichtjes', *AV&S* 2006, p. 73. Zie ook verwijzingen bij Van Tiggele-Van der Velde, *AV&S* 2006.

40 Van Tiggele-Van der Velde 2006 en *AV&S* 2006, Mendel, noot onder *NJ* 2005, 160, Mendel, 'Bedrog door de verzekerde bij de afwikkeling van de schade', *AV&S* 2002, p. 77 en 83, M.L. Hendrikse, *Verzekeringsfraude*, Kluwer: Deventer 1999, p. 42 e.v. Clausing, 'Partieel verzekeringsbedrog; een kanttekening', *AV&S* 2001, p. 112-113 wijst erop dat volledige toepassing tot grote willekeur leidt.

ding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt.” De Hoge Raad heeft bij arrest van 3 december 2004, *NJ* 2005, 160, geoordeeld, anticiperend op deze wettelijke bepaling, dat algeheel verval de regel is en alleen onder bijzondere omstandigheden daarvan afgeweken kan worden. De omstandigheid dat de fraude slechts een gering deel van de schade betreft (in casu € 700 op een totaal van zo’n € 10 000), acht de Hoge Raad op zichzelf niet voldoende.⁴¹ De wetgever heeft ten aanzien van het vijfde lid van art. 7:941 BW aangegeven dat de rechter met de bijzonderheden van het geval rekening kan houden en een “gezien de zwaarte van het bedrog passende, meer proportionele sanctie” toe kan passen.⁴² In zo’n geval gaat het om punitieve proportionaliteit. De verzekeraar lijdt immers in casu geen nadeel, aangezien de fraude is ontdekt.

Ten aanzien van tijdige mededeling van het risico, het vijfde type vervalbeding, heeft de rechtspraak een ontwikkeling doorgemaakt van een algehele uitsluiting voor zover enig belang van de verzekeraar geschaad kon zijn,⁴³ naar een ‘proportionele benadering’ als neergelegd in art. 7:941 BW.⁴⁴ Deze houdt in dat de verzekeraar bij tardieve⁴⁵ mededeling de uitkering kan verminderen met de schade die hij daardoor lijdt (lid 3), en slechts een beroep kan doen op verval van recht voor zover hij in een redelijk belang is geschaad (lid 4).⁴⁶ De wetgever sloot hiermee aan bij rechtspraak van de Hoge Raad waarin toepassing werd gegeven aan de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, als ingevuld door de uitspraken van de Raad van Toezicht voor het verzekeringsbe-

41 De Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf, uitspraak 8 april 2002, nr. 2002/011 Br, acht de geringe omvang van de fraude mogelijk wel een bijzondere omstandigheid (Wessels e.a., p. 593-594 (Hendrikse)).

42 Kamerstukken II 1999-2000, 19 529, nr. 5, p. 27-28, geciteerd in HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160 m.nt. MMM, rov. 3.8.1.

43 HR 29 mei 1970, *NJ* 1970, 435 (Twaalfhoven/Railway Passengers), waartegen Abas (*NJB* 1970, p. 1454-1457) had opgemerkt dat ook een afweging tegen het belang van de verzekerde had moeten plaatsvinden. Ook Abas, *NTHR* 2006, mede verwijzend naar Berger-Bos 1974, p. 109 en p. 117, Hendrikse 2002, p. 238-239, Asser-Clausing-Wansink, nr. 164.

44 De regels van deze bepaling waren reeds vóór 1 januari 2006 geldend (ongeschreven) recht: HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008, 57 (Winterthur/Tros), rov. 4.2. Zie over de ontwikkeling in de jurisprudentie Hendrikse 2002, p. 232 e.v.

45 Ook op dit punt is de regeling versoepeld: in plaats van de vaste termijnen die gebruikelijk waren, bepaalt art. 7:941 lid 1 BW dat de mededeling zo spoedig als redelijkerwijze mogelijk is moet worden gedaan.

46 Asser-Clausing-Wansink, nr. 220-224, 228-233.

drijf.⁴⁷ Uitgangspunt blijft dat een beroep op een vervalbeding toelaatbaar is, tenzij dit onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁴⁸ Het ‘redelijk belang’ (vgl. lid 4) was in het verleden zeer ruim ingevuld. Voldoende was “dat het voor de verzekeraar mede in verband met een eventuele bewijslevering van belang is dat een ongeval zo spoedig mogelijk wordt aangemeld en dat het beding derhalve mede de strekking heeft te voorkomen dat de verzekeraar nog in discussie zou moeten treden omtrent het ‘verloop van zaken’, indien hij niet van meet af aan in de gelegenheid is geweest om een zelfstandig onderzoek in te stellen” (HR 29 mei 1970, *NJ* 1970, 435 (Twaalfhoven/Railway Passengers)). In de jurisprudentie van de Raad voor Toezicht Verzekeringen is inmiddels van deze aanpak afstand genomen.⁴⁹ De wetgever heeft bevestigd dat het moet gaan om een praktisch belang, niet een louter theoretisch belang.⁵⁰ In het arrest HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 m.nt. MMM (Royal & Sun Alliance)⁵¹ heeft het hof een op lid 3 geënte proportionele benadering toegepast in een zaak die formeel niet onder art. 7:941 BW viel.⁵² Het hof baseerde zich hierbij op art. 6:248 lid 2 BW, welke aanpak de Hoge Raad sauveerde.⁵³ Het arrest heeft grotendeels bijval ontvangen uit kringen van verzekeringsjuristen. Onder civilisten is de ontvangst gemengd.

Het arrest valt op doordat het een duidelijke breuk betekent met de tot dan toe nog vigerende rechtspraak die inhoudt dat op een vervalbeding meestal bij ‘enig belang’ of een ‘redelijk belang’ een beroep kan worden

47 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance), HR 14 mei 2004, *NJ* 2006, 188 (De Witte/Leipziger), rov. 3.4.

48 HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 120 (Bicak/Aegon), rov. 3.3.

49 Hendrikse, *AV&S* 2006.

50 *EK* 2004-2005, 19 529, nr. E, p. 10, ook *EK* 2005-2006, 30 137, nr. C, p. 7, J.H. Wansink, ‘Het nieuwe schadeverzekeringsrecht en oude olielampjes en dwaallichtjes’, *AV&S* 2006, p. 71-72, Hendrikse 2006, p. 588-591: nodig is tegenwoordig een daadwerkelijk belang.

51 Waarover Abas, *NTHR* 2006, T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, ‘Proportionele aansprakelijkheid en billijkheid’, *Contracteren* 2006/2, p. 46-47, Drion en Van Wechem, *NJB* 2006, Drion, Hartlief en Van Wechem, *AV&S* 2007, Mendel, *AV&S* 2007, Asser-Clausing-Wansink, nr. 232, W. Snijders, ‘Beperkende werking, een paradox of een instrument?’, *WPNR* 6693 (2007), nr. 3. M.L. Hendrikse, ‘Meldingvervalclausule in een verzekeringsovereenkomst’, *NTHR* 2008, p. 26-30, op p. 27 wijst op de parallel met art. 7:941 lid 4 BW.

52 De zaak dateerde namelijk van vóór de inwerkingtreding van deze bepaling.

53 Hof en Hoge Raad hebben aldus op voet van de ‘algemene’ redelijkheid en billijkheid hetzelfde resultaat bereikt als art. 7:941 BW, dat reeds vóór 1 januari 2006 (ongeschreven) geldend recht uitmaakte (HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008, 57 (Winterthur/Tros), rov. 4.2).

gedaan.⁵⁴ Ook art. 7:941 lid 4 BW lijkt – met name nu het naast lid 3 staat, dat spreekt over een vermindering van de uitkering met de door de verzekeraar geleden schade – van zo'n alles-of-niets uit te gaan. De hier gekozen aanpak komt erop neer dat niet het verval de maatstaf is, maar de proportie van de benadeling van de verzekeraar. In casu was immers volgens het hof wél sprake van een nadeel (dus een geschaad belang) van de verzekeraar, zij het een gering nadeel. In de visie van A-G Spier, gevolgd door de Hoge Raad, is het nadeel echter opgeheven door de proportionele aanpak van het Hof zodat juist het redelijk belang is komen te ontbreken. Strikt genomen is deze redenering niet sluitend; de oudere jurisprudentie wees er immers op dat pas als een redelijk belang zou ontbreken er ruimte was voor toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Men kan dan niet omgekeerd door toepassing van de derogerende werking het resultaat bereiken dat een redelijk belang ontbreekt: dat zou voorwaarde en gevolg omkeren. Op deze wijze is het vierde lid van art. 7:941 BW in feite opgegaan in het derde lid.⁵⁵ De negatieve belangenproportionaliteit van lid 4 is overgegaan in de (positieve) toerekeningsproportionaliteit van lid 3.

Maar het arrest leent zich ook voor een andere lezing: alleen indien de benadeling zodanig gering is dat algeheel verval onaanvaardbaar zou zijn (negatieve proportionaliteit), komt een vermindering naar proportie (positieve proportionaliteit) als in art. 7:941 lid 3 BW verwoord aan bod. Op de negatieve fase kan een positief vervolg volgen. Impliciet zou dus toch de toets van lid 4 zijn toegepast in de eerste fase. Deze aanpak is voor de schuldeiser gunstig omdat er ten minste nog iets overblijft van de sanctie. Nu krijgt de verzekeraar bij een geringe benadeling enige korting, terwijl hij bij grotere benadeling zelfs een algeheel verval van uitkering kan invoeren.

In een arrest van 5 oktober 2007 (*NJ* 2008, 57 (Winterthur/Tros), rov. 4.2) lijkt de eis van redelijk belang veralgemeend te zijn tot alle vervalbedingen. Geheel zeker is dit echter niet. Ofschoon de rechtspraak ten aanzien van de meeste vervalbedingen in deze richting wees, lijkt de

54 Mendel. *AV&S* 2007 betoogt dat deze aanpak reeds werd toegepast in HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493 m.nt. PvS (RVS/Van Scharenburg). De casus betrof evenwel geen terzijde schuiven van een contractueel vervalbeding doch integendeel een geval waar de rechter aan het niet nakomen van een mededelingsplicht een gedeeltelijk verval van aanspraak op uitkering verbond, op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid.

55 Tiggele-van der Velde *AV&S* 2006, p. 131-132 en 2006a, p. 457-458.

Hoge Raad te aarzelen om op alle vervalbedingen een uniforme regeling toe te passen.⁵⁶

Voor de volledigheid wijs ik er op dat een alternatieve oplossing denkbaar zou zijn. Als een sanctie werkelijk bedoeld is om regelconform gedrag te stimuleren en dus niet om een onverdiend voordeeltje in de schoot geworpen te krijgen, mag worden aangenomen dat de schuldeiser er belang bij heeft om dit gedrag ook op andere wijze te stimuleren en dus te vermijden dat de sanctie zou moeten worden ingeroepen. Als dat zo is, mag van de schuldeiser onder omstandigheden worden verwacht dat hij benadrukt dat en welk regelconform gedrag vereist wordt: hij dient hieromtrent mededelingen te doen. Als hij nalaat hier voldoende op te wijzen, zou de rechter kunnen oordelen dat de schuldeiser dan niet langer de sanctie (volledig) kan invoeren. De Hoge Raad heeft dit bijvoorbeeld aangenomen ten aanzien van een vervalbeding dat vereist dat binnen zes maanden een aanspraak in rechte geldend wordt gemaakt.⁵⁷ Evenwel heeft de Hoge Raad deze aanpak niet doorgetrokken over de hele linie: ten aanzien van de uitleg van een garantie (inhoudend periodiek laten controleren van een elektrische installatie, op straffe van verval van recht op uitkering) weigerde de Hoge Raad in zijn algemeenheid een verplichting tot verduidelijking op de verzekeraar te leggen.⁵⁸ Deze laatste afwijking is mogelijk ingegeven door de specifieke casus, waarin het ging om de uitleg van een garantie. Het is begrijpelijk dat de verzekeraar niet geacht kan worden altijd te voorzien welke bepalingen onduidelijk zijn en daarom niet steeds kan anticiperen op onduidelijkheden. Nochtans lijkt uit dat arrest ook te volgen dat de verzekeraar niet verplicht is te benadrukken dat een zekere garantie voor

56 Zie bijv. HR 5 oktober 2007, *NJ* 2007, 542 (NOWM/Van Ratingen q.q.), rov. 3.5.3, waar de (voor de verzekeraar gunstige) regel van art. 7:941 lid 5 BW niet van toepassing wordt geacht op een vervalbeding betreffende het tijdig in rechte geldend maken van een aanspraak op uitkering. Hierover Kamphuisen, *AV&S* 2008.

57 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance), HR 14 mei 2004, *NJ* 2006, 188 m.nt. MMM (Witte/Leipziger). Het is onzeker of dit thans nog steeds geldt, nu deze vervaltermijn in art. 7:942 lid 1 BW is opgenomen (aldus kritisch: A. Blom, 'De verjaringstermijnen van art. 7:17.1.15 NBW; een lacune in de wetgeving?', *AV&S* 2002, p. 188-190, M.L. Hendrikse, 'Enkele kritische opmerkingen over de verjaringsregeling in het nieuwe verzekeringsrecht', *NTHR* 2005, p. 176-178). Vgl. ook de voor verzekeringsnemers gunstige rechtspraak die verzekeraars verplicht specifiek te vragen naar relevante informatie (Asser-Clausing-Wansink, nr. 154, zie bijv. HR 20 december 1996, *NJ* 1997, 638 (Aegon/BMA)).

58 HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285 m.nt. MM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener), Feunekes 2001, p. 188.

hem dusdanig belangrijk is dat hij steeds onverkort de daaraan verbonden sanctie zal inroepen.

Tot slot zij er op gewezen dat de hier beschreven ontwikkeling ten aanzien van vervalbedingen zich ook in andere landen heeft voorgedaan.⁵⁹ In Duitsland beschermt art. 6 *Versicherungsvertragsgesetz* de verzekeringnemer bij schending van *Obliegenheiten*: het moet gaan om een verwijtbare schending en deze moet invloed hebben gehad op het intreden of de omvang van de schade. Bij schending van een *Obliegenheit* na intrede van de schade kan verval alleen optreden indien de schending te wijten is aan opzet of grove nalatigheid, en de schending tot enig nadeel leidde.⁶⁰ Ook ten aanzien van andere *Obliegenheiten* wordt een zekere proportionele benadering gehanteerd, waarbij de verwijtbaarheid van de niet-naleving een belangrijke factor is.⁶¹ De hieraan ten grondslag liggende gedachte geldt algemeen: ernstige gevolgen mogen niet voortvloeien uit een geringe of niet-verwijtbare schending.⁶² In Frankrijk beschermt de Code de l'assurance de verzekeringnemer: bij diverse soorten vervalbedingen (*clauses de déchéance*), zoals te late mededeling, geldt een proportionele regeling indien geen sprake is van opzet.⁶³ De Belgische Wet op de landsverzekeringsovereenkomst bepaalt in art. 19-21 dat mededeling van de schade zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk moet geschieden, en bij schending van deze plicht een vermindering met het beloop van het geleden nadeel moet geschieden, terwijl bij opzet algeheel verval kan optreden.⁶⁴ Ook ten aanzien van andere mededelingsplichten geldt een proportionele regeling indien geen sprake is van opzet.⁶⁵ In het Engels recht worden *conditions precedent to recovery* of *promissory warranties* in de rechtspraak zeer strikt opgevat: zij kunnen

59 Zie bijv. Zimmermann en Whittaker 2000, p. 598 e.v. over inroepen van een *forfeiture clause*.

60 Pröller/Martin/Knappmann, *Versicherungsvertragsgesetz*, 27e dr., München 2004, par. 6. De bepaling is van dwingend recht, art. 18 Vvg. Men spreekt ook over het *Relevanzprinzip*, Deutsch 2000, rdnr. 214.

61 Deutsch 2000, rdnr. 195-222, met name 208-209.

62 Zimmerman en Whittaker 2000, p. 598, verwijzend naar Palandt/Heinrichs, par. 242, rdnr. 53, Staudinger/Schmidt, par. 242, rdnr. 782.

63 Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, 10e dr., Dalloz : Parijs 1998, p. 237-242, 325-328, 492, zie o.a. L-113-2, 113-9 en 113-11 van de Code de l'assurance.

64 L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch Verzekeringsrecht*, 2e dr., Intersentia: Antwerpen 2008, nr. 499-500, Voor mededelingen voorafgaand aan de overeenkomst geldt art. 6-7: van belang is of de schending opzettelijk was of niet.

65 Ph. Colle, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 4e dr., Intersentia: Antwerpen 2006, p. 45-51 (art. 6 en 7 Wet op de landsverzekeringsovereenkomst), p. 57 e.v., ook Schuermans, nrs. 448-456.

leiden tot algeheel verval, ongeacht verwijtbaarheid of de omstandigheden van het geval.⁶⁶ Ondanks veel voorstanders is er geen wetsvoorstel tot stand gekomen dat deze situatie wijzigt.⁶⁷ In de praktijk hebben de verzekeraars in hun eigen praktijkregels evenwel de toepassing van zulke vervalbedingen aanzienlijk verzacht in geval van verzekeringen van particulieren,⁶⁸ en eist de Insurance Ombudsman in veel gevallen een proportionele benadering.⁶⁹

3.4 Voor en tegen een proportionele benadering van vervalbedingen

De proportionele benadering kan wetstechnisch op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid worden gebaseerd, die immers ook tot een gedeeltelijke beperking kan leiden.⁷⁰ Dat zo'n beperking mogelijk is, neemt niet weg dat men zich kan afvragen of zij ook wenselijk is. De vrije rechtsvinding door de rechter⁷¹ kan evenzeer bediscussieerd worden als keuzes van de wetgever. Er zijn vier argumenten aangevoerd tegen een proportionele benadering bij vervalbedingen:⁷²

1. dit strookt niet met de wilsovereenstemming van partijen (contractsvrijheid, partij-autonomie),
2. een proportionele vermindering doet afbreuk aan de werking van de sanctie,
3. de rechter zal eerder geneigd zijn tot proportionele vermindering over te gaan dan ingeval hij slechts kan kiezen uit alles of niets,⁷³ en
4. bij de proportionele benadering heeft de rechter een (te) grote vrijheid en speelt het subjectieve oordeel van de rechter een te grote rol.

66 Birds 2007, p. 107-146.

67 Birds 2007, p. 146-148.

68 Zimmermann en Whittaker 2000, p. 603-605.

69 Birds 2007, p. 148-150.

70 Aldus W. Sniijders, *WPNR* 6693 (2007), nr. 3, Abas, *NTHR* 2006, p. 127, o.a. verwijzend naar G.J. Scholten, noot onder HR 5 april 1968, *NJ* 1968, 251 (Pekingeeenden), ook reeds PG Bk 6, p. 48, 68, sprekend over wijziging en correctie. Ook J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten? Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6304 (1998), p. 155-157.

71 PG Bk. 6, p. 15, 25, M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, Kluwer: Deventer 1999, p. 410-411.

72 O.a. Drion en Van Wechem, *NJB* 2006, Hartlief 2007, Drion, Hartlief en Van Wechem, *AV&S* 2007, vgl. Stolp 2007, p. 215.

73 Drion en Van Wechem, *NJB* 2006, p. 571.

Deze argumenten zal ik achtereenvolgens bespreken, met als conclusie dat in bepaalde gevallen een proportionele benadering toch gewenst is. Op het eerste gezicht lijkt het onwenselijk dat er een proportionele vermindering van contractuele instrumenten plaatsvindt. Zij zijn immers door partijen overeengekomen; de partijautonomie verzet zich tegen een rechterlijk ingrijpen.⁷⁴ Concrete sancties zijn regelmatig onderdeel van een afgewogen geheel van verplichtingen en sanctieregels. Een voorbeeld zijn de uitvoerige opsommingen van prestatienormen en daaraan verbonden gevolgen indien de normen niet gehaald worden, die in moderne ICT-contracten voorkomen.⁷⁵ Gaat de rechter met één van deze regels aan de haal, dan komt het gehele contractuele evenwicht op losse schroeven te staan.⁷⁶ De sterkte van sancties kan zijn doorberekend in de contractsom en is onderdeel van de integrale risicobeoordeling waar partijen hun uiteindelijke instemming van laten afhangen. Bij zulke contracten lijkt terughoudendheid geboden.

Nochtans is dit een ideaalbeeld van contractsvorming en onderhandeling dat in de praktijk niet zelden fictief blijkt. De meeste contracten die ik in de praktijk heb ontmoet bevatten slechts rudimentaire sanctiesystemen die veelal door één van partijen eenzijdig waren opgelegd en waar niet of slechts zeer beperkt over onderhandeld was. In zulke gevallen is het contractuele evenwicht niet rechtstreeks in het geding en valt er veel te zeggen voor rechterlijk ingrijpen in het vervalbeding. In de praktijk is de overeenstemming over zulke bedingen meestal betrekkelijk zwak; in veel gevallen is het de sterkere partij die zo'n beding oplegt. Enige rechterlijke controle kan machtsmisbruik beletten. Veelal heeft er over zulke bedingen ook geen echte onderhandeling plaatsgevonden, aangezien zij niet de kern van de overeengekomen prestaties betreffen. Zelfs de partij in wiens voordeel het beding is, heeft doorgaans niet uitgebreid nagedacht in welke mate en in welke gevallen precies de sanctie van het beding op zijn plaats is. Tot slot is het onwenselijk dat de rechter een evident onbillijke toepassing van een contractuele bepaling zou bevestigen en zelfs afdwingen.

74 De rechter stelt dan zijn eigen oordeel in de plaats van wat partijen wilden (Peletier 1999a, p. 519-520).

75 Zoals in Service Level Agreements, waarover Drion en Wit, *Contracteren* 2005, of in het door V.J.A. Sütö beschreven prestatiecontract ('Prestatiecontract - (geen bijzondere overeenkomst', *Contracteren* 2004, p. 62-68).

76 Evenzo Spier 1997, p. 96 t.a.v. exoneraties. Op p. 95 betoogt hij dat er niet snel sprake is van onevenwichtigheid indien de sterke partij alleen onder deze voorwaarden wenste te contracteren.

De toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid tegen bedingen met onevenredig grote gevolgen voor één der partijen is een constante in de jurisprudentie van de vorige eeuw, beginnende met *Saladin/HBU* (HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS). Een factor daarbij is of het beding daadwerkelijk voorwerp van onderhandeling is geweest (de wijze van totstandkoming). Deze factor lag ook ten grondslag aan de matiging van boetebedingen, tezamen met de omstandigheid dat aan een ander type geval kan zijn gedacht dan aan de situatie waarin het beding wordt ingeroepen (par. 3.2). Een vervalbeding dat grotendeels eenzelfde effect en strekking heeft als een boete kan op grond van dezelfde argumentatie worden aangetast met de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid.⁷⁷ Het argument van partijautonomie en wilsovereenstemming wordt serieus genomen voor zover zulke concrete overeenstemming bestond ten aanzien van het specifiek beding en de concrete situatie waarin het beding wordt ingeroepen; waar zo'n concrete overeenstemming ontbreekt (zoals meestal het geval is bij in algemene voorwaarden opgenomen bedingen) is de aanvaarding door de wederpartij te zwak om veel gewicht in de schaal te leggen tegen een rechterlijke toetsing. De formele partij-autonomie wordt respect betoond door de terughoudende toetsing van de rechter. Een algehele onaantastbaarheid van zulke bedingen is naar moderne maatstaven ongewenst.

Als tweede wordt aangevoerd dat ook indien deze bedingen niet specifiek zijn onderhandeld, de strekking ervan (te weten, afschrikking door afstraffen van ongewenst gedrag) rechtvaardigt dat zij niet of slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden aangetast. Aantasting van de sanctie leidt tot verzwakking van de positie van de schuldeiser.⁷⁸ Voor dit betoog is iets te zeggen. De sanctie zou er dus toe strekken een additionele prikkel tot naleving in het leven te roepen. Dit 'prikkelend' karakter van de sanctie verzet zich op zichzelf, afgezien van de partij-autonomie, tegen matiging of vermindering van de prikkel.⁷⁹ Dit geldt met name bij bewuste overtreding (zoals het fraudevervalbeding); bij ongewilde niet-nakoming zou de prikkel alleen zinvol zijn om tot een

77 Schelhaas 2004, p. 365.

78 Dit is in wezen wat de Raad van State bedoelde bij zijn commentaar op art. 6:94 BW, zie par. 3.2.

79 Vgl. Wansink, *AV&S* 2001, p. 67-71, Faure, *AV&S* 2001, p. 71-72.

hogere zorgvuldigheid aan te sporen.⁸⁰ Niettemin schiet ook dit argument tekort om iedere doorbreking te beletten. Bij sancties moet ten minste de punitieve proportionaliteit in acht worden genomen.⁸¹ Daarnaast is bij geringe verwijtbaarheid een indringender toetsing aan de proportionaliteit van de belangen over en weer op zijn plaats: een straf heeft immers niet het gewenste prikkelend effect ten aanzien van onopzettelijke niet-naleving. Verder zal, als we het oogmerk van een prikkel serieus moeten nemen, ook verwacht mogen worden dat de schuldeiser er, ingeval het geen kernverplichting betreft, genoeg aan gedaan heeft om de schuldenaar te wijzen op het belang van de desbetreffende verplichting en de gevolgen indien zij niet wordt nagekomen.⁸² In de praktijk blijkt maar al te vaak dat de schuldeiser hier niets aan doet, wat de geloofwaardigheid van het beroep op het ‘prikkelend’ karakter geen goed doet. Tot slot zij opgemerkt dat de mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen niet per se afdoet aan de aansporing die van de tekst van een beding uitgaat.⁸³ Men dient de jurisprudentiële kennis van justitiabelen niet te overschatten. Misschien wordt met het argument van preventie veeleer bedoeld op vergelding, de onwenselijkheid dat niet-nakoming niet of slechts beperkt wordt bestraft. Dit argument heeft enig gewicht; in de praktijk heb ik bemerkt dat burgers er vaak moeite mee hebben dat aan een niet-nakoming vanwege bijvoorbeeld een exoneratie of bewijsprobleem geen juridische consequenties worden verbonden. Dat mag echter niet leiden tot bovenmatige bestraffing. Dit brengt ons tot het derde argument: een proportionele benadering zal ertoe leiden dat rechters geneigd zullen zijn sneller in te grijpen in

80 Ten aanzien van verzekeringen kan dit oogmerk slechts beperkt worden staande gehouden; een verzekering dient immers juist mede om de verzekerde ook te verzekeren tegen zijn eigen (lichte) onvoorzichtigheid (aldus HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 536 m.nt. MMM (Amev/Meyerink), rov. 3.5, ook Van der Grinten, noot onder HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 966 (Van Kasteren/Nationale Nederlanden)).

81 Zie de verwijzingen in par. 3.3 en 3.4, ook Stolp 2007. Vgl. ten aanzien van het fraudevervalbeding in de verzekeringsovereenkomst A. Blom, ‘De ene fraude is de andere niet’, in: *De Wansink-bundel: van draden en daden*, Kluwer: Deventer, p. 51-60.

82 Zie de in par. 3.3 genoemde op de verzekeraar rustende mededelingsplichten.

83 Zo wijst Hendrikse (2006, p. 594, zie ook p. 259, en 2006, *AV&S*, p. 77) op de prikkel die blijft uit gaan van een fraudevervalclausule die strenger is dan art. 7:941 lid 5 BW toelaat. De mogelijkheid van afzwakking in concrete gevallen is een factor die moet worden meegewogen bij de toets of een beding onredelijk bezwarend is (HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115 m.nt. HJS (Meus/NWM), rov. 3.5.6); de schuldeiser behoudt zijn prikkel dus in geschrifte, al kan hij deze in rechte niet volledig door-drijven.

sancties als de onderhavige.⁸⁴ Dit argument is reeds door Van Oven aangevoerd, maar dan ter aanbeveling, voor het invoeren van een matigingsbevoegdheid ten aanzien van het boetebeding.⁸⁵ De praktijk laat inderdaad zien dat het aantasten van sancties als de boete en het vervalbeding bepaald niet exceptioneel is.⁸⁶ De aanpak in Royal & Sun Alliance is een sprekend voorbeeld: juist *doordat* een proportionele benadering werd toegepast kwam het redelijk belang aan integraal inroepen van het vervalbeding te ontvallen. De negatieve proportionaliteits-toetsing wordt dusdoende omzeild.⁸⁷ Dit argument komt in wezen neer op een herhaling van het belang van contractsvrijheid: het lijkt mij een reden voor terughoudendheid, maar het staat er niet aan in de weg dat in bepaalde typen gevallen toch voor een proportionele benadering wordt gekozen.

Een vierde bezwaar is de subjectiviteit van het proportionele rechterlijke oordeel. De negatieve toepassing van proportionaliteit is relatief objectief vanwege het ‘onaanvaardbaar’ in art. 6:248 lid 2 BW.⁸⁸ De proportionele benadering daarentegen behelst een positieve bepaling van wat dan wel het resultaat moet zijn. Zo’n bepaling komt in wezen neer op het opvullen van een leemte, het toepassen van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, wat in hogere mate subjectief is. Mensen zijn het eerder eens over wat fout is dan over hoe het dan wel moet; kritiek is eenvoudiger dan productie. Dit verschil tussen de negatieve en positieve toepassing van proportionaliteit wordt niet altijd onderkend. De positieve toepassing is vanwege de rechterlijke vrijheid eerder omstreden dan de negatieve toepassing.⁸⁹ Zij leidt tot grotere onzekerheid over de uitkomst.⁹⁰ Aan dit nadeel valt echter niet te ontkomen; de negatieve fase moet noodgedwongen door een positieve fase

84 Drion en Van Wechem, *NJB* 2006, p. 571, Hartlief, *AA* 2007, p. 363, Christiaans, *MvV* 2006, p. 64.

85 Van Oven, *Preadvies NJV* 1937, p. 66, zie Schelhaas 2004, p. 67.

86 Ten aanzien van de boete zie Schelhaas 2004, p. 101, overigens alleen voor de eenheidsboete, en voor vervalbedingen zie par. 3.3 hierboven.

87 Dit lijkt ook het bezwaar te zijn van Drion en Van Wechem, *NJB* 2006.

88 Zie par. 2.2, vgl. Wiarda 1999, p. 49: alleen als hier ‘onder redelijk denkende mensen nauwelijks twijfel [over] kan bestaan’.

89 Vgl. Christiaans, *MvV* 2006, p. 64. Onzekerheid bestaat ook over de matiging van de boete, zie Schelhaas 2004, p. 83.

90 Christiaans, *MvV* 2006, p. 64. Overigens zij opgemerkt dat het ook mogelijk is dat een tussenoplossing juist beter voorspelbaar is dan de radicale keuze tussen een alles-of-niets, zie hierover een nog te verschijnen publicatie van J.H. Verdonschot en J.M. Barendrecht.

worden gevolgd.⁹¹ Wel noopt deze overweging tot terughoudendheid bij de rechter.⁹² Een te grote onzekerheid moedigt immers chicanes aan in gevallen waar de toepassing van de sanctie niet onaanvaardbaar is.

Deze argumenten vormen al met al geen absoluut bezwaar tegen een proportionele benadering. Het feit dat de wetgever bij het boetebeding heeft gekozen voor matiging, en bij vervalbedingen in verzekeringsovereenkomsten ook een zekere mate van positieve proportionaliteit heeft toegelaten, ondersteunt dit, tezamen met het feit dat vervalbedingen op de grijze lijst staan (art. 6:237 sub h BW). Vraag is alleen wanneer wel en niet aanleiding is voor een proportionele benadering. Dit zal ik nu uitwerken.

In het algemeen zijn sancties bedoeld om aan te sporen tot naleving van een verplichting. Het gaat dus om een verband tussen verplichting en consequentie. Het ingrijpen van de rechter is taboe als het gaat om verplichtingen zelf, de kernverplichtingen van de overeenkomst: daarvoor mogen partijen zelf de verhouding bepalen; rechterlijk ingrijpen zou neerkomen op een *iustum pretium* benadering. Dat ligt evenwel anders voor de consequenties van niet-naleving van een verplichting. Een vervalbeding houdt in wezen een juridische poging in om de consequentie, de sanctie, zelf weer te vertalen in een geclausuleerde verplichting (in casu het verval daarvan). Daardoor lijkt het of ingrijpen zou neerkomen op een *iustum pretium* leer, terwijl het in feite gaat om het normale ingrijpen in een sanctie.

Het probleem met aansporing tot nakoming is dat de nakoming niet rechtstreeks af te dwingen is, alleen indirect, door een 'prikkel'. Men probeert een zeker resultaat af te dwingen. Gaat het om opzettelijke niet-naleving, dan is de prikkel op zijn plaats en lijkt ook achteraf geen reden tot matiging te bestaan. Toch is dat niet helemaal juist: zelfs een gerechtvaardigde sanctie kan niet altijd integraal worden gehandhaafd. De reden is dat de sanctie pas wordt opgelegd als de niet-nakoming al een historisch feit is. Tot de rechtvaardigheid behoort ook de mogelijkheid van vergeving voor wat gebeurd is: de niet-nakoming vervliegt mettertijd en biedt steeds minder reden om toch nog leed toe te voegen. Dat verklaart de grens van punitieve proportionaliteit.

Bij niet-opzettelijke niet-nakoming is er te meer reden voor aanpassing. De niet-nagekomen verplichting beoogde immers een zeker resultaat te

91 Tenzij wordt afgezien van aanvulling, maar dat is in wezen ook een vorm van aanvulling, en een die ten gunste van de schuldenaar werkt.

92 Vgl. Schelhaas 2004, p. 83 ten aanzien van matiging van een boete.

bereiken.⁹³ De sanctie beoogt tot een hogere graad van zorgvuldigheid aan te zetten. De zorgvuldigheid kan echter vrijwel nooit tot volledige zekerheid leiden dat het resultaat wordt behaald. Een restant van onzekerheid blijft aanwezig (traditioneel spreekt men over overmacht). Daarnaast is de mate van zorgvuldigheid die de schuldenaar voortdurend kan bewaken begrensd. Hoe goed de prikkel ook werkt, zij kan slechts een beperkte verhoging van de zorgvuldigheid bereiken en allerminst het beoogde resultaat zeker stellen. De risico's die tot niet-nakoming kunnen leiden zullen verdeeld moeten worden. Een vervalbeding heeft tot gevolg dat alle risico's ten aanzien van het nadeel dat dit beding inhoudt voor rekening komen van de schuldenaar. Dit is niet in alle gevallen redelijk: de regeling van art. 6:75 BW gaat ook uit van de gedachte dat niet alle oorzaken van de niet-nakoming voor rekening van de schuldenaar komen. Dit geldt in het bijzonder bij risico's die inherent zijn aan de beoogde samenwerking. Voor verzekeringsovereenkomsten is er daarom een goede rechtvaardiging voor beperking van de werking van vervalbedingen. Niet alleen is het belang voor verzekerde bij de verzekeringsovereenkomst aanzienlijk, maar ook vormt de aard van de overeenkomst een belangrijk argument ten gunste van een algemene regel voor een proportionele benadering. De verzekering strekt ertoe om de algemene risico's voor verwezenlijken voor een zekere schade op de verzekeraar af te wentelen, en de enkele schending van een nevenverplichting van de verzekerde (in wezen een *Obliegenheit*) is onvoldoende om deze kernverplichting geheel te laten vervallen.⁹⁴ De overeenkomst zelf houdt een verdeling van zekere risico's in. De verzekeraar hoeft misschien niet de gevolgen van de gesanctioneerde gedraging te dragen, maar dient wel het risico voor zover dat niet uit de gedraging voortvloeit voor zijn rekening te nemen. De verzekering zelf beoogt risico's te verdelen, en het voorvallen van schade is in het algemeen gevolg van diverse samenwerkende risico's (bijvoorbeeld een inbraak bij de goed afgesloten voordeur, gevolgd door het vergemakkelijken van ontsnappen van de daders via de niet-afgesloten achterdeur). Voor zover de verzekerde de schade of de risico's heeft vergroot of de verzekeraar heeft bemoeilijkt kan dan een proportionele reductie plaatsvinden; de overige risico's zijn voor rekening van de verzekeraar, die immers deze risico's op zich heeft genomen met het contract. De

93 Dit kan gegarandeerd zijn (resultaatsverplichting) of niet (inspanningsverplichting).

94 Zoals bijv. blijkt uit het feit dat de gewone onvoorzichtigheid van verzekerde voor rekening van de verzekeraar blijft (HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 536 m.nt. MMM (Amev/Meyerink), rov. 3.5).

toerekenbare vergroting van het risico wordt dan in proportie gezet met de overige risico's, en de uitkering wordt naar rato van deze proportie verdeeld: een *toerekeningsproportionaliteit*. Deze proportionaliteit is dus in lijn met de strekking van de verzekeringsovereenkomst. Daarmee wordt recht gedaan aan de intuïtie die aan de eigen-schuldregeling ten grondslag ligt en die ook bij een vervalbeding bij verzekeringen opgaat. In lijn hiermee kunnen bewijsonzekerheden in causaliteit bij nalaten van preventieve maatregelen in beginsel proportioneel worden opgelost. Voor zulke vervalbedingen moet als uitgangspunt een proportionele benadering worden toegepast: een andere opvatting zou een terugval betekenen naar de achterhaalde opvattingen waarin eigen schuld leidde tot algeheel verval van aansprakelijkheid. Dat de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid terughoudend moet worden toegepast geldt slechts in het algemeen en laat de mogelijkheid open dat voor een bepaalde groep gevallen een minder grote terughoudendheid vereist is.⁹⁵ Alleen ten aanzien van fraudevervalbedingen ligt dit anders: daar houdt het gedrag immers geen verband met het ontstane risico. Daar dient slechts de punitieve proportionaliteit te worden bewaakt. Bij andere soorten vervalbedingen is een voorzichtiger benadering op zijn plaats. Daar gaat het vaak juist om een vervalbeding dat aan een kernverplichting is verbonden; daar dient de sanctie dus specifiek tot aansporing voor zo'n verplichting. De overeenkomst strekt daar niet tot verschuiving van een hoofdrisico. De sanctie houdt bovendien vaak zelf al een zekere proportionaliteit in, doordat bijvoorbeeld de vervallen vergoeding slechts een deel van de werkelijke schade of het belang van schuldeiser bedraagt. Hoogstens zou de punitieve proportionaliteit een grens kunnen stellen. Maar soms zou er toch sneller moeten kunnen worden ingegrepen volgens een belangenproportionaliteit. Passend is een nadere differentiatie. Voor bepaalde typen gevallen ligt terughoudendheid voor de hand, voor andere een alles-of-nietsaanpak, en voor weer andere zou een proportionele benadering zeer wel de beste oplossing kunnen zijn.

Ingeval er een uitgebreid, weloverwogen stelsel van sancties is opgesteld, dat onderwerp van onderhandeling is geweest, er in beginsel geen plaats is voor vermindering. In zo'n geval is de proportionaliteit waarschijnlijk onderhandeld en expliciet contractueel vormgegeven. De partijautonomie dient dan te prevaleren, de 'prikkel' van de sanctie dient gehandhaafd te blijven op de overeengekomen wijze. Dit zou alleen

95 Dit volgt uit de rechtsvormende functie die deel uitmaakt van de redelijkheid en billijkheid.

anders kunnen zijn als het duidelijk om een geval gaat dat niet onder ogen was gezien en niet beoogd was met het sanctiestelsel. Alleen de punitieve proportionaliteit legt een beperking aan.

Hetzelfde geldt als de tekortkoming een kernverplichting betreft waar de sanctie primair voor bedoeld is. De proportionaliteit is dan door partijen overeengekomen en beoogd; ingrijpen zou tezeer tot een *iustum pretium*-aanpak leiden. Ook nalatigheid of onzorgvuldigheid kan dan leiden tot verval, aangezien de sanctie mede dient tot aansporing tot grotere zorgvuldigheid.⁹⁶ Hetzelfde geldt ingeval van opzet, behoudens in zoverre er verontschuldigende factoren zijn als subjectieve goede trouw.⁹⁷ De schuldenaar heeft bij opzet immers willens en wetens de consequentie (de sanctie) aanvaard van zijn handelen: hij heeft dit bij het aangaan van het contract onder ogen kunnen zien, dan wel heeft hij bij zijn handelen de consequentie op zich genomen.

Daar staat tegenover dat ingeval de sanctie niet onderhandeld is, met name indien zij in algemene voorwaarden was opgenomen, of als het om een algemene sanctie voor een grote groep gevallen gaat (vergelijk de discussie ten aanzien van de eenheidsboete) en er geen kernverplichting is geschonden, er sneller aanleiding kan zijn voor een (belangen)-proportionele benadering. De schuldenaar mocht er in zo'n geval vanuit gaan dat de wederpartij de sanctie naar redelijkheid en billijkheid, op rechtvaardige (dus proportionele) wijze zou toepassen. Als een partij zich daar niet aan wenst te houden, kan zij daar door de rechter toe gedwongen worden.

Leidend is dus: is de sanctie in volle omvang bedoeld voor de onderhavige tekortkoming? De voornaamste gezichtspunten zijn – aansluitend bij literatuur en wetsgeschiedenis ten aanzien van verwante regelingen – of de sanctie concreet is onderhandeld, en of er sprake is van laakbare opzet zonder mitigerende omstandigheid of slechts van onvoorzichtigheid.

Tot slot nog de vraag of de rechter het vervalbeding moet beperken tot een bedrag dat net nog niet disproportioneel is, of dat hij kan overgaan tot een volledig proportionele sanctie.⁹⁸ In het vorenstaande is impliciet aangenomen dat kan worden overgegaan tot volledige proportionaliteit.

96 Een reden kan ook zijn gelegen in het vermijden van bewijsmoeilijkheden van de toerekening.

97 Dat wil zeggen de subjectief gerechtvaardigde veronderstelling dat de niet-nakoming geoorloofd was, zoals ingeval van opschorting bij een kennelijke niet-nakoming van de wederpartij.

98 Voor de boete is dit onduidelijk. Schelhaas 2004, p. 102-105, bepleit het eerste standpunt.

Partijen worden hierdoor aangemoedigd zich reeds zonder rechterlijke tussenkomst redelijk op te stellen. Men kan een vergelijking trekken met nietigheid. Daar is de vraag opgeworpen of de rechter bij partiële nietigheid of conversie moet streven naar een overeenkomst die net niet nietig is, of naar het resultaat zoals partijen dat bereikt zouden hebben als zij in gelijkwaardigheid zouden hebben onderhandeld.⁹⁹ Soms sluit men niet aan bij wat partijen subjectief gedaan zouden hebben, en is de ratio van de nietigheid bepalend.¹⁰⁰ Een voorbeeld is de ‘ijzeren proeftijd’: een proeftijd die langer is dan de toegestane twee maanden vervalt geheel.¹⁰¹ Dat is een effectieve sanctie op het stellen van zo’n verboden duur van de proeftijd.

Een tweede reden om tot volledige proportionaliteit over te gaan is dat het in de praktijk ondoenlijk is om een verschil te maken tussen de ene en de andere benaderingswijze. Het vaststellen waar de grens van disproportionaliteit ligt, geeft aanleiding tot teveel discussie: wat volgens de een net niet disproportioneel is, is voor de ander nog wel duidelijk disproportioneel. Daarentegen zal een rechterlijk oordeel over wat wel proportioneel is, over het algemeen door iedereen als niet disproportioneel worden opgevat.

3.5 Het exoneratiebeding

De verplichting tot schadevergoeding ingeval van wanprestatie kan contractueel worden beperkt door een exoneratie. Daardoor kan deze sanctie in een concreet geval eveneens disproportioneel zijn, doordat zij te zwak is. Zou de rechter ook hier niet tot een positieve proportionele toetsing kunnen overgaan? De jurisprudentie gaat vooral over algehele schrapping van exoneratiebedingen. Niettemin lijkt een tendens waarneembaar waarbij de concrete toepassing wordt getoetst, niet de aanvaardbaarheid van het beding als zodanig (abstracte toetsing).¹⁰² In plaats van te beoordelen of het beding zelf, los van enige concrete toepassing, geldig of nietig is, wordt beoordeeld of een beroep op het beding in concrete situaties toelaatbaar is. Ofschoon art. 6:233 sub a

99 Van Schaick 2003, p. 47nt34. Zie bijv. HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 701 (Hupkes/Coster) ten aanzien van een verboden beding bij huur.

100 Van Schaick 2003, p. 42-43.

101 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232 (Van Hensbergen/Albers), zie Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 499.

102 Zie over het debat hieromtrent T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2007, p. 67-70 en 75-80, met verdere verwijzingen.

BW de vernietigbaarheid van een contractueel beding mogelijk maakt mede in het licht van de omstandigheden van het geval, waaronder dus de concrete toepassing van het beding zou kunnen worden begrepen, wordt ook de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid zelfstandig toegelaten als grond voor buiten toepassing laten van een exoneratiebeding.¹⁰³

Een voorbeeld van concrete toetsing is het arrest HR 7 december 2001, JOL 2001, 737, waarin het beding formeel ook aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld leek uit te sluiten, maar in casu niet gebleken was dat sprake was van opzet of grove schuld.¹⁰⁴ Het Hof toetste concreet, de Hoge Raad achtte die benadering correct en ging dus niet in op de vraag of het enkele feit dat ook verboden gevallen geëxonererd leken te zijn zou moeten leiden tot nietigheid (waarmee ook voor toegestane gevallen het exoneratiebeding zou zijn vervallen).¹⁰⁵

Deze concrete toetsing zelf heeft echter nog steeds een alles-of-nietskarakter: een beroep op het beding is in casu wel toegestaan, of niet. Een alternatief is dat een meer genuanceerdere benadering wordt gevolgd. Dat kan op twee manieren.

Als eerste kan men overgaan tot partiële nietigheid of conversie van een beding, door onaanvaardbare delen van het beding buiten werking te stellen, maar het beding voor het overige in stand te laten. Een beding dat algeheel exonereert tot een bedrag van € 1.000 wordt dan de facto omgezet naar een beding dat behoudens opzet of grove schuld exonereert tot genoemde limiet. Er wordt dan gedifferentieerd tussen het soort gevallen waarvoor geëxonererd is. Dat resultaat kan dan ook met de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid worden bereikt, door alleen te derogeren voor zover zich een concreet geval voordoet in het ‘verboden’ gebied (zoals een geval van opzet of grove schuld). Een

103 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Hofman). Zie ook B.T.M. van der Wiel, ‘Samenhang bij samenloop’, in: Hartlief, Hijma en Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, p. 1-12. Overigens heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (GTI/Zürich) uitdrukkelijk tot terughoudendheid gemaand bij toepassen van de derogerende werking ten aanzien van bedingen zoals exoneratiebedingen, waaronder een beding houdende beperking van de verjaringstermijn.

104 Waarover Krans en Tjong Tjin Tai, *NbBW* 2002, p. 30, ook Hijma 2003, nr. 45.

105 Dit wijkt af van de benadering die de Hoge Raad ten aanzien van een arbitraal beding in HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 214 (Botman/Van Haaster) had gekozen, op welke uitspraak Jongeneel wijst (Contracteren 1999, p. 52). Zie voorts voor de ‘moderne’ aanpak HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115 m.nt. HJS (Meus/NWM), rov. 3.5.6 waar in de toets van de onredelijkheid van een boete tevens rekening mocht worden gehouden met de mogelijkheid van matiging.

nadeel van deze aanpak is dat het gebruikers van algemene voorwaarden aanmoedigt om zo oneerbaar mogelijke exoneraties op te nemen, in de wetenschap dat zij vanzelf worden teruggesnoeid tot exact dat deel dat nog wel aanvaardbaar is. In zulke gevallen heeft een algehele nietigheid een positief preventief en afschrikwekkend effect.¹⁰⁶

Daarnaast is mogelijk dat voor het concrete geval het beroep op het exoneratiebeding niet voor het geheel toelaatbaar is. Dan zou het beroep op het beding slechts gedeeltelijk toelaatbaar zijn. Aldus is verdedigd door Vranken,¹⁰⁷ met als voorbeeld de Steendijkpolderzaken¹⁰⁸ waar een beroep op een uitsluiting van vrijwaring terzijde werd gesteld maar waar mogelijk de schuldeiser een deel eigen schuld had. Hij stelt de vraag of in dat geval misschien niet beter het vrijwaringsbeding slechts voor een deel terzijde geschoven had kunnen worden: voor een deel van de gevorderde schade zou het opgaan, voor een ander deel niet. Opgemerkt zij dat dit slechts een alternatieve wijze om de eigenschuldverdeling te bereiken na derogatie van een exoneratie: een toerekeningsproportionaliteit.

Een ander argument voor 'proportionele' derogatie aan het exoneratiebeding kan zijn dat anders onevenwichtigheid ontstaat met de toets van art. 6:233 sub a BW, waar weliswaar nietigheid de norm is maar vervolgens partiële nietigheid of conversie tot maatwerk kan leiden, zodat het wenselijk is dat ook de toets van art. 6:248 lid 2 BW tot een ander resultaat dan alles of niets kan leiden.¹⁰⁹ Het gevolg zou zijn dat in wezen het aansprakelijkheidsplafond wordt opgetrokken. Dit is tot nog toe geen gebruikelijk resultaat: als een beroep op een exoneratie onaanvaardbaar is, lijkt de bescherming daarvan geheel te vervallen. Dit zou gebaseerd moeten worden op de onevenredigheid van de betrokken belangen, het gaat om een belangenproportionaliteit.

Dit betoog is aantrekkelijk: er zijn gevallen waarin een exoneratie geheel buiten toepassing wordt gelaten maar voorstelbaar dat een exoneratie voor een hoger bedrag wel toelaatbaar zou zijn geweest. De juri-

106 Loos, *WPNR* 1997 trekt de vergelijking met de 'ijzeren' proeftijd. Evenzo Wessels e.a. 2006 (Van den Brink), p. 80-81, Loos 2001, p. 113-116, Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 499, verwijzend naar PG Bk 6, p. 1587, Jongeneel, *Contracteren* 1999, p. 51-52. Hijma 2003, nr. 45-46 en 48 en 'Partiële vernietigbaarheid van algemene voorwaarden', *WPNR* 6253 (1997), p. 47-48) is het hier op zichzelf mee eens maar acht het mogelijk dat een kern van redelijke gevallen behouden blijft uit een voor het overige nietig beding.

107 Vranken, *WPNR* 1994.

108 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286-289.

109 Verheij, *NTBR* 2003, p. 249.

dische constructie roept wellicht nog vragen op: wat houdt het in dat een beroep op een exoneratie gedeeltelijk onaanvaardbaar is? Betekent dit dat de ene helft van de schade wel kan worden afgeweerd of niet? Of dat de schadevergoeding slechts tot op zekere hoogte beperkt wordt, wat in feite een verhoging van het exoneratieplafond inhoudt? Technisch-juridisch kan zo'n gedeeltelijke terzijdestelling nochtans worden gerealiseerd door een terzijdestelling van de exoneratie te laten volgen door een beperking van de schadevergoeding op grond van hetzij ontbreken van toerekenbaarheid (art. 6:98 BW), hetzij matiging van de schadevergoeding (art. 6:109 BW).¹¹⁰ Zo'n aanpak lijkt zinvol indien er een discrepantie bestaat tussen het concrete belang van de schuldenaar bij beperking van zijn aansprakelijkheid en het belang van de wederpartij bij vergoeding van zijn werkelijke schade, maar deze discrepantie niet zodanig is dat de exoneratie geheel zou moeten vervallen. Dan komt men in de hier verdedigde benadering uit op een verdeling van het nadeel uit de fout die afwijkt met de uitkomst van de exoneratie in samenhang met de wettelijke regeling inzake schadevergoeding zou volgen.

Het exoneratiebeding onderscheidt zich van het boetebeding en het vervalbeding daarin dat het geen sanctie is maar juist een beperking van een sanctie: de partij die tekortschiet draagt door de exoneratie juist niet de gevolgen. De argumenten voor en tegen aantasting van zo'n beding zijn grotendeels, maar niet geheel, dezelfde als bij het boete- en het vervalbeding. Een exoneratie is in het algemeen niet volledig uitonderhandeld, een beroep op partijautonomie of wilsovereenstemming is daarom niet doorslaggevend. Anders dan bij een boete of vervalbeding spreekt de prikkelende werking van sancties juist tegen het in stand laten van een exoneratie.¹¹¹ Voor de schuldenaar is een gedeeltelijk buiten toepassing laten namelijk gunstiger dan een algeheel buiten toepassing laten van de exoneratie.

In wat voor gevallen zou terzijdestelling op zijn plaats zijn? Een voorbeeld biedt Hof Amsterdam 22 november 2001, LJN AD7868, Computerrecht 2002/2, p. 94 (Kirche in Not/Cap Gemini), een zaak waar een opdrachtgever de automatiseerder aansprak tot vergoeding van schade uit een mislukte automatisering. Het contract bevatte een exoneratie tot

110 Stolp 2007, p. 225-231 betoogt dat de rol van deze bepalingen voor het bereiken van een proportionele uitkomst betrekkelijk gering is; uitgangspunt is het recht op volledige schadevergoeding.

111 Evenzo geldt hierbij het argument van vergelding, het rechtvaardigheidsgevoel dat wenst dat aan fouten enige consequenties worden verbonden (zie par. 3.4).

een bedrag van fl 100 000, maar de contractsom was na het tekenen van het contract verhoogd van fl 500 000 naar fl 2 137 018. Het Hof zag aanleiding tot het derogeren van de exoneratie, wijzend op de volgende omstandigheden (rov. 2.9):

- de wijze van totstandkoming van de voorwaarden en het daarin vervatte exoneratiebeding,
- de verhouding tussen partijen en in het bijzonder KIN's afhankelijkheid van de deskundigheid van CAP,
- het belang dat KIN bij de overeengekomen prestatie had en
- de ernst van de tekortkoming (...)"

Cap Gemini had hoogstwaarschijnlijk een verzekering met een verzekerde som die ver boven een bedrag van fl 100 000 lag, waarschijnlijk zelfs boven de fl 2 000 000. Zij is immers een automatiseerder die ook zeer grote automatiseringsprojecten uitvoert, bij welke projecten exoneraties vaak een plafond van om en nabij de projectsom van miljoenen gulden (of tegenwoordig, euro) hebben. Daarentegen was KIN een ideële instelling voor wie een zodanig bedrag waarschijnlijk een substantieel deel van de begroting uitmaakte.

Gevoelsmatig is een gedeeltelijke doorbreking van exoneraties met name aangewezen in gevallen waar de schuldenaar een zwaar verwijt treft zonder dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van leidinggevend. In zo'n geval is er vaak onvoldoende grond om het exoneratiebeding geheel te doorbreken op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, maar lijkt het toch onbillijk dat de schuldeiser geheel met de overblijvende schade blijft zitten. Dit geldt te meer waar de fout er een is waar de schuldenaar daadwerkelijk voorzorgsmaatregelen voor kon treffen en de schade zodanig is dat de schuldeiser deze niet goed en de schuldenaar deze juist wel goed zou kunnen verzekeren. Een te lage exoneratie werkt niet als een juiste prikkel om fouten te vermijden.¹¹² Men zou kunnen betogen dat de schuldeiser dan maar beter moet opletten met wie hij contracteert. Daarbij ziet men evenwel over het hoofd dat het voor een schuldeiser zeer moeilijk zonet onmogelijk is om een goede indruk te krijgen van de mate van zorgvuldigheid die de schuldenaar hanteert bij de uitvoering van de verbintenis.¹¹³ Een additionele aansprakelijkheidsprikkel is dan ook bepaald welkom. De mogelijkheid dat de schuldeiser de schade wel verzekert, doet niet af aan

112 De mogelijkheid van een meer genuanceerde doorbreking van exoneraties, gelet op dergelijke omstandigheden, is door de Hoge Raad uitdrukkelijk geopend in *Kuunders/Swinkels* (HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585).

113 Vgl. ten aanzien van de opdracht *Tjong Tjin Tai* 2007, p. 172-173.

het gebrek aan juiste aansporing, alleen kan het een reden zijn waarom het niet onbillijk is dat de schade toch bij de schuldeiser blijft, omdat hij door zijn verzekeraar gecompenseerd wordt.

Het betoog gaat op dit punt in feite in omgekeerde richting met dat bij boete- en vervalbeding: een prikkel wordt juist toegevoegd die er contractueel niet was. Men kan daarvoor nochtans aanknopingspunten vinden bij precies die andere rechtsfiguren. Allereerst kan een boete ook verhoogd worden indien deze te laag is (art. 6:94 lid 2 BW).¹¹⁴ Daarnaast kan de rechter op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid een aanspraak op uitkering uit verzekering gedeeltelijk verminderen indien er niet is voldaan aan een mededelingsplicht, ook al is er te dier zake geen vervalbeding opgenomen.¹¹⁵

Een bezwaar is er echter wel: dit komt neer op het achteraf hoger bestraffen van een tekortkoming, zonder dat deze hogere straf in het contract was te vinden. Daarmee lijkt de prikkel die er hoort te zijn juist te ontbreken. Zo'n aanpak zou alleen uit oogpunt van generale preventie wenselijk zijn. Toch is dit argument niet doorslaggevend. In de praktijk zal de schuldenaar zich bij zijn handelen in het algemeen niet laten leiden door de bescherming die hij geniet door een disproportioneel lage exoneratie. Indien het juist vanwege de lage exoneratie is dat de schuldenaar onvoldoende zorgvuldig is, lijkt mij dit een niet te respecteren omstandigheid die dicht tegen opzet of bewuste roekeloosheid aanligt. Dit is anders indien er een geringere mate van zorgvuldigheid is overeengekomen en de contractsom daar op is aangepast: dan heeft de lage exoneratie een goede rechtvaardiging. Zij is dan niet disproportioneel. Voor gedeeltelijke terzijdestelling van een exoneratie zou dan ook te meer aanleiding zijn indien de feiten wijzen in de richting van opzet of bewuste roekeloosheid, maar de rechter niet de stap wenst te zetten om dit daadwerkelijk aan te nemen. Ernstige onzorgvuldigheid die dicht tegen bewuste roekeloosheid aanligt, met name als de fout is begaan door de direct betrokken werknemer die de kernverbintenis uitvoerde, kan worden geëxonererd, maar zo'n exoneratie is voor zo'n geval toch moeilijk aanvaardbaar.¹¹⁶

114 Schelhaas 2004, p. 69-71 vergelijkt de gefixeerde lage boete met een exoneratie.

115 HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493 m.nt. PvS (RVS/Van Scharenburg).

116 Een voorbeeld is HR 21 september 2007, *LJN* BA7627 (Essent): grote schade door een fout die alleen de monteur kon voorkomen. Tegen terzijdestelling van de exoneratie spreekt overigens wel dat de contractswaarde kennelijk betrekkelijk gering was. Men kan ook denken aan het verzekeringsrechtelijke begrip 'merkelijke schuld' dat evenzo doelt op een mate van schuld die grenst aan doch niet gelijk staat aan opzet (Asser-Claussing-Wansink, nr. 357-360).

Voor een verhoging van het exonerationplafond zouden de volgende omstandigheden relevant kunnen zijn: totstandkoming van de exoneration, de mate van verwijtbaarheid en mogelijkheid van voorkoming van de fout, de contractswaarde versus de omvang van de schade, de aard van de typisch geleden schade en het geëxonereerd zijn van dat type schade,¹¹⁷ de verzekering of verzekerbareid, en het geboden zijn van een keuzemogelijkheid aan de wederpartij.¹¹⁸ De grondslag is de derogerende redelijkheid en billijkheid. Het betreft een toepassing van belangenproportionaliteit en punitieve proportionaliteit. De evenredigheid tussen de belangen bij het contract, in het bijzonder de omvang van de sanctie en de ernst van de fout zouden kunnen leiden tot doorbreking van de exoneration.

Een bezwaar hiertegen is dat een exoneration vaak is afgestemd op een verzekering: het terzijde stellen van de exoneration kan leiden tot een aanspraak op schadevergoeding die de verzekerde som overstijgt. Dit is des te klemmender daar een schadevergoeding, anders dan een boete, geen intrinsieke beperking heeft. Schade kan diverse orden van grootte boven de contractswaarde liggen. De schade kan zelf disproportioneel zijn aan het contract, wat eerder tegen dan voor een terzijde stellen van de exoneration spreekt. Dit hoeft echter geen absoluut bezwaar te zijn. Het probleem doet zich met name voor in gevallen waar de contractswaarde op zichzelf gering is, maar het achterliggend belang of de voorzienbare schade groot.¹¹⁹ Het beoogde resultaat is zelf disproportioneel aan het contract: de vraag is dan of de aansprakelijkheid moet worden opgetrokken naar het resultaat, of gereduceerd naar de contractswaarde. Enerzijds heeft de schuldenaar (deels) in de hand welke mate van zorgvuldigheid hij hanteert, zodat het in zoverre wenselijk lijkt dat hij voor dat deel van het risico moet instaan (maar dat in feite niet doet ingeval van een lage exoneration), maar anderzijds kan de schuldenaar niet voor alle risico's instaan en is daarom enige beperking van de potentiële aansprakelijkheid juist wel op zijn plaats. In zulke gevallen is er een redelijk belang bij van schuldenaar om niet geconfronteerd te worden met schade die disproportioneel is aan de contractuele waarde, en van schuldeiser om niet te blijven zitten met een schade die niet ver-

117 Bij dienstverlening wordt bijvoorbeeld vaak winstderving algeheel geëxonereerd terwijl dat type nu juist meestal de enige (relevante) schade is.

118 Dit is niet nieuw: het sluit aan bij de jurisprudentie, in het bijzonder *Saladin/HBU en Kuunders/Swinkels*.

119 Bijv. HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS (Zentveld/Fokker), HR 21 september 2007, *LJN* BA7627 (Essent), HR 21 september 2007, *LJN* BA9610 (paprikkweker).

zeker of verzekeraar is in de gevallen waar de schuldenaar zorgvuldiger kan handelen om de schade te voorkomen. In zulke gevallen zal het, zoals ook uit Fokker/Zentveld blijkt, deels afhangen van de verzekeraarbaarheid van schade (en de gebruikelijkheid van verzekering door schuldeiser dan wel schuldenaar in dergelijke gevallen) wie de schade primair zou moeten dragen, en kan de billijkheid van de exoneratie daaraan worden afgemeten.

Daarnaast is de eventuele verzekeraarbaarheid bij zulke discrepanties tussen contractsom en achterliggend belang geen absoluut beletsel. Een belangrijk argument om de exoneratie terzijde te stellen is dat er geen onderhandeling over geschiedt. Van de zijde van ondernemingen wordt vaak aangevoerd dat hogere schadevergoedingen of beperktere exoneraties ook tot hogere prijzen leiden. Als dat waar is, moet het voor bedrijven mogelijk zijn om hun diensten in verschillende varianten aan te bieden: een dure variant met extra zorgvuldigheid en hoge schadevergoedingen, een goedkopere variant met lagere zorgvuldigheid waar tegenover ook stringente exoneraties staan.¹²⁰ Op deze wijze is het bedrijfseconomische resultaat hetzelfde en kan de klant zelf aangeven waar hij – mede gelet op zijn eigen belang bij de overeenkomst – de voorkeur aan geeft. Bij de huidige stand van zaken kunnen bedrijven een gebrekkige bedrijfsvoering te gemakkelijk verschuilen achter een ondoordringbare exoneratie, ten nadele van de wél zorgvuldig opererende bedrijven. Ingeval zulke varianten zijn aangeboden lijkt er in het algemeen geen grond meer te zijn voor de rechter om de exoneratie terzijde te stellen, aangezien de klant daadwerkelijk heeft kunnen kiezen. Een proportionele benadering van exoneraties in krasse gevallen zou derhalve juist positief kunnen uitwerken voor keuzevrijheid en marktwerking.

De hier verdedigde benadering is reeds thans mogelijk door toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, gevolgd door een beperkte toerekening van de schade. Een expliciete proportionele benadering heeft twee voordelen: de exoneratie zou enige reflexwerking hebben op de toerekening en daardoor de gevolgen van doorbreking redelijkerwijs beperken,¹²¹ en het bewustzijn van die beperking

120 De posterijen hanteren daadwerkelijk een dergelijk systeem, wat over het algemeen naar tevredenheid lijkt te functioneren. Differentiatie van exoneraties is ook verdedigd door J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, diss. 2003, p. 64-66, 144-147, verwijzend naar buitenlandse voorbeelden.

121 Immers de exoneratie is een indicatie voor het verzekerd belang en de hoogte van de contractsom, wat in gevallen als hier verdedigd dient te worden meegewogen bij de uiteindelijke aansprakelijkheid (die dan dus via toerekening moet worden bepaald).

zou ertoe kunnen leiden dat de rechter iets sneller tot buiten toepassing laten van de exoneratie overgaat.¹²²

3.6 Andere toepassingen van proportionaliteit

De hiervóór geschetste proportionele benadering kan ook op andere contractuele sancties worden toegepast. Drie voorbeelden mogen hier toe dienen.¹²³

Als eerste is er het verval van rechten bij te laat klagen over niet-nakoming van een overeenkomst (art. 6:89 en 7:23 BW).¹²⁴ Deze regeling leeft niet in de maatschappelijke praktijk doch leidt wel tot draconische resultaten. Tot op heden is de consequentie van verval steeds op een alles-of-nietsbasis toegepast. Als we een contractueel vervalbeding bij verzekeringsovereenkomsten nuanceren indien de wederpartij niet of niet substantieel is benadeeld door de te late melding, waarom zou dit dan ook niet kunnen voor zo'n wettelijke en in zijn volle gestrengheid moeilijk te rechtvaardigen regel? Het belang van de schuldenaar bij toepassing van zo'n regel is slechts respectabel voor zover hij in zijn bewijspositie is benadeeld. Omgekeerd is het belang van de schuldeiser aanzienlijk en is een relatief laat klagen veelal slechts beperkt verwijtbaar. De belangenproportionaliteit is hierbij uit het oog verloren. Een aanwijzing dat deze benadering in het systeem van de wet past is de overweging van de Hoge Raad dat bij de bepaling van de duur van de klachttermijn ex art. 7:23 BW tevens acht moet worden geslagen op het nadeel dat de wederpartij lijdt door de lengte van de in acht genomen

122 Zoals uit *Kuunders/Swinkels en Essent* blijkt, lijken rechters vooralsnog terughoudender te zijn.

123 Overigens is ook de ontbinding deels een sanctie; ook daarvoor is dan ook verdedigd dat een meer proportionele benadering zou moeten worden gevolgd (*Bakels* 1993, 1994, en *WPNR* 2007, *Hartlief* 1994). Complicerende factor is dat de ontbinding ook kan plaatsvinden zonder toerekenbaarheid en in zoverre geen zuivere sanctie is.

124 Toegegeven zij dat dit geen contractueel vormgegeven sanctie is; zij berust op de wet. Voor de overige wettelijke sancties geldt niet het bezwaar van partij-autonomie, en is veelal proportionele benadering erkend. Voor de sanctie van nietigheid bestaat een proportionele regeling; het bevel tot nakoming kan via de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid op proportionaliteit worden getoetst (*HR* 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*)). Schadevergoeding kan gematigd worden (art. 6:109 BW). Alleen voor ontbinding verwerpt de Hoge Raad zo'n benadering vanwege de bedoeling van de wetgever (zie hierover *Bakels*, *WPNR* 2007).

klachttermijn.¹²⁵ Dit wijst er op dat de proportionaliteitstoets reeds onderdeel is van de regeling zelf. Alleen ontbreekt daarbij dat ook het belang van de schuldeiser bij het niet vervallen van zijn recht wordt meegewogen. Er is dus reden en ruimte voor een aanvullende toets aan de redelijkheid en billijkheid. Mocht sprake zijn van een ontoelaatbare onevenredigheid, dan zou vervolgens een toerekeningsproportionaliteit uitkomst kunnen bieden: een pretens bewijsprobleem van schuldenaar zou kunnen leiden tot een gedeeltelijke vermindering van een aan schuldeiser toekomende vordering, voor zover schuldenaar door de late klacht is benadeeld.

Als tweede zijn er voorwaardelijke verbintenissen. Het effect van een vervalbeding kan soms ook met een voorwaardelijke verbintenis worden bereikt.¹²⁶ Een voorbeeld zijn de ‘riders’, de voorwaarden die popgroepen hanteren ten aanzien van de locatie van een optreden. De popgroep Van Halen eist onder meer dat er een pot M&M’s moet zijn waar alle bruine M&M’s uit zijn verwijderd. Is hier niet aan voldaan, dan weigeren zij op te treden. De reden achter dit ogenschijnlijk bizarre gedrag is dat de *rider* een waslijst aan technische condities bevat die nodig zijn voor de lichtshow (zoals draagkracht van het podium, vermogen van de elektrische voorzieningen). Als er niet aan de M&M-clausule is voldaan, is dat voldoende aanwijzing dat ook de essentiële technische condities niet zullen zijn nageleefd zodat gevaar zal optreden voor de show en de veiligheid.¹²⁷ Op zichzelf lijkt dit een onbetekenende voorwaarde, maar met de toelichting lijkt de ‘sanctie’ wel gerechtvaardigd. Dat hoeft echter niet in alle gevallen van ontbindende voorwaarden zo te zijn.

Als de weg van ontbinding van de overeenkomst zou zijn gekozen, zou dit misschien op de negatieve proportionaliteitstoets zijn afgestuit om-

125 HR 29 juni 2007, *LJN AZ7617* (Pouw/Visser), rov. 3.3.4, een zaak waar ik overigens als advocaat bij betrokken was en in die hoedanigheid pleitte voor ruimhartiger toepassing van de klachttermijn. Een proportionele benadering was in die zaak echter niet aan de orde.

126 Vgl. Asser-Clausing-Wansink, nr. 395 ten aanzien van een vervalbeding bij een verzekering. Schelhaas 2004, p. 365 onderscheidt een voorwaardelijke verbintenis strikt van een boetebeding. Verschil is wel dat een vervalbeding betrekking heeft op gedrag, de voorwaarde daarentegen ook geheel los van het gedrag van de wederpartij kan staan.

127 <http://www.snopes.com/music/artists/vanhalen.asp>. Het is niet geheel duidelijk of zo’n eis naar Nederlands recht kan worden beschouwd als een ontbindende voorwaarde, of dat het gaat om een essentiële eis waarvan de niet-nakoming de ontbinding van de overeenkomst kan dragen. Ten behoeve van het argument ga ik in het vervolg uit van een ontbindende voorwaarde.

dat de tekortkoming te gering wordt geacht, of desnoods een gedeeltelijke ontbinding zijn geschied. Als het om een vervalbeding zou gaan, zou bij geringe verwijtbaarheid aan belangenproportionaliteit kunnen worden getoetst. Zou nu de keuze om het bedoelde effect vorm te geven als een ontbindende voorwaarde tot een ander gevolg moeten leiden? De derogerende werking van redelijkheid en billijkheid kan in de weg staan aan een beroep op een ontbindende voorwaarde.¹²⁸ In het verlengde daarvan is in bepaalde gevallen voorstelbaar dat de derogerende werking leidt tot een proportionele benadering, op dezelfde wijze als bij vervalbedingen. Een reden voor terughoudendheid is nochtans dat ontbindende voorwaarden over het algemeen meer aandacht lijken te ontvangen in een onderhandeling dan gewone sancties. Zij zijn vaak met name gericht op omstandigheden buiten de invloedssfeer van partijen. Een orkest mag als voorwaarde voor een buitenoptreden stellen dat het droog is, ook al heeft de wederpartij geen invloed op het weer. Voor zover de voorwaarde op zulke omstandigheden betrekking heeft dient de rechter zich van toetsing te onthouden. Het beding geeft dan immers slechts de voorwaarden weer waaronder partijen wensten te contracteren, het behelst geen sanctie. De voorwaarde kan ook gekozen zijn om problemen met bewijs van niet-nakoming en toerekenbaarheid te voorkomen. Het M&M-geval is daar een voorbeeld van. In zo'n geval zou onverkort aan de voorwaarde kunnen worden vastgehouden.

Een derde geval waar een proportionele benadering wellicht tot aanvaardbaardere resultaten zou leiden is de problematiek van niet-nakoming over en weer. Het komt in contractuele verhoudingen regelmatig voor dat partijen elkaar, terecht of niet, over en weer betichten van wanprestatie.¹²⁹ Probleem is dat het zelfs voor een te goeder trouw zijnde partij, die zich ter dege laat adviseren, moeilijk is om vast te stellen of er inderdaad sprake is van toerekenbare niet-nakoming van de wederpartij. Het invoeren van een sanctie zoals opschorting heeft het bezwaar dat achteraf in een gerechtelijke procedure kan blijken dat de wederpartij objectief toch niet is tekortgeschoten, zodat het opschortingsrecht ten onrechte is ingeroepen en de schuldeiser zelf toerekenbaar is

128 Bijv. HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 675 (Van der Hoek/Stedehouder), rov. 3.6 en 3.7, mede met een beroep op misbruik van recht, ook HR 11 december 1942, *NJ* 1943, 36. De regeling van art. 6:23 BW staat niet in de weg aan een beroep op art. 6:248 lid 2 BW in gevallen die buiten het bereik van eerstgenoemde bepaling vallen (PG Bk 6, p. 148).

129 Bijv. bij boetebedingen HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 725 (Hauer/Monda), HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 362 (Intrahof/Bart Smit), bij opschorting HR 11 januari 2008, *LJN* BB7195.

tekortgeschoten, met alle gevolgen van dien.¹³⁰ Dit leidt ertoe dat de discussie tussen partijen het karakter van een kansspel krijgt met een aanzienlijke inzet. In zulke gevallen zou er aanleiding kunnen zijn mee te wegen of de partij die achteraf gezien tekortgeschoten is, goede redenen had (gelet op de destijds te harer beschikking staande informatie) om de sanctie in te roepen, en of de wederpartij wellicht heeft bijgedragen aan het ontstaan of voortbestaan van de onjuiste inschatting (bijvoorbeeld door zelf onvoldoende inzicht te geven). Afhankelijk van de omstandigheden zouden de gevolgen gematigd kunnen worden op basis van toerekeningsproportionaliteit: het gewicht van de omstandigheden over en weer. Dit zou rechtstreeks kunnen door de aansprakelijkheid te verdelen op grond van eigen schuld, of door gebruik te maken van de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW.

3.7 De grenzen van proportionaliteit

De proportionele benadering laat toe dat veel genuanceerde gevolgen te zijn bereiken, waar wet of contract tezeer met categorische regels werken. Proportionaliteit ontstaat door het (gedeeltelijk) buiten toepassing laten van een concrete contractuele of wettelijke regel. De grens van deze benadering ligt daar waar er niet iets valt weg te strepen. Een voorbeeld is de beperking van de dekking van de verzekering. Daarmee kan een vergelijkbaar effect worden bereikt als met een vervalbeding. In zo'n geval ziet de Hoge Raad geen mogelijkheid om de verzekering uit te breiden.¹³¹ Dit is in zoverre niet problematisch, dat vervalbedingen betrekking hebben op gedrag van de verzekerde, terwijl de dekking veelal betrekking heeft op het objectief vast te stellen gebied dat onder de verzekeringspolis valt. Niettemin kan het onderscheid tussen een en ander soms lastig te maken zijn.¹³² Bovendien wordt de dekking ook beïnvloed door mededelingen omtrent het verzekerd risico, en daarvoor is wel een proportionele regeling getroffen die in feite neerkomt op uit-

130 Bijv. HR 21 september 2007, *LJN* BA9610 (paprika-kweker), rov. 4.6.

131 Expliciet HR 9 juni 2006, *NJ* 2006, 326 (Winterthur/Jansen), waarover kritisch M.J. Tolman, 'De uitleg van de dekking onder de polis', *AV&S* 2008, p. 64-73. Voor toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid moet er eerst een leemte zijn, en de Hoge Raad wenst geen toepassing te geven aan de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, juist vanwege de te respecteren bedoeling van de verzekeraar om bepaalde voorvallen niet te verzekeren.

132 Denk aan uitsluitingen die juist betrekking hebben op het gedrag van de verzekerde.

breiding van de dekking achteraf (zie par. 3.3).¹³³ Dit hangt samen met de bijzondere aard van de verzekeringsovereenkomst, waarbij vrij goed valt vast te stellen hoe de premie achteraf gezien had moeten worden bepaald ten opzichte van het werkelijke risico en waar de risico's van zulke verzuimen goed zijn te spreiden voor de verzekeraar.

In het algemeen is proportionele uitbreiding van de overeenkomst onwenselijk nu daarmee partijen met verbintenissen worden belast die zij kennelijk niet hebben gewenst. Dat zou regelrecht in strijd zijn met de partij-autonomie. 'Mag het een onsje meer zijn' kan men vragen, maar niet opleggen. Wil men ook zulke resultaten mogelijk maken, dan moet men zich wenden tot mediation: het gaat hier tezeer om de bijzondere, persoonlijke invulling van de belangen van partijen om deze zonder instemming vast te stellen.¹³⁴

3.8 Processuele aspecten van proportionaliteit

Afzonderlijke aandacht is nodig voor de wijze waarop een proportionele benadering in een gerechtelijke procedure moet worden bereikt. Hierbij zijn verschillende aspecten aan de orde: de rechterlijke vrijheid, de procedurele gang van zaken, en de motiveringseisen.

Als eerste de rechterlijke vrijheid. Aan een proportionele benadering gaat vooraf een negatieve proportionele toetsing. Bij dat laatste oordeel heeft de rechter geen discretionaire bevoegdheid: zo'n oordeel dient objectief gerechtvaardigd te zijn, ieder redelijk mens dient het daarmee eens te zijn, en in zo'n geval mag de rechter niet afzien van derogatie.¹³⁵ Vervolgens heeft de rechter evenwel positief te beslissen over de te bereiken proportionaliteit. Deze beslissing kan, gelet op de verschillende aard van de relevante factoren niet geheel objectief worden genomen, zodat de rechter hierbij een zekere discretionaire bevoegdheid heeft.¹³⁶

133 Art. 7:928-930 BW. Vergelijking ook de rechtspraak omtrent mededelingen ten aanzien van verzwaring van het risico, art. 293 (oud) WvK, waarin geen proportionele regeling volgde maar wel enige terughoudendheid werd aangenomen opdat niet in alle gevallen het algeheel verval van dekking resulteerde.

134 Alleen bij conversie kan men misschien materieel tot aanvulling van onderdelen van de rechtsverhouding komen. Verder kan de rechter natuurlijk wel trachten partijen tot een schikking te bewegen; dan gaat het evenwel nog steeds om partijinstemming en niet om een door de rechter opgelegde regeling.

135 Vgl. Hijma 1989, p. 13 en Peletier 1999, p. 114 ten aanzien van art. 6:258 BW.

136 Vgl. Peletier 1999, p. 120 over aanpassingsbevoegdheden. De discretionaire bevoegdheid bestaat overigens alleen van 'buiten'; voor de rechter behoort de beslissing niet louter willekeurig te zijn maar integendeel het resultaat van een weloverwogen afwegingsproces. Het is wellicht beter te spreken over een subjectief oordeel.

Ten tweede dient de procedurele werkwijze aan zekere eisen te voldoen. Indien er grond lijkt te zijn voor toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid mag de rechter weliswaar ingevolge art. 25 Rv de desbetreffende wettelijke bepalingen (art. 6:2 en 248 BW) wel ambtshalve toepassen, maar is vanwege het verbod op aanvulling van feitelijke grondslag (art. 24 Rv) wel vereist dat de desbetreffende partij enerzijds het rechtsgevolg van derogatie heeft ingeroepen (al dan niet met zoveel woorden) en anderzijds de relevante feiten en omstandigheden in het kader van dat rechtsgevolg heeft ingeroepen.¹³⁷ Dit levert dan ook geen verboden verrassingsbeslissing op: de wederpartij is op zichzelf immers gewaarschuwd (doordat het rechtsgevolg is ingeroepen en bijbehorende feiten in dat kader ook naar voren zijn gebracht) en kon hiertegen verweer voeren.¹³⁸ Ook is niet nodig dat een partij vooraf exact het door de rechter uiteindelijk gekozen percentage heeft genoemd.¹³⁹ Een proportionele benadering ligt immers steeds tussen 100% en 0% in, en als de partij heeft gesteld dat de sanctie naar 0% moet worden teruggebracht, ligt daarin besloten een beroep op het mindere (een vermindering van de sanctie tot een waarde tussen 100% en 0% in).¹⁴⁰ Dit levert dus geen aanvulling van de feitelijke grondslag op.

137 Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2002, algemeen: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, p. 29-37. De rechter mag hierbij niet-expliciet ingeroepen gebleken omstandigheden mede in zijn oordeel betrekken, zie HR 24 september 2004, *NJ* 2004, 672, Overigens zou het, als het vervalbeding ambtshalve 'gematigd' kan worden, uit oogpunt van consistentie wenselijk zijn dat ook het boetebeding ambtshalve gematigd zou mogen worden; dat zou evenwel een wetwijziging vereisen. Toepassen van de omweg van art. 6:248 BW zou in strijd komen met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever als neergelegd in art. 6:94 BW. Vgl. Schelhaas 2004, p. 76 die ambtshalve derogatie op grond van art. 6:248 BW mogelijk acht maar lijkt te miskennen dat deze bepaling ook tot gedeeltelijke derogatie (en dus de facto tot matiging) kan leiden.

138 Zie over de maatstaven ten aanzien van verrassingsbeslissingen T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter', *NJB* 2000, pp. 259-264.

139 Welke vraag T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Proportionele aansprakelijkheid en billijkheid', *Contracteren* 2006/2, p. 47 opwerpen. Men kan hier een vergelijking maken met de vrijheid van de rechter bij twee verschillende partijinterpretaties van een contract zelfstandig een derde, niet door partijen voorgestelde uitleg te kiezen (R.P.J.L. Tjittes, 'De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten', in: *CJHB*, Kluwer: Deventer 1994, p. 407-415).

140 HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107; HR 5 januari 1996, *NJ* 1996, 449, rov. 3.5; HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 305, rov. 5.2. Zie ook: G.J. Knijp, 'Het meerdere omvat niet altijd het mindere', *NbBW* 1996, blz. 65-68, Hartlief, *AA* 1997, p. 202, Peletier 1999, p. 77-78. Dit is slechts anders indien uitdrukkelijk een beperking is gewenst (HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 625, rov. 3.2).

Nochtans lijkt er bij de proportionele benadering reden om voorzichtig te werk te gaan. Dit hangt samen met de grotere subjectiviteit van het rechterlijk oordeel bij de bepaling van de proportie, en het feit dat de positieve proportionaliteit een tweede fase is na de beslissing dat sprake is van een disproportionaliteit (negatieve toetsing) waarbij andere omstandigheden relevant kunnen zijn. Het is daarom wenselijk dat de rechter, vanwege het beginsel van hoor en wederhoor, partijen in de gelegenheid stelt zich nader uit te laten over een eventuele proportionele benadering.¹⁴¹ De proportionele benadering bouwt immers voort op een eerder oordeel dat sprake is van disproportionaliteit. Er zijn in het kader van de tweede stap toch weer net iets andere stellingen nodig dan bij de alles-of-nietsdiscussie over de aanvaardbaarheid van een beroep op het beding: dat maakt een extra ronde zinvol.¹⁴² Dit lijdt uiteraard uitzondering voor zover partijen al wel op zo'n aanpak hebben geanticipeerd in hun processtukken.

De eenvoudigste aanpak lijkt te zijn dat de rechter aangeeft bij tussenuitspraak dat hij mogelijk aanleiding ziet tot een gedeeltelijke terzijdestelling van het litigieuze beding, en partijen verzoekt omstandigheden aan te geven die in dat verband relevant zijn, alsmede welke proportie volgens partijen aangewezen is onder de gegeven omstandigheden. Hierbij zullen in het algemeen met name de omvang en aard van de geschade belangen over en weer van belang zijn. Na zo'n schriftelijke ronde kan de rechter zich voldoende voorgelicht achten om over dit geschilpunt te oordelen.

In de literatuur is ten aanzien van verwante aanpassingsbevoegdheden aangevoerd dat het zinvol is als de wederpartij zelf een aanpassingsvoorstel doet om te voorkomen dat de rechter zelf ingrijpt.¹⁴³ Hij moet dan zelf aangeven dat hij genoegen neemt met een redelijke, beperkte toepassing van het betreffende beding. Als hij dat zonder voorbehoud doet, dus niet slechts in het kader van een schikkingsvoorstel, dient de rechter dat beperkte voorstel te beoordelen op zijn aanvaardbaarheid,

141 Aldus HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 34 ten aanzien van de bevoegdheid van art. 3:42 BW.

142 Vgl. HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460 (Regiopolitie/Hovax), rov. 5.2 ten aanzien van een debat over eigen schuld nadat de rechter over de aansprakelijkheidsvraag heeft geoordeeld.

143 In art. 3:54 en 6:230 BW is dit voor nietigheden gecodificeerd, hierover Peletier 1999. Zie verder bijv. P. Abas, 'Boekbespreking. Ontbinding van wederkerige overeenkomsten door mr. F.B. Bakels', *WPNR* 6152 (1994), p. 660-663, op p. 663 r.k. ten aanzien van gedeeltelijke ontbinding.

en niet het beding zelf.¹⁴⁴ Het is dan mogelijk dat de werkelijke toepassing wel aanvaardbaar is en de rechter dus niet ingrijpt, terwijl bij een onaanvaardbaar beroep op het beding de rechter zou zijn gekomen tot een verdergaande proportionele benadering. Een voordeel hiervan is dat de desbetreffende partij wordt aangemoedigd zich redelijk op te stellen. Ten derde kan men zich afvragen in hoeverre de rechter de toe- of afwijzing van een beroep op proportionaliteit moet motiveren.¹⁴⁵ Uit het vorenstaande volgt dat een proportionele benadering slechts in relatief uitzonderlijke gevallen aan de orde komt. Daaruit volgt dat de rechter in het algemeen geen nadere onderbouwing hoeft te geven waarom hij zodanig beroep afwijst: dat is immers de hoofdregel.¹⁴⁶ Dit kan anders zijn als er klemmende omstandigheden zijn aangevoerd (en komen vast te staan) die voor ieder redelijk mens aanleiding zouden moeten zijn om van de regel af te wijken, of als het gaat om een bepaalde categorie aan gevallen waar als regel wel aanleiding is voor een proportionele benadering.

Indien de rechter daarentegen tot een proportionele benadering overgaat, dient hij, ingevolge de algemene motiveringseisen ten aanzien van een beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, zijn beslissing te onderbouwen door de door hem relevant geachte omstandigheden aan te duiden.¹⁴⁷ Dit betreft zowel de omstandigheden die hem leiden tot het overgaan tot een proportionele benadering (omstandigheden voor doorbraak, derogatie, en omstandigheden om vervolgens tussen alles en niets in te gaan zitten), als omstandigheden die de concrete uitkomst van deze proportionele benadering rechtvaardigen. In cassatie zal zo'n oordeel vanwege de verwevenheid met waarдерingen van feitelijke aard slechts in beperkte mate getoetst kunnen worden.

3.9 Conclusie

Waarom zou er in de hier beschreven gevallen een proportionele benadering nodig zijn? Het antwoord is dat proportionaliteit onderdeel is

144 Als dit niet zonder voorbehoud wordt toegezegd, dat wil zeggen dat afstand is gedaan van het meerdere, maakt de desbetreffende partij immers toch deels of voorwaardelijk aanspraak op de volledige werking van het beding, en die werking kan en moet worden getoetst.

145 Vgl. Peletier 1999, p. 82-84 ten aanzien van art. 6:230 BW.

146 Dit is een algemene regel, zie voor een toepassing bijv. HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 675 (Van der Hoek/Stedehouder), rov. 3.10 ten aanzien van een beroep op matiging.

147 PG Bk 6, p. 69, Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2002.

van rechtvaardigheid, dat tot uitdrukking wordt gebracht in een wettelijke regeling als art. 6:94 BW, dan wel in ongeschreven recht (redelijkheid en billijkheid). Een proportionele benadering is op zijn plaats bij sancties die te grof of te verstrekkend of juist te zwak zijn. De relevante factoren zijn steeds dezelfde: het niet concreet onderhandeld zijn van een contractsbepaling, het algemene karakter van de bepaling (versus het deel uitmaken van een afgewogen sanctiesysteem), de mate van subjectieve verwijtbaarheid van de gesanctioneerde gedraging of nalatigheid, en de omvang en aard van de belangen over en weer bij overeenkomen van of het in casu afzien van toepassing van de sanctie. Daardoor wordt de prikkel van een sanctie vooral ingezet waar deze voor bedoeld is: om tot nakoming en zorgvuldigheid aan te sporen, niet om onverdiende voordelen te behalen. Formeel lijkt hiermee de bijl gezet aan de partijautonomie en contractsvrijheid, materieel wordt evenwel de contractsvrijheid juist bevestigd doordat het er om gaat wat partijen *werkelijk* zijn overeengekomen. Evenzo wordt immers een contract niet geïnterpreteerd naar louter zijn tekst, maar veeleer naar de werkelijke bedoelingen van partijen. We klampen ons teveel vast aan een formele contractsvrijheid, waardoor allerlei onrechtvaardigheden en ongelijkheden in stand worden gelaten. Ik heb daarom gepleit voor meer aanpassingen in bepaalde soorten gevallen en omstandigheden.

Toch moet erkend worden dat een te vrijzinnige rechterlijke benadering van contracten bezwaren heeft. Als alles vloeiend wordt, als al het vaste verdampt, verliezen we de zekerheden die wij in de rechtspraktijk nodig hebben. Lippendienst aan de terughoudendheid bij de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid baat ons niet. Hoewel proportionaliteit vooral ten aanzien van nevenverplichtingen is verdedigd, niet voor kernverplichtingen, kan een vervaging van details even onwenselijk zijn als een gehele terzijdestelling van een contract. Het is immers juist in de details dat een contract veelal vorm krijgt. Proportionaliteit moet niet leiden tot het uitwissen van iedere individualiteit: dan zouden wij terugvallen op een dwingendrechtelijke actie-stelsel waarin bijzondere overeenkomsten bindend geregeld worden zonder mogelijkheid van afwijking. Met de hier beschreven factoren wordt een proportionele benadering alleen toegepast in de gevallen waar een onverkorte toepassing van een sanctie duidelijk krenkend is voor het rechtsgevoel. Het individuele gezicht van het contract wordt behouden, slechts de aberraties mogen worden weggenomen. De rechter treedt zagezegd op als de plastisch chirurg van het contract.

Hoofdstuk 4

De proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht

4.1 Introductie

[IG] Een fraai beeld om je heldere betoog over het contractenrecht mee te eindigen. Ik ben, vrees ik, niet zo beeldend, en over chirurgen spreek ik normaliter alleen in combinatie met hun beroepsaansprakelijkheid. Het ‘bruggetje’ is dan uiteraard dat juist die vorm van aansprakelijkheid heden ten dage al proportioneel benaderd wordt en kan worden. En zodra het thema ‘proportionaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’ ter sprake komt – ‘toerekeningsproportionaliteit’ in jouw woorden, Eric – dan gaat het sinds 31 maart 2006 binnen de kortste keren over het arrest van de Hoge Raad inzake *Nefalit/Karamus*¹ van die dag. Dat kan hier niet anders zijn.

In dat arrest wordt een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid op basis van art. 7:658 BW. Het betrof een werknemer, Karamus, uit de asbestindustrie die getroffen werd door longkanker. Het causaliteitsprobleem dat ontstond, lag hierin dat de longkanker veroorzaakt kon zijn door asbestblootstelling bij de werkzaamheden, maar tevens door het roken van de werknemer.² De Hoge Raad overwoog in dat kader onder andere:

- 1 HR 31-3-2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*). Zie daarover o.a. Kortmann, *NJB* 2006, p. 1404 e.v., die naar aanleiding van deze zaak liever over een ‘gedeeltelijke aansprakelijkheid’ spreekt (vgl. ook Keirse, *TVP* 2006, p. 71). De Hoge Raad zelf spreekt echter over proportionele aansprakelijkheid, zie o.a. Hoge Raad der Nederlanden, *Jaarverslag 2005-2006*, Den Haag 2007, p. 72. Ik sluit mij daarbij aan. Vergelijkbare uitspraken zijn o.a. gewezen in Ktg. Eindhoven 23-8-2001, *JAR* 2003, 286 (Van Dijk/Philips Components); Hof Amsterdam 18-3-2004, *JAR* 2004, 96 (Winkelaar/Hertel); Hof Den Haag 1-10-2004, *VR* 2005, 109 (Rietveld/Wilton Fijenoord).
- 2 Zie daarover vanuit arbeidsgeneeskundige hoek bijv. G. van der Laan, Mesotheliom rond Goor en ver daarbuiten: het asbestdrama ontvouwt zich verder, *Ned Tijdschr Geneeskd.* 2007;151, p. 2422 e.v.

‘Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever (...), als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.’

Tot die regel komt de Hoge Raad, omdat het:

‘uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar [is] de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever (...), is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen (...).’

De combinatie van proportionaliteit en aansprakelijkheid is definitief geaccepteerd na het *Nefalit/Karamus*-arrest. Omdat dat nu eenmaal een gegeven is, zal hierna dit arrest als een gegeven, als het vertrekpunt, gehanteerd worden, en zal getracht worden daarop verder voort te bouwen.³ De bescheiden vraagstelling die hierna centraal staat, is dus niet in de eerste plaats hoe we dat arrest als zodanig moeten duiden en uitlegen. Hierna gaat het veeleer om een inventarisatie van de mogelijke gevolgen, de reikwijdte, ervan. De kernvraag is dus: hoe vergaat het ons

3 Dat impliceert eveneens dat ik geen poging zal kunnen doen om elke auteur die over proportionele aansprakelijkheid geschreven heeft, en elke rechterlijke uitspraak, recht te doen door hem, haar of deze op alle juiste plaatsen te noemen. Het navolgende is wat dat aan gaat veeleer, noodgedwongen door de overstelpende hoeveelheid literatuur en (lagere) rechtspraak die er is, essayistisch van aard. Ook zal ik bijv. de vraag waar de door de Hoge Raad aanwezig geachte boven- en ondergrenzen liggen, niet bespreken, zie bijv. Akkermans 1997, p. 244 e.v., en Klaassen, *NJB* 1997, p. 1353.

aansprakelijkheidsrecht verder na *Nefalit/Karamus*? Anders gesteld: hoe ver reikt dit arrest, en de rechtsregel die daarin door de Hoge Raad is aanvaard? Welke deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht, anders dan dat van de arbeidsgelateerde beroepsziekten, worden erdoor bestreken? Gelden de daarin besloten gelegen regels voor het gehele aansprakelijkheidsrecht? En waarom, op basis van welke argumenten, is dat dan wel of toch juist niet het geval?

Omdat het gebruik van proportionaliteit binnen het aansprakelijkheidsrecht in de kern draait om de oplossing van een causaliteitsprobleem (zie par. 4.3), rijst gerelateerd aan het voorgaande een tweede kernvraag, namelijk hoe die proportionaliteit van *Nefalit/Karamus* zich verhoudt tot andere mogelijke oplossingen voor causaliteitsproblemen, zoals daar bijvoorbeeld is (of moet ik zeggen: was?) de ‘omkeringsregel’? Beide kernvragen zullen, omdat ze in elkaar overvloeien, gedeeltematig tegelijk besproken worden, maar ook zelfstandig behandeld worden.

4.2 Plan van aanpak van wat wel en niet besproken zal worden

Het antwoord op de eerste vraag (de ‘reikwijdte’-vraag) is uiteraard afhankelijk van de reden of redenen voor de keuze van de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* voor juist die oplossing. Waarom is de Hoge Raad hier omgegaan, althans waarom is men deze richting opgegaan? Wat was de rechtvaardiging ervoor? Hierna zal – nadat de kern van het probleem is geduid (par. 4.3) – eerst geïnventariseerd en afgewogen worden welke argumenten voor en tegen een proportionele oplossing bepalend kunnen zijn geweest (par. 4.4 t/m 4.6). Daarbij zal ik vooral bezien wat er dienaangaande zoal is ingebracht in de literatuur in reactie op het arrest. Die argumenten zullen overigens ook bepalend zijn voor het antwoord op de tweede vraag (de ‘alternatieven’-vraag), want de keuze voor het ene of andere alternatief om een probleem op te lossen, als er meerdere alternatieven in aanmerking zouden komen, zal van dezelfde factoren afhangen. Daarbij zal het gewicht van de factoren per alternatief doorslaggevend zijn.

Na deze inventarisatie zal dan iets concreter bezien worden op welke andere deelterreinen de causaliteitsvragen van dien aard zijn dat een proportionele oplossing nuttig en/of gewenst zou kunnen zijn (par. 4.7). Tot slot komt dan nog apart de verhouding tot alternatieve oplossingen voor causaliteitsonzekerheid aan bod in paragraaf 4.8. Ik rond af in paragraaf 4.9, alwaar ik nog één noot zal kraken, die van de rechterlijke motivering.

Wat ik verder *niet* bespreken zal, zijn de zogenaamde proportionaliteitsleerstukken als zodanig, de tot op heden bedachte juridische constructies om tot proportionele uitkomsten te geraken.⁴ Ik noem hier slechts de toerekening naar kansbepaling⁵, het gebruik van de artt. 6:99 en 101 (of, ten minste, de gedachte achter die artikelen), van art. 6:105 en de daarin genoemde goede en kwade kansen, en de theorie van het verlies van een kans.⁶ De reden waarom ik deze constructies niet verder bespreken zal, is eenvoudig deze dat (a) dat eerder al zeer uitvoerig en eloquent gebeurd is, en (b) dat het hier in wezen steeds om hetzelfde gaat, namelijk een vorm, een instrument vinden waarin een proportionele oplossing in te passen is, zonder dat het uiteindelijk veel uitmaakt welke vorm dan gekozen wordt. Of, zoals Kortmann ons voorhoudt, het BW voorziet niet in een rechtsfiguur ‘proportionele aansprakelijkheid’, zodat ieder wetsartikel waarbij uiteindelijk aansluiting wordt gezocht, onvoldoende basis zal bieden.⁷ Als dat zo is, zal ongeacht de keuze voor een bepaald instrument, het bestaande juridische arsenaal toch opgerekt en ruimer uitgelegd moeten worden. Het maakt dan niet veel meer uit welk instrument vervolgens benut wordt.

De theorie van het verlies van een kans lijkt overigens te zijn ontwikkeld voor gevallen van een eenzijdige causale inbreng, en dus niet toepasbaar in gevallen waarin er twee oorzaken, zoals asbestblootstelling en roken van tabak, een rol spelen, maar dat is bij nadere beschouwing niet het geval. Het gaat daarbij immers om gevallen van én een medische fout (parallel aan de asbestblootstelling) van de gedaagde én een oorzaak die is te herleiden tot de eiser of diens fysieke toestand (de ziekte van de patiënt, parallel aan iemands rookgedrag welke een ziekte teweeg kan brengen). Die laatstgenoemde oorzaak komt voor rekening en risico van de patiënt zelf, en dus is ook in zo

4 Een overzicht is te vinden bij Punt 2008 en bij Akkermans 1997, vooral p. 431 e.v. Het navolgende is geen systematisch rechtsvergelijkend betoog. Wel zal ik her en der buitenlandse bronnen benutten en in par. 4.5 summier enige rechtsvergelijkende gegevens verstrekken.

5 Vooral N. Frenk, Toerekening naar kansbepaling, *NJB* 1995, p. 482 e.v.

6 Voor constructies naar Duits recht (waar de ‘Proportionalhaftung’ niet geaccepteerd is maar wel ter discussie staat), zie Taupitz, FS Canaris 2007, m.n. p. 1234-1236. Het niet-beschikbaar zijn van een bestaand en bruikbaar juridisch instrument om proportionaliteit in te passen, wordt daar als zelfstandig tegenargument besproken. Voor het Nederlandse recht doe ik dat niet. Ik hoop en ga ervan uit dat we oplossingen die gewenst zijn op basis van inhoudelijke argumenten, niet zullen afwijzen bij gebrek aan een pasklare juridische constructie.

7 Kortmann, *NJB* 2006, p. 1408.

een medisch geval in de kern de situatie dezelfde als die in *Nefalit/Karamus* (vgl. par. 4.7.1). Kortom, alle mogelijke constructies kunnen als het ware over één kam geschoren worden, de keuze voor een bepaalde constructie betreft steeds de vorm die men kiest voor een eerder gekozen oplossing; de kern van de zaak ligt dan ook eerder, namelijk bij die keuze voor een proportionele oplossing als zodanig.⁸

Dit zou alleen anders moeten zijn indien de rechtsgevolgen verbonden aan de diverse constructies wezenlijk anders zouden liggen, maar dat is niet het geval. De kern van de rechtsgevolgen zoals verbonden aan elk van die constructies is dat er een proportionele uitkomst volgt, een uitkomst gebaseerd op de veroorzakingswaarschijnlijkheid, en dus in elk geval niet een ‘alles of niets’-uitkomst. Wat dat aangaat, is er dus geen verschil. Voor zover overigens de rechtsgevolgen nog uiteen zouden lopen, raakt dat die kern, en dus het wezen van de oplossing, niet, als ik het goed zie. En dus is het uiteindelijk niet de grondslag, maar vooral de wenselijkheid van proportionele aansprakelijkheid als zodanig welke van belang is.⁹

4.3 De kern van het probleem en het begin van de oplossing

Over dat wezen van een proportionele oplossing in het aansprakelijkheidsrecht dient nog kort een toelichting te volgen, omdat dat de verdere gang van zaken en de te maken keuzes sterk zal bepalen. Het betreft het navolgende.

Proportionele aansprakelijkheid is aansprakelijkheid in evenredigheid met de hoegrootheid van de kans dat de onrechtmatige daad of de toerekenbare tekortkoming de schade heeft veroorzaakt, aldus Nieuwenhuis.¹⁰ Het *probleem* dat we binnen het aansprakelijkheidsrecht tegenkomen en dat we vervolgens proberen op te lossen via een proportionele benadering, is dat, zo blijkt al uit die omschrijving, van *causaliteitsonzekerheid*: er is sprake van een bewijsprobleem waar het om het

8 Wellicht is het wel handig om aan te sluiten bij een constructie die men elders kent en gebruikt, omdat dat dan het voordeel biedt van het kunnen profiteren van de kennis en ervaring van elders. De theorie van het verlies van een kans is wat dat betreft een goede kandidaat.

9 Kortmann, *NJB* 2006, p. 1408.

10 Nieuwenhuis, *RMThemis* 2006, p. 177.

feitelijke causale verband gaat.¹¹ Onduidelijk is en blijft – want het bewijs dienaangaande is niet te leveren – of er tussen de gewraakte handeling en de schade een deugdelijke, voldoende sterke causale relatie is te leggen.¹² De maatstaf van de noodzakelijk geachte mate van bewijs¹³ wordt voor de ‘condicio sine qua non’ (verder ook: CSQN) test niet gehaald. Wel is echter al duidelijk dat er onzorgvuldig is gehandeld¹⁴ en dat er enig (ook juridisch) relevant verband bestaat, en het is dan ook invoelbaar, althans voor velen, dat daar, ook juridisch, gevolg aan gegeven wordt.

Het geval zoals beoordeeld in *Nefalit/Karamus* is een goed voorbeeld hiervan: er was een normschending, er is een gerede kans dat die normschending (asbestblootstelling) de oorzaak van de schade was, maar we hebben te weinig zekerheid (lees: een te lage mate van waarschijnlijkheid) om dat te kunnen beslissen (om aansprakelijkheid te kunnen vestigen) op basis van de gebruikelijke regels van bewijslast en bewijswaardering (die een hogere waarschijnlijkheid vereisen). We kunnen in

- 11 Vgl. reeds Akkermans 1997, p. 107-108; Giesen 1999, p. 72 en p. 122-130; Van Dijk, *A&V* 1999, p. 37; Peepkorn 2000, p. 59, en recenter Verheij 2005, p. 64; Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 99; Klaassen, *NJB* 2007, p. 1351; Taupitz, FS Canaris 2007, p. 1232 en p. 1234-1235. Vgl. ook Faure 2003, p. 35 en 39; Kortmann, *NJB* 2006, p. 1404-1405, die in termen van bewijsnood spreekt; Schiemann, FS Canaris 2007, p. 1167, verwijzend naar Wagner 2006, p. 58, 60 en 61; Green 2005, p. 354, en A-G Spier in zijn conclusie voor HR 7-12-2007, *NJ* 2007, 644 (MCL), nr. 5.11.
- 12 Het is ook mogelijk om dit als een probleem van ‘schade’ te zien, maar die perspectieven zijn volledig inwisselbaar, zie Akkermans 1997, p. 206-207. Ik ga daar verder aan voorbij.
- 13 Op de eiser rust de last om, met een redelijke mate van zekerheid, de causaliteit te bewijzen, vgl. slechts Klaassen, *NJB* 2007, p. 1349.
- 14 Er is in de literatuur eerder op gewezen dat het van invloed is dat bij onzekerheid over causaliteit wel al duidelijk is dat de aangesprokene enig verwijt kan worden gemaakt (er is onzorgvuldig gehandeld), zie bijvoorbeeld Akkermans 1997, p. 301 en 307; Giesen 1997, p. 131, en daarbij aansluitend J.M. Barendrecht, Inleiding, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Tussen ‘Alles’ en ‘Niets’*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1997, p. 11; Hartlief 2000, p. 2; Boone, R.W. 2004, p. 95; Porat en Stein, *OJLS* 2003, p. 700. Vgl. ook nog Hof Den Haag 20-3-2008, *JA* 2008, 71 (Staat/X.). In deze richting ook nog Verheij 2005, p. 64. Ook Green 2005, p. 353, p. 360 en p. 387, wijst erop dat proportionele aansprakelijkheid aantrekkelijk is als er in elk geval sprake is ‘tortious conduct’, maar hij waarschuwt dat dergelijk gedrag niet altijd aanwezig is (er is niet altijd ‘co-dependence of breach and causation’), zie p. 388. Overigens – de parallel is te evident om er niet op te wijzen – dezelfde achtergrond (de onrechtmatigheid is gegeven) is ook wezenlijk bij toepassing van art. 6:99 BW, vgl. Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 441a.

zo een geval ook van ‘vestigingsproportionaliteit’ spreken, om nog maar eens een nieuwe term te lanceren.¹⁵

Ter toelichting het volgende, gerelateerd aan de theorie van het verlies van een kans. Deze theorie, welke er ook op gericht is het bewijsprobleem ten aanzien van het causaal verband op te vangen,¹⁶ komt hierop neer: indien het causale verband tussen de fout en de schade niet (direct) aanwijsbaar is, maar wel geconstateerd kan worden dat door de fout een bepaalde kans op een gunstiger resultaat verloren is gegaan, is het mogelijk om op die basis tot de beslissing te komen dat een deel van de schade vergoed dient te worden, namelijk dat deel van de schade dat correspondeert met de grootte van de verloren gegane kans. De verloren kans wordt dan opgevat als de schade. Tussen die schade en de fout bestaat wel causaal verband. Wellicht kan niet gezegd worden dat door de fout de patiënt overleden is, bijvoorbeeld omdat de overlevingskansen niet hoog waren, maar dan kan wel gezegd worden dat de overlevingskansen die er ten minste nog was, verloren is gegaan als gevolg van de fout. Indien de arts een onjuiste diagnose stelt, maar niet zeker is of de verslechterde toestand daaraan te wijten is, kan wel gezegd worden dat een bepaalde kans op genezing teniet is gegaan.¹⁷ Ook dat is ‘vestigingsproportionaliteit’.¹⁸

Ik wijs er nog op dat ik in het navolgende niet specifiek inga op wat ik nu maar noem ‘art. 6:99 BW’-gevallen, gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid schuilt in de mogelijke aanwezigheid van *meerdere mogelijke daders* terwijl onduidelijk blijft *wie* de daadwerkelijke veroorzaker is geweest (meerdere producenten brengen een defect medicijn op de markt; onduidelijk is welke producent het medicijn verstrekke aan de gelaedeerde). Hier is wel duidelijk dat de gewraakte handeling (het in het verkeer brengen van het product) causaal was voor de ingetreden schade, maar onduidelijk is wie van

15 Er wordt in deze gevallen ook wel gesproken over ‘plaintiff indeterminacy’ of ‘onzekerheid over de slachtoffers’, danwel ‘onzekerheid over de causaliteit’ waarna die vorm, zie hierna, gecontrasteerd wordt met ‘defendant indeterminacy’, ‘onzekerheid over het daderschap’, zie o.a. Van 1995, p. 3-4; Akkermans 1997, p. 5, en Faure 2003, p. 36-39. Zie nader par. 4.7.1.

16 O.a. Giesen 1999, p. 72; Boone, *R.W.* 2004, p. 93; Klaassen, *NJB* 2007, p. 1351.

17 Zie nader Giesen 1999, p. 122.

18 Dat er, aldus Klaassen, *NJB* 2007, p. 1351, eigenlijk geen sprake is van proportionele aansprakelijkheid bij het gebruik van deze theorie, ligt aan het gekozen perspectief. Bezien vanuit de niet-vergoedbare ‘definitieve’ schade is dat namelijk wel het geval. Omdat daar het oorspronkelijke probleem ligt dat de kanstheorie oplost, kies ik dat perspectief en schaar ik de kanstheorie onder de vormen van proportionele aansprakelijkheid.

de gedaagden daadwerkelijk de veroorzaker was (onzekerheid over het ouderschap). Die situatie is dus een andere dan die welke in *Nefalit/Karamus*-gevallen speelt. Proportionaliteit komt in deze ‘art. 6:99 BW’-gevallen overigens wel ook in beeld als eenmaal komt vast te staan (veelal door ontbrekend tegendeelbewijs) dat er meerdere veroorzakers zijn. Dan kan immers vervolgens voor een proportionele onderlinge verdeling tussen de verschillende veroorzakers gekozen worden (bijvoorbeeld via een hoofdelijke aansprakelijkheid tegenover het slachtoffer en onderling regres naar proportionele delen, of via marktaandeelaansprakelijkheid).¹⁹ Dit is dan een geval van wat ik noem ‘verdelingsproportionaliteit’. Uiteraard is dat ook een toonbeeld van de proportionele benadering, maar deze is, als gezegd, van een andere orde, en in het verleden al uitvoerig beschreven in verband met de Des-problematiek.²⁰ Ik concentreer me dus verder niet op deze gevallen – enige inperking was nodig – hoewel ik erken dat ook daar de proportionele benadering van (groot) belang zal zijn.

Het is deze kern die maakt dat proportionaliteit in het contractenrecht of in het aansprakelijkheidsrecht, toch echt verschillende dingen zijn, hoewel er ongetwijfeld dwarsverbanden te schetsen zijn (zie par. 5). Kort gezegd: in het contractenrecht (buiten de gevallen van schadevergoeding na wanprestatie uiteraard) is er geen CSQN-toets die we willen of proberen te omzeilen.

Als deze probleemanalyse juist is, dan is meteen duidelijk dat de oplossing op hetzelfde vlak gevonden moet (of in elk geval: kan) worden. Dat betekent dat alle mogelijk denkbare en al bestaande manieren om met *bewijsproblemen* om te gaan, van stal te halen en te benutten zijn. Proportionele aansprakelijkheid is er daar slechts één van als het bewijsprobleem in kwestie de causaliteitsvraag betreft, zoals dat hier het geval is.²¹ In paragraaf 4.8 zal ik die oplossing afzetten tegen enkele andere mogelijkheden. Voordat we daaraan toekomen, zullen we eerst echter moeten bezien wat de argumenten zijn om proportionaliteit te hantieren.

19 Zie nader Green 2005, p. 358.

20 Vooral gerelateerd aan HR 9-10-1992, *NJ* 1994, 535 nt. CJHB (Des), waarover o.a. Verheij 2005, p. 60-61, en Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 441-441b.

21 Zie Giesen 2001, p. 472 e.v. (m.n. p. 474).

4.4 De belangrijkste argumenten voor proportionaliteit (en waar nodig de verwerping ervan)

In mijn eigen woorden samenvattend en recapitulerend wat er zoal wordt aangevoerd om de proportionele oplossing van het causaliteitsprobleem te (gaan of blijven) hanteren, blijkt dat veel van de argumentatie erop neerkomt dat het tot op heden gehanteerde model, te weten de ‘alles of niets’-oplossing, als *onrechtvaardig* wordt gezien.²² Illustratief is de uitspraak van de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus*. Ik citeer nogmaals uit dat arrest:

‘Uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid [is] het onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen.’

Daarmee wordt dus gerefereerd aan het feit dat een proportionele oplossing de *onbillijkheid van ‘alles of niets’-oplossingen* vermijdt.²³ Omdat in die laatste benadering een *omslagpunt* tussen wel of niet aansprakelijk zijn, gehanteerd wordt, kan 1% meer of minder waarschijnlijk het verschil uitmaken tussen volledige schadevergoeding of geen schadevergoeding.²⁴

Men kan het ook zo zeggen dat het aloude ‘alles of niets’ tot ofwel *overcompensatie ofwel ondercompensatie* leiden zal.²⁵ Het slachtoffer krijgt te veel of juist te weinig, afhankelijk van de door het beslissende orgaan te maken keuze voor of tegen aansprakelijkheid, gegeven de onzekerheden die zich voordoen. Daarom zijn de meeste rechtseconomen ook voorstander van proportionele aansprakelijkheid. Werken met een drempel (bij een waarschijnlijkheid onder de drempelwaarde is er geen aansprakelijkheid, erboven wel) leidt tot onjuiste aansprakelijkheden, terwijl proportionele aansprakelijkheid de juiste financiële prikkels uitdeelt.²⁶ Ik kom daar zo nog op terug.

22 Zo bijv. Faure 2003, p. 43, en de navolgende voetnoten.

23 Zie bijv. Klaassen, *NJB* 2007, p. 1347 (‘onbevredigend’); Hartlief 2000, p. 15-16; Faure 2003, p. 43. ‘Alles of niets’ voert tot een patstelling, aldus Akkermans 1997, p. 85.

24 Akkermans 1997, o.a. p. 92 en p. 452; Kortmann, *NJB* 2006, p. 1405.

25 Zo bijv. Kortmann, *NJB* 2006, p. 1405 en Hartlief 2000, p. 13. Zie ook de noot hierna.

26 Visscher 2007, p. 101, en zeer uitvoerig Faure 2003, p. 33-77. Zie ook de tekst hierna.

Dit is echter slechts een deel van het verhaal. Want proportionaliteit en de daarbij behorende aansluiting bij statistische gegevens leidt er (ook) toe dat sommige slachtoffers te veel krijgen en anderen te weinig (name-lijk zij die daadwerkelijk door de onrechtmatige gedraging en niet door bijvoorbeeld een omgevingsfactor ziek werden). Op algemeen maatschappelijk macroniveau is dat echter geen probleem;²⁷ dat te veel en/of te weinig kan men als het ware wegstrepen tegen elkaar, de gedragsprikkelers zijn in orde. Maar voor het individu is dat wel een probleem. De in het aansprakelijkheidsrecht vaak leidende compensatiegedachte wordt hier met voeten getreden.²⁸ De troost schuilt echter hierin dat niet vast te stellen is – dat was nu juist het probleem – wie dan dat slachtoffer is dat of te veel of te weinig heeft gekregen.

Het besproken nadeel van over- of ondercompensatie in een ‘alles of niets’-systeem wordt nog versterkt doordat de *grens* tussen het een of het ander zo flinterdun is, en dus (het omslagpunt) *willekeurig* is. Eén enkel procentpunt verschil doet in het systeem van ‘alles of niets’ de balans doorslaan, maakt het verschil tussen wel of geen vergoeding.²⁹ Het probleem met dit argument is overigens dat diezelfde ‘willekeur’ bij elke bewijsvraag in het civiele recht een vervelende rol spelen kan en vaak ook zal, want de scheidslijn tussen iets net wel of net niet bewezen krijgen, is altijd flinterdun (ook als die lijn niet in een percentage is uit te drukken³⁰). En dus is er altijd een omslagpunt zodat zich altijd het geval kan voordoen dat iemand net niet aan die grenswaarde kan voldoen. Daardoor net niet kunnen bewijzen dat er bijvoorbeeld sprake was van dwaling, staat gelijk aan helemaal niet de onderliggende overeenkomst mogen vernietigen. Net niet kunnen bewijzen dat er een zekere behoefte bestaat, staat gelijk aan geen alimentatie ontvangen. Alleen, soms hebben we statistieken paraat, bijvoorbeeld in het aansprakelijkheidsrecht, die dat omslagpunt glashelder maken en de fragi-

27 Over de mogelijkheden van een meer collectivistische benadering vooral Van 1995.

28 Visscher 2007, p. 101-102. Hij wijst er verder nog op dat de tegenstelling tussen ‘alles of niets’ en proportionaliteit vaak minder strikt is dan gedacht, omdat niet alle mogelijke slachtoffers identiek zijn zodat de veroorzakingswaarschijnlijkheid niet steeds per persoon dezelfde is. Ook wijst hij er nog op dat op basis van algemene statistische verbanden geen aansprakelijkheid gevestigd mag worden.

29 Akkermans 1997, o.a. p. 186 en 189; Van Dijk, *A&V* 1999, p. 37; Kortmann, *NJB* 2006, p. 1405.

30 Het verschil tussen de bewijswaarderingsmaatstaven ‘aannemelijk’, ‘meer waarschijnlijk dan niet’ en ‘een redelijke mate van zekerheid’ is ook niet scherp te maken, zelfs niet als je die normen zou vertalen in percentages (vgl. daarover Giesen 2001, p. 48 e.v.)

liteit van wat we bewijsrechtelijk altijd doen, beter inzichtelijk maken. Maar of dat een wezenlijk andere benadering rechtvaardigen kan?

Wat daar verder ook van zij, van belang is niet alleen dat een systeem van ‘alles of niets’ de schijn van onrechtvaardigheid tegen heeft, maar ook dat een proportionele oplossing daarentegen juist als *billijk* wordt ervaren. De Hoge Raad en diverse auteurs wezen eerder en wijzen daar nog steeds op.³¹ Is dat terecht? Aansprakelijkheid op basis van een ‘pro rata’ benadering is het meest redelijk, aldus Spier (maar dan specifiek voor gevallen van sluipende schade). Althans, zo preciseert hij, die methode is het minst onredelijk. Waarom? Omdat die benadering rekening houdt met *alle in aanmerking komende omstandigheden*, ook die aan de zijde van de gedaagde, zodat deze methode dus niet slechts gericht is op het slachtoffer.³² Dat dat slachtoffer daarmee slechts deels een vergoeding ontvangt, is een factor bij de bepaling van de redelijkheid, maar meer ook niet.

Vervolgens wordt nog aangevoerd dat de proportionele benadering beoogt om *recht te doen aan de onzekerheid* waarmee de rechter wordt geconfronteerd. Men streeft daarom naar een aansprakelijkheid die in verhouding staat tot de waarschijnlijkheid dat de gedaagde de schade ook veroorzaakt heeft.³³ Daar tegenover staat echter dat men even goed zou kunnen zeggen dat recht doen aan zekerheid, conform het model zoals dat jaren heersend was, nu juist betekent dat de vordering moet worden afgewezen. Niet voldoen aan het bewijsrisico dat de eisende partij draagt, staat in dat model immers gelijk aan het niet ontvangen van een vergoeding. Als de eiser de causale onzekerheid niet kan wegnemen, dan is er geen aansprakelijkheid van de gedaagde. Dit argument komt mijns inziens dus weinig overtuigend over. Het behelst eerder een conclusie die eerst te trekken valt als al om andere redenen voor proportionele aansprakelijkheid is gekozen.

Weliswaar betekent het voorgaande dat de ‘alles of niets’-benadering het *slachtoffer in bewijsnood* met lege handen achter laat,³⁴ maar het is de vraag of dat enkele feit voldoende is om een nieuwe proportionele benadering te rechtvaardigen. Immers, de enkele bewijsnood is onvol-

31 Zie bijv. Akkermans 1997, o.a. op p. 3 en 451; Faure 2003; C.C.A.M. Jacobs-de Klerk, Deelaansprakelijkheid voor longkanker, *SMA* 2006-4, p. 161; Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 99.

32 Spier 1990, p. 8-9, en ook p. 32.

33 Kortmann, *NJB* 2006, p. 1406.

34 Kortmann, *NJB* 2006, p. 1405.

doende om een omkering van het bewijsrisico te rechtvaardigen,³⁵ zodat het ook niet zonder meer duidelijk is dat zulks wel een proportionele oplossing (voor hetzelfde probleem van bewijsnood) in voldoende mate zou kunnen ondersteunen.

Vanuit het oogpunt van compensatie en preventie lijkt de kanstheorie goed verdedigbaar, zo stelde Akkermans reeds in 1997.³⁶ Bezien we eerst de *compensatiegedachte*, dan stel ik nogmaals vast dat het ‘alles of niets’-systeem over- of ondercompenseert. Dat ‘verwijt’ impliceert meteen dat proportionaliteit dat niet zou doen en (steeds) de juiste compensatie verstrekt. Op macroniveau zal dat ook het geval zijn, zo stelde ik al.³⁷ Als er 40% kans is dat een bepaalde gedraging tot de schade geleid heeft, en ieder slachtoffer krijgt 40% vergoed, dan betaalt de dader op macroniveau 40% van de totale schade, geheel conform zijn verantwoordelijkheid (de kans dat hij de schade met zich bracht).

Ook op microniveau strookt een proportionele vergoeding op zichzelf met de kans dat de gedaagde daadwerkelijk verantwoordelijk is, maar het grote probleem is hier dat een abstracte algemene kans (van bijvoorbeeld 40%) niet één op één door te vertalen is naar het niveau van het individuele slachtoffer dat de vordering instelt.³⁸ Of dit slachtoffer, gesteld dat de kans op schade door onrechtmatig handelen 40% is, een slachtoffer is dat in die categorie valt of juist niet, is niet te zeggen. Dat is nu juist de onzekerheid die ons teistert.³⁹ Daarmee is echter tevens gegeven dat ook een proportionele oplossing op individueel niveau tot ofwel *te weinig vergoeding* leidt (als het slachtoffer inderdaad binnen de 40%-categorie viel, want dan is de schade te wijten aan het onrechtmatige gedrag en zou 100% vergoeding rechtvaardig zijn) ofwel tot *te veel vergoeding* (als het slachtoffer buiten die categorie viel). Eigenlijk is alleen zeker dat het specifieke, individuele slachtoffer óf 0% óf 100% schadevergoeding zou moeten krijgen, zodat vast staat dat een 40%-vergoeding in elk geval niet juist is, uitgaande van de (helaas niet-kenbare) werkelijkheid der dingen. De causaliteitsonzekerheid wordt dus opgelost door via een constructie tot een (proportionele) uitkomst te

35 Zie bijv. Giesen 2001, p. 418 met verwijzingen.

36 Akkermans 1997, p. 213 e.v. Zo ook Hartlief 2000, p. 15-16.

37 Vgl. uitvoeriger Kortmann, *NJB* 2006, p. 1405, en Akkermans 1997, p. 302; Hartlief 2000, p. 13.

38 Dat speelt altijd een rol bij het gebruik van statistische gegevens in de bewijsfeer; ‘general causation’ staat niet gelijk aan ‘specific causation’, zie o.a. Verheij 2005, p. 64; Giesen 2001, p. 346-351; Van 1995, p. 147 e.v. en p. 242 e.v.; Akkermans 1997, p. 187 e.v., en Green 2005, vooral p. 371 e.v.

39 Zo ook Nieuwenhuis 2003, p. 62.

geraken welke *zeker niet* heeft, en ook *niet kan hebben*, plaatsgevonden.⁴⁰ Wonderlijk is dat wel, maar hetzelfde gebeurt eigenlijk ook bij het gebruik van de bewijslastverdeling als beslismodel.⁴¹ Ook dan volgt immers een uitspraak die niet gebaseerd is op de (niet te achterhalen) werkelijkheid.

Aan de andere kant kan proportionele aansprakelijkheid ook tegengaan – bijvoorbeeld bij sluipende schade die op enig moment een drempel overschrijdt – dat er een volledige schadevergoeding betaald moet worden, terwijl er slechts gedurende een beperkte periode onrechtmatig gehandeld werd. Dat zou onrechtvaardig zijn ten opzichte van de gedaagde partij die zo handelde.⁴² Dit is een tegenhanger van het argument tegen proportionele aansprakelijkheid dat stelt dat die aansprakelijkheid leidt tot een vorm van aansprakelijkheid waar die anders niet zou bestaan. Hier neemt immers het proportionaliteitsdenken een deel van de schadevergoeding weg (alleen vergoeding voor de periode waarin de onrechtmatigheid aanwezig was of voor de specifieke bijdrage van de onrechtmatigheid) waar die anders wel betaald zou moeten worden. De rest van de vergoeding moet men dan maar bij een ander halen. Pro rata-rendeneren maakt het dus mogelijk dat voorkomen wordt dat bepaalde eerdere of latere (mede)veroorzakers buiten schot (kunnen) blijven.⁴³

Ik memoreerde net al dat ook vanuit oogpunt van *preventie* de proportionele aansprakelijkheid goede papieren schijnt te hebben.⁴⁴ Dat heeft hiermee van doen dat – in mijn onvoldoende rechtseconomisch onderlegde bewoordingen – die vorm van aansprakelijkheid het (juiste) signaal, een goede prikkel afgeeft aan mogelijke daders, te weten dat er een sanctie volgt als een zorgplicht wordt geschonden, ook als de veroorzakingswaarschijnlijkheid in een voorkomend geval eventueel vrij laag is (althans onder de reguliere drempel van het ‘alles of niets’-systeem ligt). Ook bij een kleine kans dient een zorgplichtschender te betalen (voor dat deel). De prikkel die zo uitgedeeld wordt, is bovendien niet te stevig of te zwaar – waardoor bepaalde activiteiten ten onrechte ontmoedigd zouden worden en de mogelijkheden tot verzekering in gevaar

40 Vgl. reeds Giesen 1999, p. 123.

41 De vordering geheel afwijzen of toewijzen op basis van het bewijsrisico, leidt evenzeer tot zeer vele ‘Fehlurteilen’ (vergoeding voor wie er geen recht op heeft, of geen vergoeding voor wie dat wel heeft), vgl. Wagner 2006, p. 60.

42 Spier 1990, p. 9.

43 Spier 1990, p. 31-32.

44 Ik ga op deze plaats voorbij aan de discussie of het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk wel preventief werkt, vgl. in dit verband bijv. Green 2005, p. 395-396, met verdere verwijzingen.

zouden komen⁴⁵ – omdat de aansprakelijke persoon slechts betaalt voor een deel van de schade, namelijk die schade die deze persoon veroorzaakt kan hebben (de kansverhoging die de persoon teweeg bracht, en niet meer). De te betalen schadevergoeding en de verwachte schade lopen niet uiteen. Door die prikkelwerking wordt dus bereikt dat er (ook vooraf al) een juist niveau van zorg aangewend zal worden door mogelijke gedaagden.⁴⁶ Bovendien bereikt men zo dat als er aansprakelijkheid volgt, de kosten van de activiteit worden doorberekend aan de dader. Deze zal dus de kosten internaliseren die hij veroorzaakt. Kortom, rechtseconomisch gezien heeft de proportionele aansprakelijkheid de beste papieren.⁴⁷ Omdat via een proportionele oplossing ook tot een, in elk geval gedeeltelijke schadevergoeding gekomen kan worden, ook als niet volstrekt duidelijk is dat deze gedaagde ook daadwerkelijk de veroorzaker van alle schade is, leidt die benadering ertoe dat een geschonden zorgplicht (want dat daarvan sprake is, moet dan wel al vaststaan, zie par. 4.3) in elk geval (eerder) gesanctioneerd wordt, althans kan worden als er een vordering ingesteld wordt. Dat komt de handhaving van de betreffende zorgplicht, en dus de *verwezenlijking van die materiële norm*, ten goede. Omdat de geschonden norm, al is het maar ten dele, gehandhaafd wordt – er volgt een sanctie bij schending van de norm – wordt voorkomen dat de inhoud van die norm (‘Gij zult werkplekken veilig inrichten...’) een lege huls wordt. De achterliggende waarde komt tot zijn recht, wordt verwezenlijkt. Dat is winst.⁴⁸ Overigens doet de ‘om-

45 Vgl. ook al Hartlief 2000, p. 13-14 en 16, die specifiek op de positie van verzekeraars wijst. Over dat aspect ook uitvoerig Faure 2003, p. 64-67 en p. 76-77 (proportionele aansprakelijkheid bevordert de verzekeraarbaarheid).

46 Zie over dit alles uitvoerig en diepgaand Faure 2003. Vgl. verder Akkermans 1997, p. 214-216; Porat en Stein, *OJLS* 2003, p. 700; Hartlief 2000, p. 13; Green 2005, p. 354. Kritisch hierover (niet altijd de juiste prikkels voor zowel gedaagde als eiser) zijn echter B.C.J. van Velthoven, P.W. van Wijck, *Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex ante perspectief*, *AV&S* 2008, p. 130 e.v. Vgl. ook nog Wagner 2006, p. 59. Kritisch daarover is Taupitz, *FS Canaris* 2007, p. 1237, maar die reageert specifiek op een voorstel van Wagner dat inderdaad tot overcompensatie en dus teveel preventie zou leiden. Zijn kritiek snijdt anderszins geen hout.

47 Aldus Faure 2003. Vgl. ook Green 2005, p. 358 (en noot 21 daar).

48 Zie over deze rechtshandhavingfunctie A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon*, diss. VU, AAL: Nijmegen 2002, p. 445 e.v.; Giesen 2001, p. 449 e.v. (voor de verdeling van het bewijsrisico in het aansprakelijkheidsrecht), p. 475 (expliciet voor proportionele aansprakelijkheid) en p. 495 e.v. (aanknopingspunten in de rechtspraak), evenals de aanzet daartoe bij Akkermans 1997, p. 402 e.v. Art. 6:99 BW is ook te verklaren vanuit deze gedachte, zie Giesen 2001, p. 497, noot 255. Vgl. verder in deze zin Lord Hope of Craighead in *Chester v. Afshar* [2004] 4 All ER 587, nr. 87, [2005] 1 A.C. 134, 162-163 die deze notie benutten om tot een ‘narrow modification’ van traditionele causaliteitsprincipes te komen.

keringsregel' hetzelfde. Vreemd is dat niet, want in die 'verwezenlijking van de materiële norm' ligt mijns inziens de ratio achter die 'omkeringsregel'⁴⁹ en beide leerstukken beogen hetzelfde probleem te lijf te gaan.

Voor een argumentatielijn die zich op iets meer dogmatisch vlak begeeft, valt nog te wijzen op de door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* gesignaleerde *aard van de normschending en de strekking van de norm*. Onmiskenbaar waren die beide aspecten van belang bij de acceptatie van de proportionele aansprakelijkheid door de Raad. Dit duidt erop dat bij die aanvaarding van invloed was dat de geschonden norm (de zorgplicht) er op toeziet te voorkomen dat iemand gezondheidsschade lijdt. Voor de reikwijdte van de regel (ook buiten gevallen van gezondheidsschade?) kan dat van belang zijn. Ik kom daarop terug (par. 4.7), maar eerst moeten we de tegenargumenten nader beschouwen.⁵⁰

4.5 De belangrijkste tegenargumenten (en hun verwerping waar nodig)

Voorals Nieuwenhuis heeft recent⁵¹ krachtig oppositie gevoerd tegen de regel uit *Nefalit/Karamus*. De Hoge Raad was wat hem betreft al niet bevoegd om zo te beslissen, want wat gebeurd is, ging de rechtsvormende taak van de Raad te buiten.⁵² Of ik het daar mee eens ben of niet,⁵³ doet hier niet ter zake want zelfs als dat zo zou zijn, brengt ons dat inmiddels niet meer verder. Het 'kwaad' is al geschied. Bovendien, als inderdaad de rechtsvormende taak van de rechter zou zijn overschreden, dan nog zou er daarmee geen man overboord zijn. Immers, de

49 Zie Verheij 2005, p. 69; Giesen, *RM Themis* 2004; Akkermans 2002.

50 Ten overvloede wijs ik erop dat Wagner 2006, p. 59 (en 60), de 'Proportionalhaftung' prijst als zijnde eenvoudig en praktisch, alsmede accuraat. Hij is bereid een zekere mate van overcompensatie als prijs daarvoor te accepteren. Te bedenken praktische problemen zijn beheersbaar, zo blijkt uit de Franse ervaringen, aldus Wagner 2006, p. 60.

51 Van iets oudere datum is de discussie tussen Peepkorn, *VR* 1998, p. 321 e.v.; Peepkorn 2000, en Akkermans. Ik ga die discussie niet nogmaals separaat oprakelen.

52 Nieuwenhuis, *RMThemis* 2006, p. 177, verwijzend naar Engelse opvattingen.

53 Ik denk dat ik de grenzen van wat de Hoge Raad qua rechtsvorming wel of niet mag doen, ruimer trek dan Nieuwenhuis dat doet. Het probleem is hier natuurlijk dat we niet weten waar de rechtsvormende taak van de rechter eindigt omdat de grens per geval bepaald wordt. Los daarvan is het overigens nog maar de vraag of de Hoge Raad hier werkelijk zo ver is gegaan. Het arrest inzake Baby Kelly (HR 18-4-2005, *NJ* 2006, 606 nt. JBMV) is m.i. in elk geval verstrekkender qua uitoefening van de rechtsvormende functie.

wetgever zou dat simpelweg kunnen herstellen indien gewenst. Dat dit in de Nederlandse verhoudingen niet voor de hand ligt – de wetgever accepteert het gezag van de Hoge Raad in privaatrechtelijke kwesties (vgl. het *Baby Kelly*-arrest) – doet daaraan niet af. Als de wetgever zich werkelijk gepasseerd zou voelen, zou een reactie of bijsturing een andere kant op nog altijd mogelijk zijn.

Nieuwenhuis brengt ook naar voren dat het zijns inziens onaanvaardbaar is (want disproportioneel!) om een gedaagde te veroordelen tot vergoeding van een zekere mate van schade die (met grote) waarschijnlijkheid *niet door hem veroorzaakt* is.⁵⁴ Het beeld is prachtig en daarmee krachtig, maar het klopt mijns inziens niet helemaal. Het is inderdaad onwaarschijnlijk dat de gedaagde in een typisch geval de volledige schade van alle mogelijke slachtoffers veroorzaakt heeft. Maar het is wél waarschijnlijk dat de gedaagde de kans op schade heeft doen ontstaan of doen toenemen met een zekere mate van waarschijnlijkheid. Daarvoor wordt dan een oplossing gezocht. Net als bij de toepassing van de kans-theorie (er is wél een causaal verband tussen onzorgvuldigheid en de kansschade) worden hier dus de tegenover elkaar geplaatste grootheden anders, hernieuwd ingevuld om tot een hernieuwde beoordeling te kunnen komen.⁵⁵

Nieuwenhuis voert verder aan dat het aansprakelijkheidsrecht bestaat uit horden welke allemaal genomen moeten worden om aan de finish te geraken. Die horden zijn wat hem betreft *harde voorwaarden* waaraan voldaan moet zijn *om tot aansprakelijkheid* en dus een schadevergoedingsplicht te kunnen concluderen.⁵⁶ Het gaat hier niet om ‘hellende vlakken’ van zwaar of minder zwaar opgetuigde vereisten voor aansprakelijkheid. Ofwel: als er geen CSQN-verband vastgesteld is, zoals de voorwaarden voor aansprakelijkheid dicteren, kan er geen aanspra-

54 Zie Nieuwenhuis 2003, p. 55-57 en p. 63; Nieuwenhuis, *RMThemis* 2006, p. 177-178. Vgl. ook Klaassen, *NJB* 2007, p. 1348.

55 Dat is voor Taupitz, *FS Canaris* 207, p. 1234, onvoldoende, want het (Duitse) aansprakelijkheidsrecht beschermt wat hem betreft alleen tegen inbreuken op een rechtsgoed, en niet tegen het in gevaar brengen van een rechtsgoed. Dat is echter Duitse dogmatiek. Hij wil ook alleen nadenken over proportionaliteit als er een overwegende waarschijnlijkheid voor causaliteit spreekt (p. 1233). Dan is echter een verlaging van de bewijswaarderingsmaatstaf veel efficiënter.

56 Overigens is deze stelling voor betwisting vatbaar, zie Verheij 2005, p. 104 e.v. (m.n. p. 109-110). Ook in de ‘Principles of European Tort Law’ zijn die voorwaarden minder ‘hard’, zie daarover W.H. van Boom, I. Giesen, Van Nederlands naar ‘Europees’ onrechtmatige daadsrecht, *NTBR* 2004, p. 519.

kelijkheid aangenomen worden. Proportionaliteit is daarmee dus een constructie die afdoet aan het systeem van het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁷ Ook Hartkamp ziet in elk geval de kanstheorie als een ‘ingrijpende relativering’ van de causaliteitseis die ‘daarom met behoedzaamheid’ dient te worden toegepast. Daarbij ziet die behoedzaamheid, naar zich laat aannemen, waarschijnlijk vooral op het toepassingsbereik van deze constructie, want Hartkamp voorziet (terecht) verstrekkende gevolgen voor het aansprakelijkheidsrecht omdat deze kanstheorie zich leent voor toepassing op diverse deelterreinen buiten het specifieke geval dat hij bespreekt (toxische schadeveroorzaking).⁵⁸

Uiteraard heeft Nieuwenhuis (met Hartkamp) hier gelijk, want aan de klassieke voorwaarde dat het CSQN-verband met de ‘definitieve’ schade vastgesteld moet worden, wordt hier inderdaad niet voldaan. Maar ter relativering; daarin schuilt nu juist het probleem, het is onmogelijk dat vast te stellen of te ontkennen.⁵⁹ Het is onmogelijk aan die voorwaarde te voldoen en de vraag is vervolgens of we die situatie zo laten voortbestaan of er iets aan willen doen. Het is duidelijk dat wat Nieuwenhuis betreft geen correctie nodig is. Maar als anderen wel bij wege van (in hun ogen) ‘correctie’ iets zouden willen doen,⁶⁰ dan kan dat via de proportionele benadering, want precies voor dit probleem wil die benadering een uitkomst bieden.

Een reden daarvoor (zie ook par. 4.4) is voor de voorstanders van een interventie dat als in een procedure de feiten niet te bewijzen zijn, en dus alleen zeker is dat er geen zekerheid is te verkrijgen over wat er daadwerkelijk gebeurd is, elke beslissing op basis van een verdeling van het bewijsrisico tot

57 Nieuwenhuis, *RMThemis* 2006, p. 177-178. Zo ook al Van Maanen 2000, p. 44 en 51. Daarbij past in elk geval nog de kanttekening dat in geval van het verlies van een kans, de causale relatie tussen normschending en kansschade natuurlijk gewoon moet komen vast te staan, vgl. o.a. Akkermans 1997, p. 193; Hartlief 2000, p. 19. Dat dat een ‘truc’ is (Hartlief 2000, p. 19), is op zichzelf helder en geen geheim, maar noem het een ‘constructie’ (Akkermans 1997, p. 193), beargumenteer en onderbouw deze, en het kan en mag, want dergelijke redeneringen volgen we allemaal al eeuwenlang. Noem het echter ‘etikettenzwendel’ (Peeperkorn 2000, p. 70) en we spreken even hard van een ‘dogmatische doodzonde’ (*idem*). De retoriek overheerst hier dan wel zo stilletjes aan de inhoud, zo lijkt het.

58 Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 436e.

59 Bovendien wordt wel vaker van die CSQN-voorwaarde afgeweken, zie Verheij 2005, p. 110; Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 437 en 440 e.v.

60 Vgl. Verheij 2005, p. 65 (vasthouden aan deze voorwaarde voor aansprakelijkheid kan ook leiden tot onwenselijke gevolgen).

een onbillijke uitkomst voor één der partijen zal leiden.⁶¹ Als de gedaagde moet betalen, is dat onbillijk omdat niet zeker is dat hij de veroorzaker van de schade was. Als de benadeelde geen vergoeding krijgt, is dat eveneens onbillijk omdat niet zeker is dat niet een ander juridisch verantwoordelijk was voor het ontstaan van de schade. In een dergelijke situatie is het dan billijker, volgens die redenering, als beide partijen een deel van de schade voor hun rekening nemen.

Dat vervolgens, als men intervenueert om wat voor een reden dan ook,⁶² het reguliere systeem moet worden omzeild, aangepast en/of doorkruist, en dat er dan een constructie moet worden opgetuigd, is niet zo vreemd. Dat geschiedt op vele plekken in het recht.⁶³ Het is wat mij betreft uiteindelijk dan ook geen sterk argument. Het belangrijke keuzemoment ligt eerder (willen we de situatie corrigeren?) en als die keuze eenmaal is gemaakt, is de noodzakelijke doorkruising van het systeem van het aansprakelijkheidsrecht van minder gewicht.

De stelling van Nieuwenhuis – hij heeft als altijd vele pijlen op zijn boog – dat de proportionele aansprakelijkheid laagdrempelig is en dus een *aanzuigende werking* heeft – men zal eerder, lichtvaardig zelfs, gaan claimen gegeven de kans op een gedeeltelijke schadevergoeding – klinkt zeer waarschijnlijk.⁶⁴ Een kleine kans op een hoge vergoeding kan het immers alsnog aantrekkelijk maken om te dagvaarden. Of dit echter ook daadwerkelijk waar is, weet ik niet. Nieuwenhuis weet het echter ook niet, want de beoordeling van de juistheid van die stelling is afhankelijk van empirisch onderzoek naar aan de ene kant de claimbereidheid in een systeem van proportionele aansprakelijkheid en aan de andere kant die bereidheid in een ‘alles of niets’-systeem. Dat onderzoek is bij

61 Vgl. Faure 1993, p. 4; Akkermans 1997, p. 2, en Giesen 1997, p. 129-130, en vooral p. 127, waar verwezen wordt naar F. Bydlinski, *Probleme der Schadenverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart 1964, p. 86-90, die voor ‘Teilhaftung’ pleit in gevallen van ‘mögliche Kausalität’.

62 Hier zit natuurlijk de crux: ‘als het nodig is’. De kernvraag is of we een interventie om het probleem op te lossen, daadwerkelijk nodig vinden, zie hierna par. 4.6.

63 Ik noem als voorbeeld slechts de in de rechtspraak ontwikkelde methoden om het gesloten systeem van vergoeding van schade van derden (de artt. 6:107-108 BW) te omzeilen via het vereiste van oogmerk en via de schokschadevordering. Zie HR 26-10-2001, *NJ* 2002, 216 nt. JBMV (Oogmerk) en HR 22-2-2002, *NJ* 2002, 240 JBMV (Taxibus), en over die ‘omzeiling’ de noten van R. Rijnhout in *JA* 2008/44 en *JA* 2008/76.

64 Nieuwenhuis, *RMThemis* 2006, p. 178; Nieuwenhuis 2003, p. 63. Of die aanzuigende werking er is of zal komen, hangt ook nog, los van het hiernavolgende, af van de reikwijdte die de *Nefalit/Karamus*-regel heeft of krijgen zal.

mijn weten nog niet verricht. Bovendien, misschien is de gemiddelde claimbereidheid, zeker bij een kleine kans, ook in een proportioneel systeem niet erg groot in het licht van de emotionele belasting van procederen, (het risico op het moeten dragen van) de advocaatkosten en de proceskostenveroordeling.⁶⁵ Zo meent Wagner bijvoorbeeld dat bij kleine genezingskansen vorderingen in verband met de procesrisico's in het geheel niet geldend gemaakt zullen worden.⁶⁶ Hij spreekt hier van 'rationele desinteresse', een begrip dat vooralsnog vooral bij massaschadegevallen, vooral die van strooischade, van belang is gebleken,⁶⁷ maar ook hier een rol zou kunnen spelen. Maar, als gezegd, we weten dat niet omdat er geen empirisch materiaal beschikbaar is.⁶⁸

Leidt proportionele aansprakelijkheid dan tot een dramatische *reductie van schadevergoedingen*, zoals wel is betoogd?⁶⁹ Uit het voorgaande blijkt al dat dit in elk geval op macroniveau niet het geval zal zijn, omdat de gevallen waarin er op basis van de statistische kans te weinig uitgekeerd wordt, bijvoorbeeld 30% in plaats van een volledige schadevergoeding, weg te strepen zijn tegen de gevallen waarin er te veel is uitgekeerd (30% in plaats van niets).⁷⁰ In een individueel geval kan er wel van een – wellicht onterechte – reductie sprake zijn,⁷¹ maar daar staat dan nog steeds tegenover dat er dan ook gevallen zijn waarin er te veel wordt uitgekeerd en dat we niet kunnen vaststellen wie te veel of te weinig kreeg (zie al par. 4.4).⁷² Dat inperking van de aansprakelijkheidslast

65 Daarmee staat ook de bij het voorgaande aansluitende gedachte dat de gedaagde en zijn verzekeraar eerder bereid zullen zijn te schikken, zie Nieuwenhuis 2003, p. 64, op de tocht.

66 Wagner 2006, p. 59.

67 Zie vooral I.N. Tzankova, *Strooischade*, Sdu: Den Haag 2005.

68 We weten ook niet precies hoe het zit met de administratieve kosten van de toepassing van een proportioneel systeem aan de ene kant of een 'alles of niets'-regel aan de andere kant. Die laatste schijnen laag te zijn, aldus Faure 2003, p. 45, en dat lijkt dan een voordeel te zijn van een 'drempel'-regel zoals die ook in het 'alles of niets'-systeem bestaat. Echter, omdat de gevallen onder de drempel niet tot vergoeding leiden, zullen er te weinig prikkels voor ongevallenreductie bestaan, zie Faure 2003, p. 45-46, en p. 51.

69 Peeperkorn, VR 1998, p. 324; Peeperkorn 2000, p. 77.

70 Van Dijk, A&V 1999, p. 40.

71 Van Maanen 2000, p. 52, wijst daar op.

72 Proportionaliteit is dan het minste van twee kwaden, aldus Akkermans 1997, p. 303, die echter nog bestrijdt dat er op individueel niveau incorrect gecompenseerd wordt als je in kansschades denkt. Dat gaat echter niet op als we de 'definitieve schade' als ijkpunt nemen. De stelling van Nieuwenhuis 2003, p. 63, dat de vergoeding door de dader slechts een gedeeltelijke is en dat vervolgens dan ook nog verhaal op de verzekeraar mogelijk is, lijkt hier niet relevant, want dat speelt in het traditionele aansprakelijkheidsrecht evenzeer.

een doel op zich zou zijn van de proportionele leer, volgt daaruit echter niet.⁷³

Sterker nog, er is ook wel aangevoerd dat proportionele aansprakelijkheid juist tot oeverloze aansprakelijkheid ('floodgates') zou leiden.⁷⁴ Dat argument is lastig te rijmen met het voorgaande (het 'reductie van vergoedingen'-argument), maar sluit wel weer aan bij het argument van de 'aanzuigende werking' waarover net al gesproken is. De eerder al gememoreerde empirische onhoudbaarheid van dat laatste argument, speelt bij de gedachte van oeverloze aansprakelijkheid wat mij betreft evenzeer een beslissende rol.⁷⁵

Het voorgaande impliceert dat het *beginsel van volledige schadevergoeding*, gezien op individueel niveau, 'geschonden' wordt in die gevallen waarin volgens het oude systeem de uitkomst 'alles' zou zijn geweest. In die zin kan dan ook betoogd worden dat de positie van het slachtoffer onder druk staat.⁷⁶ Echter, omdat in een systeem van proportionele aansprakelijkheid vele slachtoffers die in het oude systeem met 'niets' genoeg zouden moeten nemen, een gedeeltelijke vergoeding kunnen krijgen, wordt de compensatiegedachte in elk geval geen onnodig geweld aangedaan.⁷⁷ Dat die compensatie dan wellicht niet volledig is, moeten we mijns inziens voor lief nemen. Dat strookt overigens prima met andere regels en ontwikkelingen die het beginsel van volledige vergoeding toch al danig inperken.⁷⁸ De 'bottom line' is dat proportionele aansprakelijkheid niet bedoeld is om de rechten van slachtoffers op onredelijke wijze te reduceren.⁷⁹

73 Peepkorn 2000, p. 67-68, stelt dat, maar onderbouwt dat slechts door vrij selectief te verwijzen naar Akkermans 1997, p. 9. Uit het voorgaande moge genoegzaam blijken dat de aansprakelijkheid zowel ruimer als krappere kan worden als we voor een proportionele benadering kiezen.

74 Zie daarover Akkermans 1997, p. 216-217.

75 Vgl. voor mijn kritiek daarop, in ander verband, Giesen 2005, p. 154-155. Ook Akkermans 1997, o.a. p. 240, is er niet gecharmeerd van.

76 Zulks past niet goed bij de lijn die de Hoge Raad heeft uitgezet in letselschadegevallen, zie HR 15-5-1998, *NJ* 1998, 624 (Vehof-Vasters/Helvetia) en HR 14-1-2000, *NJ* 2000, 437 nt. CJHB (Van Sas/Interpolis).

77 Zie Faure 2003, p. 70-71 (het 'alles of niets'-systeem betekent niet dat het slachtoffer altijd op 'alles' kan rekenen; juist waar causaliteitonzekerheid heerst, zal het vaak 'niets' zijn). Anders: Peepkorn *VR* 1998, p. 324; Y.R.K. Waterman, *Asbestos and Smoking*, *L&S* 2006/3, p. 23.

78 Zoals de artt. 6:98, 101, 109 en 110 BW. Zie ook A.J. Akkermans, *Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?*, *VR* 1999, p. 3; Giesen, Kamminga en Barendrecht 2001, p. 142.

79 Aldus Faure 2003, p. 71.

Op meer praktisch vlak wordt nog aangevoerd tegen de proportionele benaderingswijze dat de hoegrootheid van de *kansen* (*waarschijnlijkheden*) *niet te bepalen* is door de rechter. Deze zou uiteindelijk slechts een slag in de lucht slaan, en ook de ingeroepen deskundigen kunnen hem uiteindelijk niet voldoende bijstaan want ook zij kunnen die waarschijnlijkheden veelal niet nauwkeurig bepalen. Statistiek helpt hierbij niet want statistische kansberekeningen zijn nu eenmaal niet betrouwbaar; het is louter ‘hocus pocus’.⁸⁰ Dit is echter geen argument tegen de proportionele benadering als zodanig,⁸¹ zoals al vaker is aangegeven, want als dit probleem werkelijk een probleem is, speelt het bij traditionele ‘alles of niets’-beslissingen evenzeer (ook daar moeten immers waarschijnlijkheden worden bepaald) en dan ook nog eens met verstrekkender gevolgen, omdat 1% afwijking of onnauwkeurigheid in dat geval het verschil kan betekenen tussen ‘alles’ of toch ‘niets’ ontvangen.⁸²

Regelmatig komen we verder nog het onderscheid tegen tussen zogenaamde kansen met betrekking tot *de toekomst* (de kans om later iets te winnen of verkrijgen) en kansen met betrekking tot *het verleden* (onzekerheid over toedracht van feiten in het verleden).⁸³ Daaraan gekoppeld wordt dan de acceptatie van de kanstheorie bij de eerste soort en de afwijzing daarvan bij de tweede. Akkermans heeft echter overtuigend aangetoond dat er hier geen principieel verschil te maken valt, zodat dit debat wat mij betreft als afgesloten geldt.⁸⁴

80 Zie daaromtrent bijv. Peeperkorn, *VR* 1998, p. 324; Green 2005, p. 397; Van Maanen 2000, p. 52.

81 In dit verband helpt het niet als de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* in navolging van de rechtbank en het hof van een berekening uitgaat die niet juist is, omdat het aandeel aan de schade van het roken door Karamus niet goed is meegewogen, zie bijv. Lindenbergh, *AA* 2006, p. 739-740.

82 Zie bijv. Akkermans 1997, p. 181, 186 en 189, en p. 304 e.v.; Van Dijk, *A&V* 1999, p. 40; Faure 2003, p. 50, en Van Dijk 2003, p. 36. De betrouwbaarheid van gegevens zal de rechter altijd parten spelen, niet alleen bij proportionele aansprakelijkheid, aldus Faure 2003, p. 68. En dus zal de rechter voorzichtig moeten zijn. Bovendien, art. 6:97 BW staat ons toe om de schade te schatten (vgl. Van Dijk, *A&V* 1999, p. 40; Akkermans 1997, p. 182).

83 Vrij recentelijk nog Nieuwenhuis 2003, p. 59 e.v. Zie ook Peeperkorn 2000, p. 65-66.

84 Zie Akkermans 1997, p. 196 e.v., m.n. p. 202-203, en bijv. ook nog Boone, *R.W.* 2004, p. 95.

Als argument tegen een verdere profilering van de proportionele benadering, althans als een argument dat wellicht noopt tot enige terughoudendheid, zou verder⁸⁵ nog aangevoerd kunnen worden dat er blijkbaar tot voor kort geen overwegende redenen bestonden om proportioneel te werk te gaan. Proportionaliteit, hoewel bekend, werd niet algemeen geaccepteerd, en daarvoor waren er, zo mag men aannemen, toch zeker wel goede redenen. Kortom, als proportionele aansprakelijkheid zo fantastisch is, waarom is die gedachte dan *niet al eerder volledig doorbroken?*⁸⁶

Bij een poging tot beantwoording van deze vraag is ten eerste van belang dat de Hoge Raad enige jaren geleden ook al een moment van ‘bekering’ leek te hebben gevonden, maar vervolgens werd die lijn niet verder voortgezet. De aanvaarding – toen als subsidiaire optie weliswaar, maar toch – van proportionele aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar (advocaat) doordat de rechter ertoe over mocht gaan de ‘goede en kwade kansen’ af te wegen om vervolgens conform die kansen te beslissen dat de advocaat voor een bepaald percentage verplicht was tot schadevergoeding,⁸⁷ leek in de jaren die volgden een incident te zijn geweest. Weliswaar werd die uitspraak door de lagere rechtspraak verwelkomd als een soort akkoordverklaring of toestemming om door te kunnen gaan met de in die lagere rechtspraak al eerder ingezette lijn – in navolging van de toen net op gang komende literatuur hierover – om tot tussenoplossingen te komen,⁸⁸ maar op het hoogste niveau van rechtsvorming bleef deze uitspraak lange tijd zonder verdere bijval of bevestiging.⁸⁹

85 Van Dijk 2003, p. 36-38, discussieert ook nog met Peepkorn over de vraag of proportionele aansprakelijkheid dan wel het ‘alles of niets’-systeem beter aan de gewone burger is uit te leggen. Dat lijkt mij een zinloos debat. Het antwoord op die vraag kan immers slechts proefondervindelijk worden bepaald en daar waagt niemand zich aan.

86 Zo voor het navolgende al Giesen, *WPNR* 2006, p. 645 e.v. Dat er een nieuwe (en wellicht betere) regel in de loop der tijd ontstaan en aanvaard is, wil overigens niet meteen zeggen dat de oude regel gebrekkig was, vgl. art. 6:186 lid 2 BW voor producten. En uiteraard is het niet al eerder volledig doorbreken van een nieuwe gedachte of leer ook geen argument tegen die leer als zodanig. Het roept alleen wel de vraag op welke barrières er dan eerder bestonden.

87 HR 24-10-1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings/mr. H.).

88 Zie voor literatuur en rechtspraak, met vele verwijzingen uit die tijd, onder andere de bijdragen in A.J. Akkermans (e.a.) (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2000.

89 Inmiddels is die uitspraak bekrachtigd in HR 19-1-2007, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk/A. Advocaten) en HR 16-2-2007, *NJ* 2007, 256 (Tuin Beheer/Maatschap A.).

Dat bijval voor de proportionele aansprakelijkheid eerder nog uitbleef, is wat mij betreft ten dele te wijten aan de (achteraf wellicht onbedoelde) opmars die de ‘omkeringsregel’ (de bewijslastverlichting ten aanzien van de causaliteitsvraag in aansprakelijkheidszaken) in diezelfde periode onderging, omdat aanvankelijk zo hetzelfde bewijsprobleem voor het eisende slachtoffer langs een alternatieve route opgelost leek te worden. Het gevolg was dat de toen in Nederland nog kersverse en systeemvreemde proportionaliteitsleer voor het aansprakelijkheidsrecht niet nodig leek; het meer vertrouwde instrument van de bewijslastverdeling en bewijslastomkering bracht redding.

Wellicht werd toen ook nog geen gevolg gegeven aan de proportionele tendens, omdat in het (privaat)recht werkelijke revoluties (in de zin van: snelle omwentelingen) zeer zeldzaam zijn. Een meer behoedzame omslag ten aanzien van een eenmaal gekozen benadering ligt eerder voor de hand. Er was dus ook hier een zekere incubatietijd nodig.⁹⁰ Bij gebrek aan andere verklaringen,⁹¹ hou ik het er dus maar op dat de geesten er blijkbaar nog niet rijp (genoeg) voor waren. Dat proportionele aansprakelijkheid moderner oogt,⁹² deed daaraan blijkbaar niet af.

Daarbij aansluitend: als proportionaliteit zo geweldig is, *waarom* is dat dan *niet overal de hoofdregel*? Een snelle blik op de situatie in enkele andere landen biedt immers een wisselend palet voor wat betreft de acceptatie van proportionele benaderingen.⁹³

Naar *Engels* recht wordt ‘proportional liability’ in de hier begrepen zin vooralsnog niet geaccepteerd. Recente rechtspraak biedt wel ruimte om causaliteitsonzekerheid iets ‘slachtoffervriendelijker’ aan te pakken, maar vergoeding van schade naar veroorzakingswaarschijnlijkheid in zijn algemeen-

90 Dit is zeker geen diskwalificatie, want de rechtszekerheid is hierbij enorm gebaat.

91 De kracht van de traditie van het ‘alles of niets’ als zodanig en de stabiliteit die daarmee gegenereerd werd binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht laat zich wellicht nog benoemen als een factor die van belang is geweest, zie Porat en Stein, *OLJS* 2003, p. 671.

92 Nieuwenhuis 2003, p. 63. Hij pleit vervolgens voor enig conservatisme, zie ook Van Maanen 2000, p. 43, hetgeen juristen in zijn algemeenheid natuurlijk niet vreemd is, vgl. Giesen, *WPNR* 2006, p. 646. Vgl. ook A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, diss. RuG 2003, p. 37 en p. 264, met verdere verwijzingen, en Faure 2003, p. 34.

93 Zie voor rechtsvergelijkende gegevens ook nog Giesen 1999, p. 75-77 en p. 128-130, alsmede uitvoerig Akkermans 1997.

heid is toch nog een brug te ver.⁹⁴ Zo werd bijvoorbeeld recent nog geoordeeld, hoewel slechts bij minieme meerderheid, dat het niet mogelijk is om schadevergoeding via de ‘loss of a chance’ leer te verkrijgen.⁹⁵ Dat is overigens een opvatting die aansluit bij de meer in het algemeen levende gedachte dat de eiser moet aantonen dat zijn of haar claim valide en sterk genoeg is. Er wordt in Engeland dan ook weinig gebruik gemaakt van bijvoorbeeld de omkering van de bewijslast.⁹⁶

In de *Verenigde Staten* zijn er wel tendensen richting een proportionele benadering, maar ‘proportional liability’ als zodanig heeft geen voet tussen de deur van de gerechten gekregen, zo concludeert Green.⁹⁷

Ook in *Duitsland* is het ‘alles of niets’-principe nog steeds heersend,⁹⁸ proportionele aansprakelijkheid kent men dan ook niet in het geldende recht. Dat is mede het geval, zo lijkt het, omdat men voldoende andere methoden heeft om causaliteitsonzekerheid te bestrijden, bijvoorbeeld de bewijslastomkering. De recente suggestie van Wagner⁹⁹ om wel (een vorm van) ‘Proportionalhaftung’ in te voeren, op zijn minst voor gevallen van medische aansprakelijkheid, werd bij ruime meerderheid afgewezen door de Duitse ‘Juristentag’.

In *Frankrijk* hanteert men al sinds jaar en dag de theorie van het verlies van een kans. Daar is een vorm van proportionaliteit dus heel gewoon, en niets wijst erop dat de rechtspraak aan het veranderen is.

Dat was in *België* tot voor kort ook het geval,¹⁰⁰ maar daar is men nu wel aan het terugkomen van die leer. In 2004 heeft het Hof van Cassatie in elk geval

94 Zie *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2003] 1 A.C. 32, en *Barker v. Corus UK Ltd* [2006] 2 A.C. 572, over een soepeler causaliteitstest in geval van asbestblootstelling bij meerdere werkgevers, en de afwijzing van hoofdelijke aansprakelijkheid in die gevallen. Vgl. ook Porat en Stein, *OJLS* 2003, p. 667 e.v.; R. Tan, Alternatieve causaliteit, een Engels perspectief, *AA* 2007, p. 933 e.v., en Kortmann, *NJB* 2006, p. 1411, die wijst op de parallellen (aftrek van kans op schade door natuurlijke oorzaken en ‘eigen schuld’) met *Nefalit/Karamus*. Zie ook *Chester v. Afshar* [2004] 4 All ER 587, [2005] 1 A.C. 134, over causaliteit in een ‘informed consent’-zaak, en daarover Hendrix en Akkermans, *TvGR* 2007, p. 498 e.v.

95 Zie *Gregg v. Scott* [2005] 2 A.C. 176 (een 3 tegen 2 beslissing). Vgl. over de Engelse situatie ook Faure 2003, p. 61-62.

96 Vgl. uitvoeriger Giesen 2001, p. 75-77, met verwijzingen. Sindsdien is dat niet veranderd. Zie over de Engelse situatie ook nog H. Rogers, Causal uncertainty in English law, in: A.J. Akkermans e.a. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2000, p. 197 e.v.

97 Green 2005, p. 396-397.

98 Zie Taupitz, FS Canaris 2007, 2007, p. 1231. Dat wil niet zeggen dat er geen weerstand is (*t.a.p.*).

99 Wagner 2006, p. 59-61.

100 Zie daarover bijv. Faure 2003, p. 56-61.

stevig de rem erop gezet. Het door de lagere rechter omzeilen van het causaliteitsprobleem door van het causale verband met de kansschade uit te gaan in plaats van dat verband met de definitieve schade, wordt namelijk van de hand gewezen. Daarmee raakt men meteen aan de kern van het leerstuk van het verlies van een kans, zodat de toekomst ervan hoogst onzeker is.¹⁰¹ Gevolg daarvan is dan dat men op zoek gaat naar alternatieven, zoals de bewijslastomkering,¹⁰² hetgeen tot de paradoxale situatie leidt dat de trend in België precies tegenovergesteld is (weg van proportionaliteit) aan die in Nederland (op zoek naar proportionaliteit).

Op Europees niveau wordt er in de 'Principles of European Tort Law' expliciet gekozen voor 'proportional liability', vooral in Principle 3:103, 3:105 en 3:106 PETL, hoewel men onderkent dat deze benadering 'rather innovative' is op Europees vlak.¹⁰³ De Europese studiegroep van Von Bar c.s. heeft in de 'Draft Common Frame of Reference' (DCFR) uit december 2007 echter niet gekozen voor een dergelijk systeem.¹⁰⁴

Sterker nog, dat beeld is zodanig wisselend dat daarvan wat mij betreft geen overtuigende kracht de ene of andere kant op uitstraalt. De rechtsvergelijking brengt ons dus wel de argumenten voor of tegen, maar in dit geval geen 'voor de hand liggende' koers (omdat die koers overal op gelijke wijze ingezet zou zijn).

4.6 Afweging

De afweging tussen de voordelen en de nadelen van proportionele aansprakelijkheid zal, zo blijkt, op andere gronden dan rechtsvergelijkende argumenten gemaakt moeten worden.

Mijns inziens is de noodzaak om de argumenten, redenen en rechtvaardigingen op tafel te krijgen, absoluut aanwezig, want anders gaat het 'mis'. 'Mis' in die zin dat we na verloop van tijd niet meer weten waar en op welke

101 Cass. 1 april 2004, *R.W.* 2004-2005, nr. 3 (sept. 2004), en daarover Boone, *R.W.* 2004, p. 92 e.v.

102 Vgl. Boone, *R.W.* 2004, p. 96.

103 Zie J. Spier, Chapter 3. Causation, in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer: Wien 2005, p. 46-47, p. 48 en p. 57, en daarover J.S. Kortmann, PETL: General Conditions of Liability, Causation ('In Fact'), *AV&S* 2007, m.n. p. 153, p. 156 en p. 157. Vgl. Wagner 2006, p. 60-61.

104 Zie Chr. Van Bar e.a. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier 2007, Articles VI.-4:101, e.v., op p. 313-314. Men kent wel een art. 6:99 BW 'look-a-like-' in Article VI.-4:103 DCFR.

wijze en met welke reikwijdte we de proportionele benadering moeten benutten, net zoals dat wat mij betreft mis is gegaan bij de opkomst, het verdere gebruik en de (gedeeltelijke) teruggang van de omkeringsregel. Inmiddels is op dat vlak wel zo ongeveer een nieuwe status quo bereikt, op basis waarvan die regel bij geschonden verkeers- en veiligheidsnormen toepasbaar is, net zoals dat het geval was in de jaren '70.¹⁰⁵

Welke dat (kunnen) zijn, is in het voorgaande al aan bod geweest. De kern, ik herhaal, is dat de rechtvaardiging voor een proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht gelegen is in het omgaan met, of beter: oplossen van, causaliteitsonzekerheid. Ofwel: gevallen van bewijsnood moeten worden opgelost (overigens net zoals dat ook bij de 'omkeringsregel' het geval is). De eventuele uitbreiding van welke proportionele regel dan ook, hangt dus ook daarvan af, van die ratio. Als die onzekerheid speelt, dan komt proportionele aansprakelijkheid in beeld. Aanvaarding van proportionaliteit bij de vestiging van aansprakelijkheid is volgens de Hoge Raad, en vele anderen, een juridisch waterdichte en rechtvaardige manier van handelen in dergelijke gevallen van causaliteitsonzekerheid, zodat de keuze daarvoor in wezen voor de hand ligt. Wat ter verdere verklaring sterk spreekt voor de proportionele benadering, is de materiële inhoud, de aantrekkelijkheid van de daarmee bereikbare uitkomsten. Op deze wijze kan immers recht gedaan worden aan de posities van alle betrokkenen. Het levensgrote gevaar is echter dat proportionaliteit alleen gebruikt wordt (althans: kan worden) om de materieelrechtelijk (qua rechtsgevoel) gewenste uitkomsten te bereiken waar dat anders niet zo kunnen,¹⁰⁶ terwijl daarbij de uitgangspunten van het systeem – de voorwaarden voor aansprakelijkheid – met voeten worden getreden, althans omzeild worden.¹⁰⁷

105 Ik verwijs naar mijn eerdere publicaties hierover, alwaar verdere verwijzingen te vinden zijn: Giesen 2005, p. 204 e.v., en Giesen, *NJB* 2006, p. 521.

106 Ofwel het gevaar van de 'bemiddelende vonnissen' (Peeperkorn, *VR* 1998, p. 321), de rechter die zowel kool als geit tracht te sparen, aldus Klaassen, *NJB* 2007, p. 1356 en 1362. Een beroep op proportionele aansprakelijkheid door de eiser biedt amper gelegenheid daartoe.

107 Dat gevaar hangt m.i. hiermee samen dat we, zoals T. Hartlief, Voorwaarts met het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2006, p. 2521, betoogd heeft, altijd trachten de grenzen van aansprakelijkheid op te zoeken en op te rekken, en dat we proberen om hindernissen (causaliteitsonzekerheid!) weg te nemen. Het euvel zoals in de tekst genoemd, is veelal via eisen aan de motivering van een beslissing te corrigeren, maar te dien aanzien moet gezegd worden dat de motivering bij de acceptatie van proportionele aansprakelijkheid niet uitblinkt, vgl. Van Dijk, *A&V* 1999, p 41. Ik kom daar op teug, zie hierna par. 4.9.1.

Overzie ik het voorgaande, dan luidt de *teleurstellende conclusie* wat mij betreft dat er in wezen géén alomvattend en doorslaggevend argument te vinden is voor of tegen de proportionele oplossing. Het is voor elk wat wils. Als je eraan wilt meedoen, kan dat, en wil je niet, dan kan dat ook. De keuze is daadwerkelijk een *eigen normatieve keuze* die ieder voor zich moet maken, gebaseerd op een eigen weging en waardering van de hiervoor blootgelegde argumenten, in combinatie met iemands eigen rechtsgevoel.¹⁰⁸ Zoals Verheij het in dit verband verwoord heeft: ‘Logica en rechtsgevoel wijzen verschillende kanten uit. Het loslaten van de noodzaak van een csqn-verband berust uiteindelijk op beleidsmatige overwegingen.’¹⁰⁹

Deze beslissing zal uiteraard voor menigeen sterk beïnvloed worden doordat de hoogste rechter in 2006 al een eigen keuze heeft gemaakt, en de impact daarvan zal nog groter worden als die keuze straks wellicht vaker, ook voor andere delen van het verbintenissenrecht of in elk geval het aansprakelijkheidsrecht, wordt gemaakt. Blijkbaar is de keuze van deze rechtsvormer dan zo uitgevallen, zonder dat dit vervolgens gecorrigeerd werd door de wetgever. Dat lag ook niet voor de hand, maar had wel gekund. Omdat het hier uiteindelijk echter een keuze betreft, is het besluit van de Hoge Raad in deze ook niet meer (noch minder) dan dat: een keuze die ook anders had kunnen uitpakken.¹¹⁰ Het debat hierover zal dus niet hoeven te verstommen, en zal ook niet kunnen verstommen zolang er debatdeelnemers zijn die het anders zien. Met het voorgaande en navolgende zal dan ook zeker niet het laatste woord over deze materie gesproken en geschreven zijn.

Bij het voorgaande is dan nog van belang dat het hier niet louter om een keuze gaat, maar ook nog om een keuze die een oplossing biedt voor een in wezen *onoplosbaar probleem* van causaliteitsonzekerheid. We zullen gewoonweg nooit kunnen weten wat er feitelijk wel of niet oorzakelijk was. En dus is uiteindelijk de vraag die voorligt ‘*welches Instrument das kleinere Übel ist*’.¹¹¹ Ik kies zelf uiteindelijk voor *proportionaliteit*, want die benadering houdt rekening met, althans biedt de

108 Vgl. P. Scholten, *Algemeen Deel*, 3e druk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1973, p. 132-135. Ik ben dus niet zodanig overtuigd als Akkermans 1997, p. 462, dat was.

109 Verheij 2005, p. 65. Vgl. ook Faure 2003, p. 50, die spreekt over het kiezen van een normatieve oplossing voor de causaliteitsonzekerheid, en Peepkorn 2000, p. 61. Blijkbaar zijn voor- en tegenstanders het hierover in elk geval wel eens.

110 Gezien de normatieve keuze die hier voorligt, zou het voor de hand hebben gelegen dat de Hoge Raad aansluiting had gezocht bij art. 6:98 BW (de toerekening). Zo ook Lindenbergh, *AA* 2006, p. 739.

111 Wagner 2006, p. 60.

ruimte om rekening te houden met, alle omstandigheden, kenmerken, gevolgen, etc. aan de kant van *alle* betrokkenen, niet alleen slachtoffer of gedaagde, maar beiden tegelijk,¹¹² en dat acht ik van groot belang. Daarom is proportionele aansprakelijkheid – zo zeg ik Spier na¹¹³ – voor mij de meest billijke, en dus de te verkiezen oplossing.¹¹⁴

4.7 De reikwijdte van proportionele aansprakelijkheid

4.7.1 Inleiding

Ik heb in de inleiding al aangegeven dat er gespeculeerd kan worden over de precieze reikwijdte van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake *Nefalit/Karamus*. Doortrekt de aansprakelijkheid naar evenredigheid nu ons gehele aansprakelijkheidsrecht, enkel de gevallen van beroepsziekten bij werknemers of ligt de waarheid ergens tussen die uitersten? Dezelfde vraag algemener gesteld, luidt: hoe kan en/of moet de ontwikkeling in de richting van, ommezwaai naar of wellicht zelfs ‘bekering’ tot de proportionele benadering van het verbintenissenrecht door de Hoge Raad geduid worden? Is de Raad nu definitief en over de gehele linie ‘om’ en moeten we er voortaan bij elk nieuw of te heroverwegen leerstuk minimaal serieus rekening mee houden dat proportionele oplossingen voorrang krijgen?¹¹⁵ De volgende subparagrafen bezien die kwestie voor het geldende aansprakelijkheidsrecht in Nederland.

Daaraan voorafgaand geldt natuurlijk wel opnieuw de waarschuwing dat de rechtvaardiging voor een proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht (par. 4.3) is gelegen in het zoeken naar een manier om te kunnen omgaan met causaliteitsonzekerheid. Uitbreiding van het gebruik van de proportionele benadering binnen het aansprakelijkheidsrecht hangt ook van die ratio af. Alleen als die onzekerheid speelt,

112 In die richting al Giesen 1999, p. 74 en 75. Vgl. ook Keirse, *TVP* 2006, p. 74.

113 Spier 1990, p. 8-9 en p. 32.

114 Waarmee ik overigens niet bedoel te zeggen dat ik andere methoden om het causaliteitsprobleem aan te vatten, van ‘verdere deelname’ zou willen uitsluiten, zie par. 4.8.

115 Een vervolgvraag is of we zodoende soms aan de vooravond staan van (de noodzaak van) een *proportionele doordenking* van ons *gehele verbintenissenrecht*. Drion en Van Wechem 2006, p. 569, spreken in dat kader al over het aannemen van ‘een beetje onrechtmatigheid’. Anders echter Giesen 1997, p. 132; Akkermans 1997, p. 6-7, en Lindenbergh, *AA* 2006, p. 741. Vgl. verder Green 2005, p. 355. Deze vraag wordt hier niet nader beantwoord. Par. 5 hierna geeft echter wel enige richting.

en opgelost moet worden, kan proportionele aansprakelijkheid eventueel aan bod komen.

Dat betekent dat het van belang is iets nauwkeuriger te bepalen wanneer er sprake is van causaliteitsonzekerheid in de hier bedoelde zin, en wanneer dus de noodzaak van een oplossing in de hier besproken zin zich aandient. Zoals hiervoor al gesteld (par. 4.3), gaat het (in elk geval) om gevallen waarin er sprake is van ‘onzeker slachtofferschap’ – ik noemde dat eerder ook ‘vestigingsproportionaliteit’¹¹⁶ – en dus om gevallen waarin duidelijk is dat de aangesprokene ‘tekort geschoten’ is, maar alleen nog onduidelijk is of die onzorgvuldigheid van die persoon ook de daadwerkelijke oorzaak was van de schade van het slachtoffer, of dat die schade op andere wijze is ontstaan.¹¹⁷

Vervolgens kan men hier een onderscheid maken tussen enerzijds gevallen waarin die onduidelijkheid samenhangt met het fenomeen dat er *meerdere mogelijke (serieus te nemen) oorzaken* van invloed kunnen zijn geweest op het ontstaan van de schade (kan naast de asbestblootstelling ook het rookgedrag de longkanker veroorzaakt hebben?), en anderzijds de gevallen waarin de (moeilijk te beantwoorden) vraag ‘slechts’ is of de *enkele geconstateerde mogelijke oorzaak* ook inderdaad dé oorzaak was (was het ontbreken van een trapleuning inderdaad de oorzaak van de val?).

De laatste categorie betreft die gevallen waarin de causale invloed van de geïdentificeerde mogelijke oorzaak onzeker blijft, omdat niet langer te achterhalen en dus te bewijzen is wat er gebeurd zou zijn in het hypothetische geval dat de onzorgvuldigheid achterwege was gebleven (er wel een trapleuning zou zijn geweest). Dat bewijsprobleem is lastig genoeg, maar betreft een regulier, enkelvoudig probleem dat in elke aansprakelijkheidskwestie kan spelen. Was het te harde rijden van invloed? Heeft het door rood rijden de schade veroorzaakt? De proportionele benadering speelt hier – bij ‘enkelvoudige causaliteitsonzekerheid’ – geen rol van betekenis omdat er geen evenredige weging of verdeling te maken is

116 Andere termen zijn nog ‘plaintiff indeterminacy’ of ‘onzekerheid over de slachtoffers’, danwel ‘onzekerheid over de causaliteit’, vgl. Van 1995, p. 3-4; Akkermans 1997, p. 5; Faure 2003, p. 36-39.

117 De gevallen van ‘defendant indeterminacy’ of ‘onzekerheid over het daderschap’, in concreto de Des-achtige gevallen van product- en wellicht ook marktaandeelaansprakelijkheid bij meerdere producenten van een gebrekkig medicijn, komen hierna niet apart aan bod. Omdat het een ander soort geval betrof, behoeft het *Nefalit/Karamus*-arrest dus niet tot een heroverweging van het *Des*-arrest te leiden (vgl. T. Hartlief, De grillige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht met het oog op verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid, *AV&S* 2006, p. 97).

tussen de mate van waarschijnlijkheid van factor 1 in relatie tot factor 2 en 3, etc. Er is maar één serieus te nemen factor aanwezig en de enige vraag is of die ene factor inderdaad bestaan heeft en de schade veroorzaakt heeft. De rechter bepaalt in dergelijke gevallen of die factor met een ‘redelijke mate van zekerheid’ de oorzaak was of niet, en beslist conform de uitkomst daarvan. Eventueel wordt het bewijsrisico omgekeerd, als dat gewenst is, maar proportioneel denken is niet aan de orde.¹¹⁸

Uiteraard kan er ook in deze gevallen altijd wel een tweede causale factor bedacht worden (bijvoorbeeld: het slachtoffer werd van de trap geduwd), maar om enige invloed te kunnen hebben, moet dat dan wel een serieus te nemen en reële factor zijn.¹¹⁹ Doch zelfs als er zo een tweede serieus te nemen factor bedacht kan worden (er is een reële mogelijkheid dat het slachtoffer inderdaad van de trap werd geduwd), komt in deze gevallen de proportionele benadering mijns inziens niet in beeld. Immers, die factor (of de andere) staat dan meteen ook garant voor 100% van de veroorzaking; het was óf de ontbrekende trapleuning óf de duw, en niet met een waarschijnlijkheid van bijvoorbeeld 38% de duw. De mogelijke oorzaken sluiten elkaar uit; het is of het een of het ander, alles of niets dus eigenlijk.¹²⁰

De voor proportionele methoden werkelijk relevante, eerste categorie betreft die gevallen waarin meerdere mogelijke (en serieus te nemen) oorzaken van belang kunnen zijn geweest voor het intreden van de schade zonder dat het op voorhand duidelijk is dat het of de ene factor of de andere moet zijn geweest, noch in welke onderlinge verhouding dan. Ik noem dat ‘meervoudige causaliteitsonzekerheid’.¹²¹ Het meest

118 Vgl. in dit verband Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 100, die dan spreekt over de afwezigheid van een ‘eigen-schuldfactor’, welke nodig is om wel tot proportionele afwegingen te komen. Vgl. in dit verband ook Klaassen, *NJB* 2007, p. 1353: proportionele aansprakelijkheid mag volgens haar geen ontsnappingsroute voor *individuele* bewijsproblemen zijn. Uitgangspunt blijft dat de eiser het causale verband moet bewijzen en dat dat tot een ‘ja’ of ‘nee’ leidt.

119 Deze tweede factor moet dus het proces van ‘eliminieren’ (zoals Peeperkorn 2000, p. 65, dat beschrijft) overleefd hebben om serieus genomen te kunnen worden. In deze richting ook Hof Den Haag 20-3-2008, *JA* 2008, 71 (Staat/X.) bij de afwijzing (geen tweede oorzaak voldoende hard gemaakt) van proportionele aansprakelijkheid.

120 In zoverre is voor de beoordeling van een mogelijke causale factor dus van belang of er met statistische waarschijnlijkheden gewerkt kan worden.

121 Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 99, spreekt over onzekerheid aan beide zijden (bij eiser en gedaagde, ten aanzien van zowel de grondslag van de vordering als het eigen schuldverweer), en stelt dat vereist is ‘dat er diverse concrete mogelijke zelfstandige oorzaken van het schadevooral zijn.’ Beide factoren moeten binnen de ‘cirkel rond de schade’ (Peeperkorn 2000, p. 65) vallen.

inzichtelijke voorbeeld is natuurlijk dat van asbest en roken, maar er zijn er meer. Enigszins vooruitlopend op wat nog komt, kan men denken aan de schade door een ‘burn-out’. Die kan terug te voeren zijn op de druk van het werk of op iemands thuissituatie, of een combinatie van beiden. Beide voorbeelden tonen dat er (minimaal) één ‘onzorgvuldig handelen’-factor als mogelijke oorzaak aanwezig is (asbestblootstelling; werkdruk) en minimaal één (in de woorden van Tjong Tjin Tai) ‘eigen-schuldfactor’ (roken; stress thuis). Er moet dus serieus van een dubbele veroorzaking kunnen worden gesproken, waarbij die oorzaken elkaar niet wederzijds uitsluiten (maar naast elkaar een rol kunnen spelen).

Evident is dan dat de scheidslijn tussen beide categorieën daar ligt waar er sprake is van of slechts één enkele oorzaak of juist meerdere serieus te nemen mogelijke schadeoorzaken, hetgeen helaas geen eenvoudig (want niet strikt toepasbaar) criterium biedt. Ik realiseer me dat ten volle, maar een ander onderscheidend criterium heb ik helaas niet kunnen vinden of bedenken. Dit maakt de materie natuurlijk nog lastiger dan deze toch al is, maar het is niet anders, vrees ik. Per geval zal daarom geanalyseerd moeten worden of het om enkelvoudige of meervoudige causaliteitsonzekerheid gaat. Gezien die moeilijkheid, volgt ter toelichting nog de manier die ik hierna zelf benutten zal om mijn positie te bepalen. Als ‘toetsmomenten’¹²² stel ik, zie ook hiervoor, ten eerste de vraag of een zogenaamde ‘eigen-schuldfactor’ aanwezig was, en ten tweede of de mogelijke oorzaken naar hun aard een 100% of 0% antwoord lijken uit te lokken (en elkaar dus uitsluiten). Dat laatste is echter een nauwelijks objectieve toets, en dus niet behulpzaam anders dan als nadere ‘controle’. Als een derde mogelijke ‘toetssteen’ voor de aanwezigheid van meervoudige causaliteitsonzekerheid, kan mijns inziens (voorzichtig) gebruik gemaakt worden van (het positieve antwoord op) de vraag of de schade zich ook zou hebben kunnen voordoen in verband met de aanwezigheid van een andere (aanwezige, maar causaal onzekere) factor als de aangesprokene niet onzorgvuldig zou hebben gehandeld. Ofwel: als de asbestblootstelling niet had plaatsgevonden, zou Karamus dan nog steeds dezelfde schade hebben kunnen lijden? Het antwoord luidt hier ‘ja, dat zou kunnen want de aanwezigheid van diens rookgedrag brengt dat met zich’. Dat antwoord betekent mijns inziens dat er meerdere onzekere causaliteitsfactoren hebben bestaan, want uitsluiting van een onzekere factor betekent niet dat de zaak vervolgens helder en duidelijk is. Als de vraag

122 De aanhalingstekens geven aan dat men hier niet te veel waarde aan die momenten mag hechten.

echter is of de getroffene nog steeds dezelfde schade had kunnen lijden als de trapeuning niet ontbroken had, dan is het antwoord mijns inziens ‘nee’. De aanwezigheid van een andere (causaal onzekere) factor is daar dus niet vastgesteld.

Nu zodoende bepaald is in welke gevallen een proportionele benadering zou kunnen worden aangenomen, wordt het hoog tijd de vraag op te pakken, hoe algemeen de doorwerking van de proportionele aansprakelijkheid bedoeld is. Strekt deze zich uit tot het gehele aansprakelijkheidsrecht?

4.7.2 Algemene doorwerking?

Wat in elk geval ervoor pleit om niet te benauwd te denken over de mogelijke reikwijdte van de proportionele benadering, is dat van de twee snel achter elkaar opduikende keerpunten in de rechtspraak er in elk geval één (het *Royal & Sun Alliance*-arrest¹²³) een veel bredere strekking heeft dan (louter) de civielrechtelijke aansprakelijkheid en de daarbij spelende causaliteitsproblemen.¹²⁴ Dat laat dus zien dat de mogelijkheid van een ontwikkeling richting proportionele oplossingen niet beperkt is (en misschien ook wel nooit beperkt is geweest) tot (delen van) dat aansprakelijkheidsrecht,¹²⁵ hoewel ook niet alle mogelijkheden benut worden.¹²⁶

Ook de door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* gekozen constructie (hij baseerde zich op ‘de gedachte achter’ de artikelen 6:99 en 6:101) maakt dat de proportionaliteitsgedachte in ruime mate is door te voeren. De gedachte achter die artikelen (in mijn woorden, want de Hoge

123 HR 17-2-2006, *NJ* 2006, 378 nt. MMM (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

124 Zeker deze ‘proportionalisering’ van de redelijkheid en billijkheid (zie par. 3 hiervoor) duidt erop dat de Hoge Raad bereid is ‘proportionaliteit’ vergaand te aanvaarden. In wat eigenlijk een niet dragende overweging is, wordt bijvoorbeeld het recht inzake de nietigheden in algemene zin (breder dan art. 3:41 BW) ‘geproportionaliseerd’: deze reiken niet verder dan hun strekking met zich brengt.

125 Over de parallel met het contractenrecht, vooruitlopend op par. 5 hierna, kan nu alvast gesteld worden dat die parallel niet volledig te trekken is want in het contractenrecht gaat het niet om een probleem van causaliteitsonzekerheid dat oplossing behoeft, zo lijkt het (zie ook par. 4.3). Het trekken van een parallel tussen beide terreinen is echter wel valide in die zin dat op beide terreinen een proportionele oplossing aanvaard wordt omdat de keuze daarvoor recht doet aan wat de billijkheid eist.

126 Ik wijs in dat verband op de *Dexia*-zaak, HR 28-3-2008, *RvdW* 2008, 362. Daarin werd geen evenredige oplossing verkozen (r.o. 4.9 en 4.10).

Raad formuleert die gedachte zelf niet: in bepaalde gevallen is een verdeling van de schade over meerdere personen de aangewezen weg¹²⁷) is namelijk overal te benutten, ook als die artikelen als zodanig niet toepasselijk (kunnen) zijn. Dat was immers ook het geval in de zaak *Nefalit/Karamus* zelf. Omdat art. 7:658 lid 2 een eigen regeling inzake eigen schuld kent, geldt art. 6:101 daar eigenlijk niet.¹²⁸

Voor het overige volgt uit dat arrest echter vooral voorzichtigheid en terughoudendheid als het om doorwerking gaat.¹²⁹ De Hoge Raad stelt tot drie maal toe dat het ‘in het algemeen’ zo is dat...,¹³⁰ waarna een nadere omschrijving of regel volgt. En de omschrijving door de Raad van het nieuwe proportionele systeem in r.o. 3.13 volgt eerst (‘Onder zodanige omstandigheden ligt het...’) nadat uitvoerig omschreven is om wat voor een type geding het in deze zaak gaat (werkgever tegen werknemer, blootstelling aan een stof die gevaarlijk is voor de gezondheid, de tekortkoming is gegeven, de causaliteit laat zich niet vaststellen). Ook de strekking van de norm (gezondheidsschade voorkomen) en de aard van de normschending (werkgeversaansprakelijkheid) worden nog ingezet als inperkingen.

Bezien we de literatuur, dan blijkt bijvoorbeeld dat Tjong Tjin Tai ervan uit gaat dat de *Nefalit/Karamus*-zaak ‘betekenis’ heeft voor het gehele aansprakelijkheidsrecht.¹³¹ Dat wil wat hem betreft zeggen dat we niet al te snel de overwegingen van de Hoge Raad moeten doortrekken, maar dat een bepaalde mate van generalisatie wel op zijn plaats is, waarna voor hem de medische aansprakelijkheid in beeld komt. Van een

127 Zie daarover ook Lindenbergh, *AA* 2006, p. 739. Hij noemt bij art. 6:99 BW (terecht) ook nog de tegemoetkoming aan eisers’ bewijsnood. Bij art. 6:101 BW speelt dat echter niet mee.

128 In ongeveer elk commentaar op *Nefalit/Karamus* wordt daarop gewezen en wordt dat uitgelegd door erop te wijzen dat de eigen schuld hier een privéaangelegenheid, losstaand van de werkrelatie, betrof.

129 Zo ook Van Dijk, *NTBR* 2006, p. 302; Lindenbergh, *AA* 2006, p. 741 (‘beperkt terrein’), en A.J. Verheij, *Kroniek werkgeversaansprakelijkheid, AV&S* 2007, p. 69, die zelf echter meent dat toepassing mogelijk moet zijn in alle gevallen van causaliteitsonzekerheid waarin deskundigen percentages kunnen vaststellen.

130 Het spellingsprogramma van mijn computer markeert een dergelijke tekst als ‘vaag taalgebruik’. Dat gebeurt (ook mij) natuurlijk vaker, want het zit deels in de aard van juridische teksten, maar toch...

131 Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 99. Van belang is verder nog dat hij ervan uit gaat dat er diverse concrete mogelijke zelfstandige oorzaken voor het schadevooral moeten bestaan (en niet louter predisposities), zie p. 99-100. Dat ligt m.i. echter al besloten in het uitgangspunt dat er causaliteitsonzekerheid moet bestaan, zie par. 4.7.1 hiervoor.

eventuele algemene doorwerking is daarmee echter nog geen sprake.¹³² Hartlief voorziet dat de proportionele aansprakelijkheid in de zin van *Nefalit/Karamus* zich via de advocatuur als een inktvlek zal verspreiden over het gehele aansprakelijkheidsrecht, net als eerder de ‘omkeringsregel’ deed, waarna het aan de rechterlijke macht is om de nieuwe grenzen, die met dat arrest nog onvoldoende getrokken zijn, alsnog vast te stellen.¹³³ Hij verwacht dus uiteindelijk, als ik het goed zie, geen algemene doorwerking van de proportionele aansprakelijkheid, maar tot het moment dat dat vaststaat veel onduidelijkheid.¹³⁴

Verleden jaar heeft Klaassen geschreven de proportionele aansprakelijkheid ‘ook bij andere aansprakelijkheidsgrondslagen mogelijk te achten’. Vervolgens geeft zij aan dat het oordeel van de Hoge Raad in deze niet duidelijk is (en toegespitst op dit concrete geval), maar ook dat voor een beperking van de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid tot werkgeversaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen ‘geen goede grond’ bestaat als er ‘structurele causaliteitsonzekerheid’ is.¹³⁵ Maar: de proportionele aansprakelijkheid moet wat haar betreft wel terughoudend worden toegepast en de uitzondering blijven, want uitgangspunt is en blijft het traditionele systeem.¹³⁶ Ook zij ziet dus uiteindelijk weinig ruimte voor een eventuele algemene doorwerking van de proportionele aansprakelijkheid over de volle breedte van het aansprakelijk-

132 Hoewel hij elders, met Verstijlen, vaststelt dat de regel (uit *Nefalit/Karamus*) ook geldt ‘voor andere vormen van aansprakelijkheid zoals wanprestatie en onrechtmatige daad’. Zie Tjong Tjin Tai en Verstijlen 2006, p. 1737. Dat is erg ongeclausuleerd en in het licht van het in de tekst hiervoor besprokene, te breedspakig.

133 T. Hartlief, Stilstand en vooruitgang in het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2006, p. 2107.

134 Volgens Lindenbergh, *AA* 2006, p. 741, ligt het voor de hand ‘om aan te nemen dat in sprekende andere gevallen nu ook een proportionele benadering zal (mogen) worden gekozen’. Hij noemt dan de arts en de advocaat, maar dat is geen verrassing (zie nader par. 4.7.3). Welke gevallen ‘sprekend’ genoeg zijn, blijft dus onduidelijk.

135 Zie Klaassen, *NJB* 2007, p. 1352-1353. Deze oplossing is wat haar betreft beperkt tot de gevallen waarin het causaliteitsbewijs niet meer kan worden geleverd, hetgeen ik hiervoor ook als uitgangspunt voorop gesteld heb (zie par. 4.3), zodat er sprake is van ‘structurele causaliteitsonzekerheid’. Dat begrip lijkt te corresponderen met een m.i. belangrijke voorwaarde voor de aanvaarding van een omkering van het bewijsrisico, de zgn. structurele bewijsnood, zie Giesen 2001, p. 455 e.v., waarover C.J.M. Klaassen, Boekbespreking, *WPNR* 6555 (2003), p. 882. Ook hier dus een parallel tussen beide leerstukken, waarover meer in par. 4.8.

136 Klaassen, *NJB* 2007, p. 1353. Haar argumenten daarvoor zijn dat aansprakelijkheid alleen mag volgen als iemand daadwerkelijk de veroorzaker is en dat de volledige vergoeding van schade niet in het geding zou mogen komen. Deze zijn al besproken in par. 4.4 en 4.5.

heidsrecht. Blijkbaar moeten we de mogelijke doorwerking ervan steeds van deelonderwerp tot deelonderwerp apart bezien.

4.7.3 *Doorwerking op deelterreinen?*

Als ik het hierna heb over ‘doorwerking’, dan maak ik daarbij geen onderscheid tussen enerzijds de uitstraling van de specifieke regel zoals deze neergelegd is in *Nefalit/Karamus* en anderzijds de uitstraling van de proportionaliteitsgedachte als algemeen concept. Ik bespreek de algemene gedachte en de concrete uitwerking als één geheel omdat het proportionele idee als zodanig in Nederland natuurlijk al eerder geaccepteerd was, vooral in kwesties van beroepsaansprakelijkheid maar ook al in het *Royal & Sun Alliance*-arrest. Ik focus daarbij steeds op de vraag of toepassing van de proportionaliteitsleer passend en juist is gegeven het causaliteitsprobleem dat zich op elk van de hierna te bespreken terreinen voordoet. De normatieve vraag of de proportionele benadering ook gebruikt zou moeten worden als het inderdaad zou passen om dat te doen, is (par. 4.6) een vraag die elk van ons zelfstandig moet beantwoorden. Ik sta daar in beginsel positief tegenover en zal dat dus niet steeds herhalen.

Bij wege van hoofdingeling zal ik hierna de gevallen van letselschade (par. 4.7.4) onderscheiden van die gevallen waarin de schade niets van doen heeft met letsel (par. 4.7.5). Ik doe dat omdat ook de Hoge Raad dit een belangwekkende factor acht; de strekking van de norm (het voorkomen van gezondheidsschade) was immers van invloed op de acceptatie van de proportionele methode. Bovendien sluit zo een onderscheid aan bij de toch al bestaande (terechte) neiging om slachtoffers van letselschade eerder en meer tegemoet te komen (te beschermen) dan zij die andere schade ondervonden hebben. Zo komt deze schade eerder voor toerekening in de zin van art. 6:98 BW in aanmerking, en ook in bijvoorbeeld het verkeersaansprakelijkheidsrecht is de aanwezigheid van letselschade een drijfveer geweest voor de daar aanvaarde slachtoffervriendelijke benadering.¹³⁷

4.7.4 *Letselschade*

Waar het letselschade betreft, is de eerste groep van gevallen die hier bezien moet worden, die waarin opnieuw de *werkegeversaansprakelijk-*

¹³⁷ Vgl. hierover in zijn algemeenheid de hand- en studieboeken aansprakelijkheidsrecht en in dit verband nog Klaassen, *NJB* 2007, p. 1348.

heid aan bod is, maar het feitencomplex net anders ligt. Ofwel: kan de proportionele aansprakelijkheid ook toegepast worden in gevallen van schade door bijvoorbeeld (het werken met) oplosmiddelen (OPS), andere *gevaarlijke stoffen*, RSI, ‘*burn-out*’ en ander *psychisch letsel* als mogelijke beroepsziekten, en in gevallen van reguliere *arbeidsongevallen*? De stemming in de literatuur daarover is mijns inziens samen te vatten als ‘ja, toepasbaar’ bij beroepsziekten, en ‘nee, niet toepasbaar’ bij gewone arbeidsongevallen,¹³⁸ hoewel er ook auteurs zijn die de toepasselijkheid bij RSI en ‘*burn-out*’ betwijfelen (doch dit niet uitsluiten).¹³⁹

Is het inderdaad mogelijk om in deze een verschil te maken tussen beroepsziekten en arbeidsongevallen? Het betreft hier dezelfde grondslag voor aansprakelijkheid dus in die zin ligt dat oordeel niet voor de hand.¹⁴⁰ Aan de andere kant, bij arbeidsongevallen zal zich niet snel¹⁴¹ dezelfde meervoudige causaliteitonzekerheid voordoen als bij beroepsziekten.¹⁴² Dat betekent dat de proportionele aansprakelijkheid als oplossing voor arbeidsongevallen niet direct nodig is, en dat beide vormen van werkgeversaansprakelijkheid dus wel van elkaar te onderscheiden zijn.

Omdat gevallen van klachten gerelateerd aan RSI en ‘*burn-out*’ wat mij betreft in beginsel kwalificeren als gevallen van meervoudige causaliteitonzekerheid (heeft het computergebruik thuis ook invloed gehad?; was het alleen de stress van en op het werk of was er ook privéstress?), komt de proportionele aansprakelijkheid daar zeker als mogelijkheid in

138 Punt 2008, p. 68, 75, 79-80 en 83, is voor het gebruik bij beroepsziekten (RSI, ‘*burn-out*’, psychische klachten) maar niet bij arbeidsongevallen.

139 E.J.P. Schothorst-Gransier, Proportionele aansprakelijkheid bij asbestgerelateerde longkanker, *Bb* 2006, p. 97-98.

140 Zie N. Cancian-van Ballegooijen, Alles of niets?! Werkgeversaansprakelijkheid en schuldverdeling bij beroepsziekten, *ArbeidsRecht* 2004/4, p. 12 en 14.

141 Het kan wel, zie Hof Den Haag 26-10-2007, *JA* 2008, 15 (TPG Post) waarin een dystrofie na een eerder arbeidsongeval terugkeerde na een tweede (skeeler)ongeval. Het Hof past de regel uit *Nefalit/Karamus* toe.

142 Qua beroepsziekten komt ook de beroemde *Cijsouw/De Schelde*-casus (HR 25-6-1993, NJ 1993, 686) nog in beeld (vgl. Hartlief 2000, p. 4-5). Mogelijke oorzaken waren daar de vroegere niet onzorgvuldige asbestblootstelling door De Schelde die voor risico van Cijsouw komt, én de latere wel onzorgvuldige asbestblootstelling door dezelfde werkgever. De onzekerheid over waar de oorzaak werkelijk lag, is evident. Proportionele aansprakelijkheid zou nu dan ook voor de hand liggen, net zoals dat bij de mogelijke aansprakelijkheid van meerdere (ex-)werkgevers het geval lijkt te zijn. Daarbij zorgt het *Nefalit*-arrest dan nog voor een voor de eiser gunstig hoofdelijkheidsregiem; die door de Hoge raad gekozen constructie leidt echter wel tot een aansprakelijkheid van de gedaagde voor meer dan diens theoretisch aandeel (Kortmann, *NJB* 2006, p. 1412).

beeld.¹⁴³ Iemands eigen activiteiten (en niet slechts diens ‘constitutie’¹⁴⁴) kunnen daarbij immers een causale rol spelen.¹⁴⁵ Bij schade door ander psychisch letsel zal het van de specifieke oorzaak van het psychisch leed afhangen wat rechtens is. Bij pesterijen op de werkvloer zie ik bijvoorbeeld niet direct mogelijke medeoorzaken, maar bij bijvoorbeeld overbelasting is dat wellicht wel het geval. De voorliggende casus zelf zal hier bepalend zijn.

In gevallen van schade door blootstelling aan (schilders)oplosmiddelen zijn er bij mijn weten geen mogelijke medeoorzaken voor die ziekte (OPS) bekend, zodat de reguliere regels (bewijslast op eiser, eventueel een omkering daarvan) gelden.¹⁴⁶ Als er in zo een geval echter meerdere (ex-)werkgevers in beeld komen, of als de schilder in kwestie zelf ‘zwart’ bijgeklust heeft en zo zichzelf (in wat dan ten opzichte van de werkgever zijn privésfeer is) in gevaar gebracht heeft, kan een proportionele verdeling van de schade in de rede liggen, maar dat betreft dan de ‘verdelingsproportionaliteit’ (par. 4.3). Bij blootstelling aan andere gevaarlijke stoffen hangt het van de omstandigheden af of er sprake kan zijn van meervoudige causaliteitonzekerheid, met alle (proportionele) gevolgen van dien.¹⁴⁷

Voor een recent in de rechtspraak opgekomen geval van zogenaamde ‘angstschade’ dat ik gemakshalve onder de gevallen van letselschade rangschikt, omdat de angst tot psychische aandoeningen van de betrokkene leidt, zijn op zichzelf meerdere mogelijke oorzaken aan te wijzen. Werknemer X. heeft in het verleden (onbeschermd) met asbest gewerkt voor de aangesproken

143 Zo ook Ktg. Heerlen 19-4-2006, *JAR* 2006/108 (Walraven/Steenfabriek Nuth). In Ktg. Terneuzen 29-9-2004, *TVP* 2005, p. 19 e.v. nt. Roth, speelde de causaliteitsvraag geen rol. In Hof Den Haag 18-1-2008, *JA* 2008, 82 (Kunst Ecoservice) werden er geen mogelijke privéoorzaken aangevoerd.

144 Want dan komen we bij de invloed van een ‘predispositie’ uit. De lijn in de vele commentaren (o.a. Van Dijk, *NTBR* 2006, p. 304) is dat de Hoge Raad, hoewel het anders verwoord lijkt, in *Nefalit/Karamus* niet aan dat leerstuk heeft willen tornen.

145 Zo ook M.S.A. Vegter, *Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel op grond van art. 7:658 BW*, *WPNR* 6653 (2006), p. 107-108. In deze gevallen zal de eigenschuldregel van art. 7:658 lid 2 niet aan de toepassing van proportionele aansprakelijkheid in de weg staan, want ook hier is er sprake van een privé-invloed, net als in *Nefalit*. Zie ook Lindenbergh, *AA* 2006, p. 740.

146 Zie HR 23-6-2006, *NJ* 2006, 354 (Havermans/Luyckx).

147 Zie bijv. Hof Den Bosch 31-7-2007, *LJN*: BB1552 (X. Service/Y.) waarin in kort geding proportionele aansprakelijkheid werd aangenomen in een geval van blootstelling aan (slijp)olienevel. Dat kon de longklachten (longemfyseem) veroorzaakt hebben, maar het rookgedrag en de erfelijke aanleg van betrokkene speelden mogelijk ook een rol.

werkgever en heeft vervolgens angstklachten (angst voor een fatale ziekte) ontwikkeld waardoor hij arbeidsongeschikt is geraakt. Die angsten kunnen echter ook andere oorzaken hebben. Als echter vast kan komen te staan, en ook daadwerkelijk vast komt te staan op basis van een deskundigenrapport, dat de angstgevoelens grotendeels zijn opgewekt door de gewraakte onzorgvuldige asbestblootstelling, dan is het causaliteitsprobleem verdwenen (want het bewijs is er).¹⁴⁸ Proportionele aansprakelijkheid is dan niet meer nodig, de deskundige heeft, zoals ook voorzien en vooropgesteld door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus*, zijn werk gedaan en dat was voldoende. Hierbij speelt ook nog een rol dat de andere mogelijke oorzaken (zoals cognitieve stoornissen) als een niet aan de werknemer tegen te werpen predispositie kunnen gelden.

Nog niet genoemd zijn de gevallen van mogelijke werkgeversaansprakelijkheid wegens blootstelling aan *tabaksrook op de werkplek*. Een werkneemster stelt (ernstiger) ziek te zijn geworden doordat anderen om en nabij haar werkplek rookten; de werkgever stelt dat de achteruitgang van haar gezondheid aan andere, al bestaande oorzaken (astma, bronchitis) is te wijten. Wat mij betreft, is er in een dergelijk geval sprake van meerdere serieus te nemen mogelijke oorzaken van de vastgestelde gezondheidsachteruitgang, zonder dat aantoonbaar is wat de werkelijke oorzaak was, en dus kan in beginsel de proportionele aansprakelijkheid gebruikt worden. Dat laat onverlet dat er wel het nodige aan te merken is op de manier waarop het Hof Arnhem in een dergelijk geval concreet te werk is gegaan.¹⁴⁹ Dat betreft echter de uitvoering, en niet de principiële keuze voor proportionaliteit.

Van de werkgeversaansprakelijkheid is het geen al te grote stap naar de gevaren van *asbest in de privésfeer* (de echtgenotes van werknemers uit de asbestindustrie; de gebruikers van met asbest geplaveide wegen).¹⁵⁰

148 Zie Hof Den Bosch 6-5-2008, *LJN*: BD5666. In Engeland werd aansprakelijkheid afgewezen, zie daarover R.L.M.M. Tan, Nul plus nul plus nul is nul?, *WPNR* 6733 (2007), p. 1003-1004.

149 Zie Hof Arnhem 26 september 2006, *JA* 2007, 60 nt. Keirse (Isala), en daarover zeer kritisch (o.a.: teveel intuïtieve schatting van kansen; gaat om verergeren, niet doen ontstaan van niet-objectiveerbare klachten) D. Zivkovic, Proportionele aansprakelijkheid voor de blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek, *TVP* 2007, p. 38 e.v., alsmede Keirse in haar noot.

150 Zie nader over dit soort gevallen N. Vloemans, Kroniek aansprakelijkheid voor niet-loondienstgerelateerde asbestschade, *AV&S* 2008, p. 35 e.v. Dat er sprake is van verhoogde risico's blijkt uit H.E.J. Sinninghe Damsté e.a., Milieublootstelling aan asbest in de regio Goor vastgesteld als oorzaak van maligne pleuramesothelioom bij vrouwen, *Ned Tijdschr Geneesk.* 2007; 151, p. 2453 e.v.

Een asbestziekte zoals mesotheliom die slechts één enkele oorzaak (asbestblootstelling) kent, zal niet direct tot hier relevante schadevergoedingsrechtelijke problemen leiden, maar in gevallen van (asbestgerelateerde) ziektes die meerdere oorzaken kennen, zoals longkanker, doet het *Nefalit/Karamus*-probleem zich hier opnieuw voor. De oplossing kan wat mij betreft dan ook daar gevonden worden, bij de proportionele benadering. Ik kan mij overigens wel voorstellen dat de kansverhoudingen geheel anders liggen (kleinere kanspercentages toe te kennen aan de blootstelling) dan in de casus van dat arrest, waarbij dan uiteraard geldt dat de kans niet te klein mag zijn.¹⁵¹

In een karakteristiek geval van *medische aansprakelijkheid* zal het foutief handelen van een arts, indien dat vastgesteld is, als mogelijke oorzaak van de (letsel)schade samenlopen met de ziekte van de patiënt (het slachtoffer) waarvoor de medische behandeling in de eerste plaats bedoeld was. Voor die gevallen is de weg van de proportionele aansprakelijkheid al enige jaren geleden ingeslagen door de lagere rechtspraak, vooral op basis van de ‘verlies van een kans’-theorie.¹⁵² Dat zal door de nieuwste ontwikkelingen niet veranderen, eerder zal de steun daarvoor versterkt zijn en de animo ervoor verder toenemen.¹⁵³ Bovendien lijkt het proportionele systeem hier te werken; men is inmiddels gewend aan ‘verloren genezingskansen’ die als schade vergoed worden, zo lijkt het. Het is mijns inziens ook mogelijk om hier zo te werk te gaan,¹⁵⁴ want er is wel degelijk sprake van meervoudige causaliteitsonzekerheid (bij zorgvuldig handelen zou de genezingskans hoger hebben gelegen).

151 Een onderwerp dat ik hier verder moet laten rusten.

152 Zie over (het gebruik van) de kanstheorie op het vlak van de medische aansprakelijkheid bijv. Akkermans 1997, p. 107 e.v.; Van Dijk, *A&V* 1999, p. 37 e.v.; Van Dijk 2003. Zie bijv. ook nog (van na 2000): Rb. Den Haag 12-7-2000, *VR* 2001, 20 nt. Akkermans (L.M./Algemeen Ziekenhuis Zoetermeer); Hof Den Haag 10-10-2002, *VR* 2003, 155 (Ten Velden-Groen/AZL); Rb. Amsterdam 28-5-2003, *NJ* 2004, 45 (S./Bovenij ziekenhuis); Rb. Amsterdam 22-12-2004, *VR* 2005, 104; Rb. Haarlem 1-3-2006, *JA* 2006, 66, en Hof Amsterdam 24-1-2008, *JA* 2008, 69 (Implanon-staafje). Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 99, trekt de lijn van *Nefalit/Karamus* expliciet door richting medische aansprakelijkheid.

153 Rb. Groningen 14-2-2007, *JA* 2007, 131 (AZG), r.o. 2.7, volgde daarbij zeer nauwgezet de overwegingen van de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus*. Vznr. Rb. Arnhem 23-5-2006, *JA* 2006, 98 (Rijnstate) rekt de grenzen van dat arrest m.i. erg ver op (ook voor een geval van hypothetische causaliteit).

154 Ik koos zelf eerder voor toepassing van een bewijslastomkering als de arts een veiligheidsnorm geschonden heeft, zie Giesen 1999, p. 127 en 148. In het licht van HR 19-3-2004, *NJ* 2004, 307 (B/J), alsmede Hof Den Haag 18-12-2007, *JA* 2008, 20 (zelfmoordpoging) ligt die optie momenteel minder voor de hand, hoewel deze ook niet uitgesloten is, zie HR 7-12-2007, *NJ* 2007, 644 (MCL).

Dat is wat mij betreft echter niet het geval bij de veel voorkomende aansprakelijkheid in het *verkeer*. Een typisch verkeersongeval hangt causaal af van de vraag of de verkeersovertreding (te hard rijden, door rood licht rijden, onder invloed van alcohol rijden, etc.) wel of niet de oorzaak van het ongeval en de daaruit voortvloeiende schade was. Dat betreft vrijwel steeds een enkelvoudige mogelijke oorzaak. Andere serieus te nemen medeorzaken spelen in beginsel geen rol. Proportionele aansprakelijkheid is dan niet nodig.

Wat mij betreft ligt dat hetzelfde, maar dat oordeel is lastiger te motiveren, bij de mogelijke *overheidsaansprakelijkheid na een ramp*. In zo een geval kan de causaliteitsvraag lastig zijn (zou de ramp en de daaruit volgende schade ook ingetreden zijn als de overheid wel op tijd maatregelen getroffen had?) maar dat is naar mijn mening typisch een lastige vraag van enkelvoudige causaliteit. Er is in dit geval geen andere serieuze medeoorzaak in de zin van een ‘eigen-schuldfactor’ aan te wijzen,¹⁵⁵ en de ter beoordeling voorliggende factor (overheidsmaatregelen) leidt tot een ‘alles of niets’ oordeel. De maatregelen zouden geholpen hebben of niet, de ramp zou zijn voorkomen of niet, en niet geholpen hebben voor bijvoorbeeld 13%.¹⁵⁶

Als een enigszins speculatief thema noem ik hier verder de schade die de *fastfood-industrie* lijkt te veroorzaken.¹⁵⁷ Zij zouden een belangrijke oorzaak vormen voor de toename van obesitas bij kinderen, hetgeen tot allerlei gezondheidsproblemen leidt. Mocht zich zo een geval voordoen en de onzorgvuldigheid van de McDonalds, de BurgerKing of een soortgelijke keten inderdaad komen vast te staan, dan resteert de gedaagde nog een stevig causaliteitsverweer. Ze kunnen en zullen erop wijzen dat ze ten hoogste in het algemeen invloed hebben op het dikker worden van de (Westerse) wereldbevolking, doch dat de schade van dit specifieke kind niet aan hen is toe te rekenen. Vervolgens zullen ze nog

155 Dat een ramp (bijv. een cafébrand) ook het ontstaan van het vuur als zodanig als oorzaak heeft, doet daaraan niet af, want dat is (behalve aan de eventuele brandstichter) aan geen van de slachtoffers als eigenschuldfactor toe te rekenen. Bij bijv. een medische fout is dat voor de oorspronkelijke ziekte wel het geval, het is de ziekte van een specifiek iemand, het slachtoffer. De ramp is echter niet ‘in gang gezet’ door het slachtoffer.

156 In de Duitse literatuur (Taupitz, FS Canaris 2007, p. 1233, noot 17) is nog het voorbeeld genoemd van schade door een lawine veroorzaakt. Die lawine kan het gevolg zijn geweest van een natuurlijke oorzaak (lawines komen spontaan voor) of van bijvoorbeeld het gedrag van een skiër. Ik denk dat ook dit voor wat betreft de invloed van de skiër een ‘ja of nee’-geval is.

157 Zie nader P. Klik, McLawsuits, *NJB* 2004, p. 2192-2193, en O.A. Haazen, Amerikaanse toestanden (8), *NJB* 2004, p. 2194 e.v.

aanvoeren dat de levensstijl van betrokkene de obesitas veroorzaakte (te veel eten, te weinig gevarieerd eten, te weinig beweging, etc.) en dat ze daarvoor niet verantwoordelijk zijn. En daarmee ligt er wat mij betreft een probleem van meervoudige causaliteitonzekerheid, en komt de proportionele benadering in beeld.¹⁵⁸

4.7.5 *Geen letselschade*

Waar de *aansprakelijkheid van de advocaat* (van die enkeling uit die beroepsgroep die te laat hoger beroep instelt of een verjaringstermijn laat lopen) aan de orde is, is de mogelijkheid van een schadevergoeding naar de mate van de kans dat de handeling (het nalaten) van de advocaat tot schade leidde, al enige tijd ‘ingeburgerd’.¹⁵⁹ Die inburgering gaat al zo ver dat recente arresten van de Hoge Raad die deze lijn bevestigen, eigenlijk nauwelijks nog opgemerkt worden.¹⁶⁰ We weten blijkbaar hoe het zit, dat we eerst moeten trachten te bepalen hoe de zaak beslist zou zijn als de beroepsfout niet gemaakt was,¹⁶¹ en dat we subsidiair de goede en kwade kansen dienaangaande (vgl. art. 6:105 BW) moeten schatten en conform die kansen moeten oordelen. Die proportionaliteit past ook, want net als bij de medische fout is er ook hier sprake van meervoudige causaliteitonzekerheid. Naast de juridische merites van de zaak zelf (deze komen voor risico van de cliënt zelf, de eigen-schuldfactor), staat de fout van de advocaat (bij zorgvuldig handelen zou de procespositie van de cliënt beter, althans in elk geval niet slechter, zijn geweest).¹⁶²

158 Ook hier geldt dan dat de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid niet erg hoog zal liggen.

159 Zie m.n. HR 24-10-1997, *NJ* 1998, 257 nt. PAS (Baijings/H.) en Giesen 1999, m.n. p. 122 e.v., met verdere verwijzingen. Een recent voorbeeld uit lagere rechtspraak is Rb. Utrecht 20-2-2008, *JA* 2008, 61 (X./Wijn & Stael). In Hof Den Haag 21-11-2003, *NJF* 2004, 212 (Wubben Olieverwerking/X.) werd proportionele aansprakelijkheid afgewezen. Op dit terrein is dat inmiddels een verrassing.

160 HR 19-1-2007, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk/A. Advocaten) en HR 16-2-2007, *NJ* 2007, 256 nt. Ma (Tuin Beheer/Maatschap A.). In HR 30-6-2006, *JA* 2006, 112 (A./X.) werd art. 81 RO toegepast.

161 Zie nog HR 18-4-2008, *NJ* 2008, 245 (Mustert/O.), r.o. 3.3.1. Dat geldt ook als het verzuim het instellen van een cassatieprocedure betreft, zie HR 23-2-2001, *NJ* 2001, 431 (Maatschap X./Overes).

162 Vgl. ook al Giesen 1999, p. 127 en 148 (daar koos ik voor proportionaliteit bij zuivere vermogensschade en voor omkering van de bewijslast voor letselschadegevallen, waarover hierna par. 4.8). Wat mij betreft kan de *notariële aansprakelijkheid* volgens dezelfde principes afgewikkeld worden, zo ook Boks 2002, p. 230-233 (doch niet voor de notariële waarschuwingsplicht, zie p. 228-230), hoewel op dat vlak vooralsnog de ‘omkeringsregel’ (HR 26-1-1996, *NJ* 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II)) niet expliciet achterhaald is.

Hieruit volgt, als we de vraag naar de reikwijdte van de proportionele benadering voor ogen houden, dat naast de werkgevers- en de medische aansprakelijkheid nog minimaal één ander deelterrein van het aansprakelijkheidsrecht ‘geïnfecteerd’ is door het proportionaliteitsdenken. Dat maakt de *Nefalit/Karamus*-lijn wellicht niet minder spectaculair, maar wel minder bijzonder (het bestond al!), met als gevolg dat een eventuele verdere uitbreiding van het denken in dergelijke termen niet al te buitensporig is. Even relevant is mijns inziens dat daaruit ook voortvloeit dat het navolgen van proportionele lijnen niet enkel voorbehouden is aan situaties waarin er sprake is van gezondheidsschade (letsel). Die suggestie zit natuurlijk sterk in *Nefalit/Karamus* zelf, maar wordt hiermee afgezwakt.

In gevallen van *overheidsaansprakelijkheid* zijn de causaliteitsproblemen veelal van andere (maar niet minder ingewikkelde) aard dan hier relevant als het om aansprakelijkheid wegens *vernietigde besluiten* gaat. Ik ga daar hier aan voorbij.¹⁶³ Als het om *feitelijk overheidshandelen* gaat, is het op zich mogelijk dat lastige causaliteitsproblemen intreden. In de zaak *Heesch/Reijs*¹⁶⁴ werd Reijs bijvoorbeeld de kans op het sluiten van een gunstige overeenkomst ontnomen doordat B&W van de gemeente Heesch die overeenkomst niet met een gunstig advies aan de gemeenteraad had voorgelegd. Het feit dat Reijs die kans ontnomen werd, werd als een vermogensnadeel gezien, hetgeen de Hoge Raad in stand liet. Wat er verder zij van die uitspraak, hier staat wat mij betreft voorop dat meer typische gevallen van feitelijk overheidshandelen zich toch vooral kenmerken door hun enkelvoudige causale structuur. Heeft het slechte onderhoud van het wegdek door de overheid de schade aan mijn auto veroorzaakt of zou die schade ook ontstaan zijn als het wegdek wel in orde was geweest? Dat is een ‘ja of nee’-vraag.

De mogelijke gevallen van *milieuaansprakelijkheid* door bijvoorbeeld het storten van (giftig) afval in bodem of water of het uitstoten van gif-

163 Het gaat dan om de vraag, te kort gezegd, hoe de (hypothetische) situatie zou zijn geweest als de overheid een rechtmatig besluit zou hebben genomen. Als ten tijde van het nemen van het onjuiste besluit een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad, stuit de vordering daarop af. Zie ABRvS 15-12-2004, *Gst.* 2005, 74 (Meerssen) en 75 (Ameland), waarover o.a. C.N.J. Kortmann, Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband bij vernietigde beschikkingen, *Gst.* 2005, 7229, p. 257 e.v. Causaliteitsonzekerheid in die zin dat er meerdere mogelijke oorzaken, afkomstige van meerdere relevante actoren relevant zouden kunnen zijn, spelen dan niet. Er is een dader, de overheid, die is bekend; de vraag is alleen nog hoeveel schade die veroorzaakt heeft door het foutieve besluit.

164 HR 13-2-1981, *NJ* 1981, 456 nt. CJHB.

tige gassen, kenmerken zich juist door hun multi-causale aard. Faure heeft al in 1993 overtuigend betoogd dat proportionele aansprakelijkheid hier zeer nuttig en bruikbaar kan zijn.¹⁶⁵ Ik ga daar derhalve niet opnieuw op in. Hetzelfde geldt voor de ‘*sluipende schade*’-gevallen die Spier besproken heeft.¹⁶⁶

Verwant aan deze gevallen is het nieuwe thema van aansprakelijkheid in verband met ‘*climate change*’, te kort: de opwarming van de aarde. Eén van de problemen die daarbij speelt, is de eis van causaal verband. Dat de door de mens uitgestoten broeikasgassen in zijn algemeenheid schade veroorzaken is bekend, maar dat zegt niets over de oorzaak van de specifieke schade van een potentiële eiser en over de invloed van de specifieke gedaagde daarop. Er zijn vele anderen die ook vervuilen. Een proportionele aansprakelijkheid naar gelang iemands bijdrage aan de uitstoot (diens ‘marktaandeel’) ligt hier dan voor de hand. Het probleem is vervolgens echter dat het kansaandeel van zo een gedaagde veelal te gering zal zijn, in elk geval voor toepassing van de *Nefalit/Karamus*-regel.¹⁶⁷

Bij de vraag of een daad van *oneerlijke concurrentie* wel of niet schade met zich bracht, kan de proportionele aansprakelijkheid mijns inziens uitkomst bieden. In die gevallen is de causaliteit tussen normschending en schade onzeker omdat ofwel de oneerlijke concurrentie, de onrechtmatige daad van de concurrent, tot schade kan hebben geleid (de klandizie is onheus weggelokt) ofwel de markt als zodanig de schade met zich bracht (de concurrentie was gewoon beter, of de markt zelf is ingestort). De misleidende reclame van de concurrent kan de oorzaak van de slechte kwartaalcijfers zijn geweest, maar ook de reguliere concurrentie, de algemene marktontwikkeling, of dat alles samen. Dat zijn allemaal onzekere causale factoren, die in een evenredige verdeling uitgedrukt zouden kunnen worden.

Dat de behoefte aan proportionele oplossingen op dit deelterrein gevoeld wordt, is mij echter nog niet gebleken. Men heeft een alternatieve oplossing, die prima lijkt te functioneren. De rechtspraak redeneert namelijk dat als gewone concurrentie steeds tot schade voor de deelnemende marktpartijen leidt (als de ene concurrent meer omzet heeft, dan is dat schade voor een

¹⁶⁵ Zie M.G. Faure, (*G*)*Een schijn van kans*, oratie UM, Maklu: Antwerpen 1993.

¹⁶⁶ Spier 1990.

¹⁶⁷ Zie Chr.H. van Dijk, *Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde*, *NJB* 2007, p. 2869-2870. Meerdere bedrijven samen dagvaarden, kan dat probleem wellicht omzeilen. Overigens: wat mij betreft is dit een geval van onzeker ouderschap en ‘verdelingsproportionaliteit’.

ander), dat dan de oneerlijke concurrentie ook wel tot schade moet leiden zodat het causaal verband tussen onrechtmatigheid en schade vervolgens zonder verder dralen aanvaard kan worden. Dat ‘vermoeden’ is zeer efficiënt want het omzeild alle lastige vragen.¹⁶⁸

Eigenlijk behoorlijk identiek aan de vorige situatie ligt wat mij betreft die aangaande de regeling van *bestuurdersaansprakelijkheid* op basis van art. 2:138/248 BW. Oorzaak voor het faillissement van een onderneming kan het slechte bestuur van de vennootschap zijn geweest, maar ook de algemene marktontwikkeling, de betere concurrentiepositie van anderen, etc. Er bestaan dus in potentie meerdere causale mogelijkheden die een serieuze rol kunnen hebben gespeeld bij het faillissement. Om de vraag of het bestuur inderdaad een (belangrijke) causale factor was, te vereenvoudigen, is in de wet in lid 2 voor bepaalde gevallen het vermoeden opgenomen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Daarmee wordt de bal van de curator bij de bestuurder gelegd.¹⁶⁹ In plaats van die oplossing zou naar mijn mening ook aan een proportionele oplossing gedacht kunnen worden. Als de bestuurder bijvoorbeeld kan aantonen dat de markt ook van invloed is geweest, vindt er een reductie van de te betalen schadevergoeding plaats ter hoogte van dat aandeel.

Ik besprak eerder al de gevallen van medische aansprakelijkheid en van de aansprakelijkheid van de advocaat, maar een speciale categorie binnen die vormen van aansprakelijkheid zijn de zaken waarin de *beroepsbeoefenaar zijn informatieplicht heeft geschonden*.¹⁷⁰ De arts vergeet te melden dat een operatie een zeker risico op een complicatie met zich brengt; de advocaat vergeet te melden dat een bepaalde juridische transactie ook nadelige consequenties zou kunnen hebben. De causaliteitsvraag die dan rijst, is of de patiënt of cliënt een andere keuze zou hebben gemaakt indien hij wel juist en/of volledig zou zijn ingelicht. De bewijslast dienaangaande rust in eerste instantie op de eiser.¹⁷¹ Die last is een zware, want hoe is het mogelijk om achteraf nog te bepalen wat de betrokkene zou hebben beslist als deze alle juiste informatie zou

168 Zie HR 15-11-1996, *NJ* 1998, 314 nt. Grosheide (Hertzano/Otto Simon), en Giesen 2001, p. 363, p. 375 en m.n. p. 376.

169 Terwijl in lid 1 ook al de bewijswaarderingmaatstaf verlaagd is tot aannemelijkheid (vgl. par. 4.8.3).

170 Uitvoerig daarover al Giesen 1999, p. 7 e.v. en p. 72 e.v., voor het causale verband.

171 Een pleidooi voor de omkering daarvan is mogelijk, vgl. Giesen 1999, p. 66 e.v., en vooral p. 141-145, maar vermoedens (p. 62-64) of de leer van het ‘Entscheidungskonflikt’ (p. 55-56) gooien ook hoge ogen.

hebben gehad? Zekerheid is hier niet eenvoudig te verkrijgen, want de te maken keuze is een onzekere factor. Wat mij betreft is het dan ook mogelijk om hier een proportionele benadering te hanteren.¹⁷² Hoewel dat lastig zal zijn omdat statistische gegevens ontbreken, kan hier immers wel bepaald worden wat de mate van waarschijnlijkheid is dat de eiser voor een bepaalde optie zou hebben gekozen. De optie 'opereren' is nu eenmaal meer voor de hand liggend als de medische situatie dat noodzakelijk maakt en de risico's klein zijn, doch minder evident in het omgekeerde geval. Bovendien schuilt er in de keuze die de getroffene zelf nog maken moest, een eigen-schuldfactor.

In gevallen waarin iemand niet de kans krijgt een bepaalde beslissing te nemen omdat hij of zij daarover niet ingelicht is door zijn of haar arts of advocaat (of notaris), is het wat mij betreft dus mogelijk om tot een proportionele aansprakelijkheid te komen. Eén van de methoden om dat vervolgens te bereiken, is het gebruik van de theorie van het verlies van een kans,¹⁷³ waarbij dan aangenomen wordt dat door de schending van de informatieplicht (en dus van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt) een kans op het nemen van een andere beslissing verloren is gegaan.¹⁷⁴

Net als bij de informatieplicht van een beroepsbeoefenaar, gaat het in de *aandelenlease*-zaken in de kern om de vraag of de onjuiste of afwezige waarschuwing (een informatieplicht) door de financiële dienstverlener van bepalende invloed is geweest op de beslissing (een keuze) van het slachtoffer om de aandelenleaseovereenkomst aan te gaan. De causaliteitsvraag luidt dan of de belegger een wel verstrekte waarschuwing

172 Zo ook Barendrecht en Van den Akker 1999, nrs. 442 en 463-465. Anders: Boks 2002, p. 228-230, voor de notariële waarschuwingsplicht. Vgl. verder Giesen 1999. Op p. 75 aldaar maakte ik op basis van het geldende recht de afweging tussen toepassing van de proportionele benadering (ja) en een bewijslastomkering. Ik besprak echter ook het naast elkaar voortbestaan van beide leerstukken (proportionaliteit voor zuivere vermogensschade en omkering van de bewijslast voor letselschadegevallen), waarover hierna par. 4.8. Op p. 145 besprak ik wenselijk recht: mijn voorkeur ging en gaat bij schending van een informatieplicht uit naar een bewijslastomkering. Zie echter HR 23-11-2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut) en *NJ* 2002, 387 (N./P.) en HR 2-2-2007, *NJ* 2007, 92 (Juresta/X.).

173 Zie bijv. de beroemde uitspraak Hof Amsterdam 4-1-1996, *NJ* 1997, 213 (Wever/De Kraker), hoewel dat geen informatieplicht betrof. Voor proportionele aansprakelijkheid in deze gevallen: L.M. Kroes, Bewijslastverdeling en informed consent, *PP* 2007, p. 165-166. Anders ('alles of niets'): Rb. Arnhem 28-1-2004, *NJF* 2004, 308 (W./S.).

174 Hendrix en Akkermans, *TvGR* 2007, p. 509-510. Dat zelfbeschikkingsrecht is mijns inziens bij de advocaat en notaris evenzeer van belang, zie Giesen 1999, p. 143.

over de financiële risico's ter harte zou hebben genomen of niet. Gezien de gelijkheid met de gevallen van geschonden informatieplichten, onder meer omdat het in beide gevallen om onzorgvuldigheden van dienstverleners en keuzes van cliënten gaat, kan wat mij betreft de daar gepropageerde proportionele oplossing ook in deze aandelenlease-zaken gebruikt worden.¹⁷⁵

Een populair thema is tot slot de *aansprakelijkheid van toezichthouders* wegens falend toezicht. In dat verband wordt ook nagedacht over toepassing van proportionele aansprakelijkheid.¹⁷⁶ Te dien aanzien dient echter voorop gesteld te worden dat de causaliteitsvraag niet het grootste struikelblok is als het om de aansprakelijkheid van een toezichthouder ten opzichte van een derde gaat.¹⁷⁷ In beginsel ligt (het bewijs van) de CSQN-vraag redelijk eenvoudig, zo lijkt het, hoewel het veelal om een nalaten gaat.¹⁷⁸ Ongetwijfeld zal het best voorkomen dat het lastig is om dat bewijs te leveren, maar het is niet zo dat de toezichthouder op structurele basis de dans zal ontspringen omdat het causale verband bewijstechnisch niet vast te stellen is.¹⁷⁹ Het meervoudige causaliteitsprobleem zoals eerder onderscheiden, doet zich hier in de relatie tussen de toezichthouder en de derde in principe niet voor. Die derde sleept geen relevante eigen-schuldfactor achter zich aan en de causale bijdrage van de toezichthouder laat zich niet zonder meer in waarschijnlijkhe-

175 Zo ook Barendrecht en Van den Akker 1999, nrs. 464-465, voor beleggings- en investeringsbeslissingen, omdat mensen keuzes plegen te maken op basis van informatie uit verschillende bronnen.

176 Zie o.a. W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom (e.a.)(red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Tjeenk Willink: Deventer 1997, p. 135 e.v.; A.A. van Rossum, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht, in: *Toezicht. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 135e jaargang/2005-1*, Kluwer: Deventer 2005, p. 95-97, en C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de Europese Commissie en de NMa voor falend toezicht op fusies en overnames, *NTER* 2007, p. 272 e.v., m.n. p. 281 Het navolgende bouwt voort op eerdere gedachten mijnerzijds over dit thema, zie Giesen 2005, p. 174-175.

177 Zie bijv. Hof Den Haag 27-5-2004, *JOR* 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Anandel (Vie d'Or), waarin de causaliteit tussen het nalaten en de schade redelijk eenvoudig werd aangenomen (r.o. 13.4).

178 Anders echter A. Haan-Kamminga, Aansprakelijkheid voor toezicht, in: H. Boschma (e.a.), *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vito Timmerman*, Kluwer: Deventer 2003, p. 121, die suggereert dat er juist geen causaal verband zou bestaan, maar daarmee bedoelt ze vooral dat de primaire dader de directe oorzaak is en niet de dans zou mogen ontspringen. Dat zegt echter niets over de vraag of de daad van de toezichthouder (ook) als CSQN kan gelden.

179 Zie nader daarover Giesen 2005, p. 171 en 175.

den uitdrukken. Het betreft hier veeleer een ‘ja of nee’-antwoord: of die toezichthouder had bij zorgvuldig optreden de schade (in gang gezet door de onder toezicht gestelde) nog kunnen voorkomen of niet. Dat zal de rechter moeten en kunnen bepalen, en dat doet hij via de redelijke mate van zekerheid.¹⁸⁰

Uiteraard – maar dat geldt voor alle hiervoor besproken deelterreinen – is het mogelijk dat voor (uitzonderlijke) gevallen waarin er binnen een bepaalde vorm van aansprakelijkheid toch een nieuw wezenlijk causaliteitsprobleem blijkt te bestaan, de aanvaarding van een vorm van proportionele aansprakelijkheid soelaas zou kunnen bieden. Ik betoogde dat eerder ook voor de aansprakelijkheid van een toezichthouder.¹⁸¹ Op zichzelf is het niet ondenkbaar dat de derde die het slachtoffer wordt van het falende toezicht van een toezichthouder in elk geval de kans verloren heeft op een beter resultaat (bijvoorbeeld hogere rendementen in de sfeer van beleggingen) en dat wat dat betreft de proportionele aansprakelijkheid hier een rol zou kunnen vervullen. Er is dan geen principiële reden om de toepassing van die leer uit te sluiten en het gebruik ervan zou een aanvulling kunnen zijn op het al bestaande arsenaal van mogelijkheden om causale drempels te overwinnen.¹⁸² Daarbij dient wel nogmaals opgemerkt te worden dat de ruimte die de proportionele leer hier zal kunnen innemen, waarschijnlijk gering is. Causaliteitsproblemen zijn immers niet het grootste probleem dat de aansprakelijkheid van toezichthouders omringt.

180 Anders D. Busch, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders jegens derden, in: D. Busch (e.a.)(red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Kluwer: Deventer 2007, p. 642 e.v., p. 645 en p. 655, die hier krachtig voor proportionele aansprakelijkheid (ook los van de veroorzakingswaarschijnlijkheid) pleit, maar wat mij betreft zodoende een fraaie oplossing biedt voor een niet-bestaand probleem.

181 Zie Giesen 2005, p. 175.

182 Er wordt vooral gedebatteerd over het nut van de ‘omkeringsregel’, zie ook Giesen 2005, p. 209-211, en de hiervoor al genoemde literatuur. J.M. Barendrecht, Hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders?, *NJB* 2003, p. 957, zou die proportionaliteit waarschijnlijk ook los van causaliteitsproblemen willen inzetten om tot tussenoplossingen te kunnen komen, teneinde de aansprakelijkheid van de toezichthouder niet te ver te laten doorschieten en toch een prikkel te behouden. Naast dit materieelrechtelijke instrument kan ook nog gedacht worden aan meer procesuele oplossingen, zie (ook over de wisselwerking van materieel en procesrecht in het algemeen) Giesen 2001, m.n. p. 472 e.v., en par. 4.8 hierna.

4.7.6 *Tussenstand*

Bezien we het voorgaande, dan volgt daaruit ten eerste dat een algemene toepassing van ‘de’ proportionele aansprakelijkheid ter vervanging van de huidige manier van omgaan met causaliteitsvragen, niet aan de orde lijkt te zijn. Het ligt weliswaar niet direct voor de hand om die leer in het ene geval wel en in het andere geval niet toe te passen, maar de gevallen verschillen onderling toch zodanig van elkaar dat het probleem niet steeds hetzelfde is. Dan is ook een differentiatie in oplossingen gerechtvaardigd.

Ten tweede blijkt dat het aantal mogelijke gevaltypen om de proportionele aansprakelijkheid ook op toe te (gaan) passen, in wezen niet zo heel groot is in vergelijking met wat er nu al mogelijk is.¹⁸³ Niet overall speelt, gelukkig, een meervoudig causaliteitsprobleem dat dan proportioneel oplosbaar zou kunnen zijn. Wellicht dat hierin dan een extra reden gelegen kan zijn om over de acceptatie in die wel in aanmerking komende gevallen niet al te ingewikkeld te doen. Er is immers, als de toepassingsmogelijkheden beperkt zijn, geen grote verandering van het aansprakelijkheidsrecht aan de orde bij aanvaarding van proportionaliteit in een aantal gevaltypen (dat zich overigens wel over het gehele spectrum van het aansprakelijkheidsrecht voordoet).

4.8 Verhouding tot alternatieve oplossingen voor causaliteitonzekerheid

4.8.1 *Introductie*

De vraag naar de reikwijdte van de proportionaliteitsoplossing uit *Nefalit/Karamus* is óók een vraag naar de verhouding tussen die oplossing en andere mogelijke manieren¹⁸⁴ om met causaliteitonzekerheid om te gaan. Daarbij wordt natuurlijk in eerste instantie aan de ‘omkeringsregel’ gedacht – deze is hiervoor al diverse malen aan de orde geweest – want de ‘omkeringsregel’ en de proportionele aansprakelijkheid zijn

183 In iets meer dan de helft van de besproken voorbeelden komt proportionaliteit serieus in beeld, maar daarbij geldt wel dat vele andere mogelijke voorbeelden niet nader besproken zijn, en dat betreft vooral de gevallen waarin proportionele aansprakelijkheid gewoonweg niet aan de orde is.

184 Ik heb het hier echter niet over strafrechtelijke, sociaal zekerheidsrechtelijke of schadefondsachtige alternatieven, zie nader Faure 2003, p. 71-74, en Van Maanen 2000, p. 53-55.

een instrument om hetzelfde probleem te regelen.¹⁸⁵ Daarnaast zijn er echter nog diverse andere instrumenten te onderscheiden die evenzeer als alternatief zouden kunnen dienen.¹⁸⁶ Steeds is dan de vraag of de proportionele oplossing de plek in zal (kunnen) nemen van het bestaande alternatief. Of komen alle alternatieven straks naast elkaar ter beschikking te staan van de procederende partijen?

Als uitgangspunt heeft hier wat mij betreft te gelden dat als meerdere instrumenten op zichzelf juridisch houdbaar en systematisch inpasbaar zijn en dus naast elkaar kunnen bestaan, de justitiabele ook de mogelijkheid moet hebben om te kiezen tussen die varianten. Hij moet dus zelf af kunnen wegen welk alternatief hij zal benutten. Hoe meer mogelijke remedies beschikbaar komen, hoe gunstiger dat is vanuit diens perspectief. Dan kan immers die remedie gekozen worden die de procespartij in dat specifieke geval het beste past.¹⁸⁷ Dit geldt eens te meer als de ratio, de reden of de rechtvaardiging voor het bestaan van de diverse instrumenten dezelfde is (causaliteitsonzekerheid als een onoverkomelijk bewijsprobleem). Als dat zo is, dan hebben al die alternatieven in beginsel een plaats in het privaatrecht.¹⁸⁸

De keuze, als er inderdaad meerdere alternatieven voor gebruik in aanmerking komen, zal vervolgens van de argumenten afhangen die eerder besproken zijn. Daarbij zal het gewicht van de argumenten niet alleen per alternatief maar ook per procesdeelnemer verschillend en daarmee bepalend zijn, want ook hier zal gelden (vgl. par. 4.6) dat het uiteindelijk om een eigen normatieve keuze gaat.

Dat gezegd zijnde, rijst uiteraard de vraag: welke zijn dan die alternatieven? Ik bespreek hierna een aantal processuele mogelijkheden (par. 4.8.3) doch eerst een aantal materieelrechtelijke mogelijkheden.

185 Zo ook Klaassen, *NJB* 2007, p. 1346.

186 Ik ga daarbij niet nader in op de 'evidential damage doctrine' van Porat en Stein, *OJLS* 2003, p. 697 e.v., want die leer is niets anders dan weer een nieuwe manier om tot aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid te komen.

187 In de keuze voor remedies, en de breedte van de mogelijkheden, loopt het civiele recht nog steeds achter, zeker ten opzichte van de mogelijkheden die bijv. mediation biedt, vgl. J.B.M. Vranken, *Algemeen deel****, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 2005, nr. 125. Dat alleen al pleit voor het hier ingenomen standpunt. Bij de keuze voor een bepaald alternatief zal degene die kiest wat mij betreft wel een zekere mate van evenredigheid moeten betrachten, vgl. Giesen 2001, p. 477. Disproportionaliteit is (ook) hier uit den boze.

188 Ik betoogde dat eerder al vanuit het perspectief van de bewijslastomkering, zie Giesen 2001, p. 472-479. Het navolgende is schatplichtig aan die passages.

4.8.2 *Materieelrechtelijke oplossingen*

Materieelrechtelijk zou een eerste alternatieve oplossing gelegen kunnen zien in het helemaal ecarteren van het causaliteitsbewijs. Indien we een nieuwe regel opstellen en daarbij niet langer als ingangsvoorwaarde stellen dat er een causale relatie moet bestaan tussen het gewraakte handelen en de schade, kan het hier besproken probleem niet eens ontstaan.¹⁸⁹ Uiteraard is dit lastig voorstelbaar omdat causaliteit wezenlijk is voor ons aansprakelijkheidsrecht, maar bij de aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid zetten we die eis ook al op de tocht (par. 4.5). Bovendien, bij het introduceren van een risicoaansprakelijkheid gebeurt in wezen hetzelfde. We ecarteren dan een reguliere voorwaarde voor aansprakelijkheid door niet aan te sluiten bij een eigen onrechtmatige en toerekenbare handeling.¹⁹⁰

Dichter bij de handhaving van het bestaande systeem van aansprakelijkheidsrecht blijven we als we, ten tweede, ervoor zouden kiezen om een andere (ruimere) uitleg te geven aan wat causaal verband nu eigenlijk is of zou moeten zijn. Door een begrip ruimer uit te leggen, kan het bewijs eenvoudiger leverbaar worden. Exit oorspronkelijk bewijsprobleem.¹⁹¹ Het heeft er de schijn van dat deze methode recent bijvoorbeeld in Engeland beproefd is (zie par. 4.5).¹⁹² Een variant hierop bestaat uit het vervangen of het herformuleren van het oorspronkelijke, lastig te bewijzen begrip.

Beide voornoemde methoden hebben gemeen dat het zogenaamde ‘*non liquet*’, de situatie dat het te bewijzen feit niet is of kan komen vast te staan, bij voorbaat vermeden wordt zodat de bewijslastverdeling niet beslissend wordt.¹⁹³ Het nadeel van beide methoden is wel dat ze het systeem van het aansprakelijkheidsrecht stevig doorkruisen door het causaliteitsvereiste af te zwakken, te herformuleren of helemaal uit te

189 Dogmatisch kan daartoe wellicht bij art. 6:97 BW, de schattingsbevoegdheid van de rechter, aangehaakt worden. Als er toch geschat wordt, waarom daarbij dan enkel afstemmen op alleen die schade waarvan is vastgesteld dat die veroorzaakt werd door de gewraakte handeling? Het artikel is immers bedoeld, algemeen gezegd, om een vordering niet te laten stranden op het feit dat we niet kunnen vaststellen wat precies de schade is, vgl. Giesen 2001, p. 474, noot 140.

190 Als methode om bewijsproblemen te omzeilen, is de risicoaansprakelijkheid een beproefd recept, zie Giesen 2001, p. 473, met nadere verwijzingen.

191 Giesen 2001, p. 473-474, met verdere verwijzingen.

192 Zie *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2003] 1 A.C. 32, over een soepeler causaliteitstest in geval van asbestblootstelling bij meerdere mogelijke veroorzakers daarvan.

193 Zie Giesen 2001, p. 475, en over dat begrip *t.a.p.*, p. 12.

schakelen. Aan de andere kant, datzelfde doet de proportionele benadering in de kern ook.

In het licht van deze materieelrechtelijke oplossingen, kan nog de vraag gesteld worden in hoeverre *normering* van schadevergoeding een alternatief voor proportionaliteit zou kunnen zijn.¹⁹⁴ Ook met betrekking tot de mogelijkheden om de schadevergoeding en het schadevergoedingsproces te normeren (standaardiseren), zal de nieuwe rechtspraak van de Hoge Raad van betekenis zijn. Immers, een beoordeling via proportionele aansprakelijkheid duidt op het leveren van maatwerk (de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid in het specifieke geval wordt ‘de maat’ der dingen), terwijl de normeringstendens nu juist meer aansluiting zoekt bij de afwikkeling van schade op macroniveau, los van wat er per individueel geval exact te gelden heeft. Aan de andere kant geeft precies dat element ook aan waar de aansluiting tussen beide zit omdat proportionele aansprakelijkheid afhankelijk is van waarschijnlijkheden en statistieken en die worden op macroniveau gegene-reerd.

Mijns inziens kan de verhouding tussen de tendens tot normering en de tendens om tot proportionele aansprakelijkheid te besluiten, *grosso modo* als volgt geduid worden. Een proportionele oplossing van een geschil, welke (ik herhaal het nog maar eens) bedoeld is om bewijsproblemen ten aanzien van het causale verband te omzeilen, wordt door normering van de schadevergoeding, voor zover een dergelijke normering zou slagen, minder noodzakelijk, omdat met de komst van de genormeerde schadevergoeding de potentiële bewijsproblemen (in elk geval ten dele) verdwijnen. Normering van schadevergoeding is immers mede bedoeld om discussies over wat er feitelijk gebeurd is, welke schade er daadwerkelijk gelden is en wie dat zou moeten bewijzen, te voorkomen. Ook hier wordt het ‘non liquet’ dus zoveel mogelijk vermeden. Door dergelijke discussies uit te sluiten, wordt bereikt dat er eerder en goedkoper tot een oplossing (een onderhandelingsresultaat) gekomen wordt.¹⁹⁵

194 Zie daarover o.a. het themanummer van *TVP* uit 2000, en met name de bijdrage van Vranken en Weterings aldaar (p. 54 e.v.), alsmede Giesen, Kamminga en Barendrecht 2001.

195 Hiermee is echter niet gezegd dat normering van schadevergoeding en proportionele aansprakelijkheid elkaar uitsluiten. Alleen al het feit dat normering van schadevergoeding ten aanzien van bepaalde schadeposten, zoals smartengeld, beter haalbaar lijkt dan ten aanzien van andere (Giesen, Kamminga en Barendrecht 2001, p. 144-147 en p. 148), staat aan die conclusie in de weg.

4.8.3 *Procesrechtelijke oplossingen*

Procesrechtelijk kan als eerste gedacht worden aan de zogenaamde ‘aanvullende stelplicht’ (verzwaring van de motiveringsplicht) om het onderhavige probleem te lijf te gaan.¹⁹⁶ Daarmee worden doorgaans immers bewijsnoodproblemen naar tevredenheid opgelost, terwijl bekend is dat die constructie ook benut kan worden als het om het bewijs van causaal verband gaat.¹⁹⁷ De onderbouwing voor het gebruik ervan is ook ‘behapbaar’, omdat doorgaans dezelfde argumenten benut kunnen worden die men ook voor een omkering van de bewijslast zou kunnen gebruiken.¹⁹⁸ Het nadeel van deze methode is hier echter dat de gedaagde in het soort zaken waar we hier mee van doen hebben, niet in staat zal kunnen zijn, zoals wel de bedoeling is, om de eiser aanknopingspunten voor de bewijslevering ten aanzien van het causale verband te verschaffen. Als de gedaagde dan niet aan deze plicht voldoet, is dat een verzuim dat niet aan hem toe te rekenen is. Zodoende kan daarop geen sanctie volgen, met als gevolg dat de eiser ook niet verder geholpen wordt.¹⁹⁹

Een volgende optie betreft het afzwakken van de normale eisen die we aan de bewijswaardering stellen.²⁰⁰ De maatstaf die de rechter aanlegt om te bepalen of het bewijs al dan niet geleverd is, kan strenger of minder streng worden vastgesteld. In plaats van de gebruikelijke ‘redelijke mate van zekerheid’ kan met minder zekerheid, bijvoorbeeld ‘aannemelijkheid’, genoegen worden genomen.²⁰¹

Uiteindelijk werkt echter ook dit alternatief niet als het om causaliteitsonzekerheid gaat zoals hier besproken. Immers, als de lat van de bewijswaardering weliswaar lager gelegd wordt maar er nog steeds een zekere overtuiging (‘more likely than not’) verkregen moet worden, worden alleen die gevallen opgelost waarin een oorzaak wel ‘aannemelijk’ (> 50% waarschijnlijk) maar niet ‘redelijk zeker’ is. Alle oorzaken die een lagere kans vertegenwoordigen, die een waarschijnlijkheid van minder dan 50% hebben, maar wel reëel zijn, vallen dan buiten de boot. En het gaat hier natuurlijk vooral om deze gevallen, want in die gevallen die

196 Daarover o.a. Giesen 2001, p. 39 e.v., en Asser 2004, p. 115 e.v.

197 Zie HR 23-11-2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut).

198 Giesen 2001, p. 475.

199 Vgl. Giesen 2001, p. 477.

200 Zo ook Boone, *R.W.* 2004, p. 96.

201 Dat gebeurt bijv. bij de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:138/248 BW, vgl. par. 4.7.5. Het (sneller) aannemen van feitelijke vermoedens zoals in gevallen van oneerlijke concurrentie (par. 4.7.5), sluit hierbij aan.

boven de 50% waarschijnlijkheid uitstijgen, komen we meestal toch wel tot een bevredigende oplossing (bijvoorbeeld via de voorhandse aannemelijkheid of het vermoeden van causaal verband). Dit bezwaar klemmt te meer als men ervan uit gaat, zoals dat opvallend vaak in de literatuur gebeurt, dat de reguliere bewijswaarderingsmaatstaf toch al die van ‘more likely than not’ (> 50%) is, ook in Nederland.²⁰² In dat geval bestaat de hiervoor als eerste genoemde categorie van gevallen niet eens. Het derde processuele alternatief dat bespreking vraagt, betreft de omkering van de bewijslast (het bewijsrisico) in de zin van art. 150 Rv.²⁰³ Als het om het causaliteitsbewijs gaat, gaat het tegenwoordig meer specifiek om het gebruik van wat dan heet de ‘omkeringsregel’.²⁰⁴ Onder bepaalde voorwaarden is het niet langer aan de eiser om het bewijs van het bestaan van een causale relatie te leveren, maar moet de gedaagde tegenbewijs aanvoeren. De precieze voorwaarden voor gebruik en de precieze rechtsgevolgen ervan, laat ik hier voor wat ze zijn, dat is een andere discussie;²⁰⁵ ik merk alleen nog op dat het hier uiteindelijk om een vermoeden en niet om een *echte* omkering van het bewijsrisico gaat, en dat de toepasselijkheid van die regel bij arbeidsongevallen en beroepsziekten eigenlijk wel een gegeven is. Het is dan ook ontegenzeggelijk waar dat de omkeringsregel een alternatief was, en wat mij betreft nog steeds is, voor het gebruik van een proportionele benadering. Sterker, waarschijnlijk heeft die ‘omkeringsregel’ de opmars van de kanstheorie en andere proportionele benaderingswijzen gedurende het laatste decennium stevig ‘afgeremd’.²⁰⁶ Dat dit kon gebeuren, hangt natuurlijk hiermee samen dat beide instrumenten hetzelfde probleem

202 Dat valt vooral op als in de literatuur het argument van het omslagpunt (zie par. 4.4) besproken wordt, dan legt men dat omslagpunt bij 50%. M.i. is dat echter niet de norm in Nederland (zie Giesen 2001, p. 48 e.v., m.n. p. 59-60.). De invloed van de Engelse/Amerikaanse standaard is hier blijkbaar zo groot dat bijna voetstoots van die norm wordt uitgegaan. Waarschijnlijk is het gemak van het getal (50%) bepalend in deze. Zie nader hieromtrent Akkermans 1997, p. 89-91.

203 Ik ga hierna voorbij aan de door Akkermans geïntroduceerde leer van het ‘gedeelte-lijk tegenbewijs’ (zie Akkermans 1997, p. 419 e.v., en daarover Giesen 2001, p. 182-184), omdat de kern van deze leer als ik het goed zie door de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* (r.o. 3.13) is aanvaard en dus onder de noemer proportionele aansprakelijkheid te scharen valt. Vgl. ook Van Dijk, *NTBR* 2006, p. 305. Ook ga ik niet specifiek in op feitelijke of wettelijke vermoedens, die natuurlijk ook als een alternatieve oplossing te benutten zijn, vgl. al par. 4.7.5.

204 Zie in dit verband ook Boone, *R.W.* 2004, p. 96.

205 Zie bijv. Giesen, *NJB* 2006, p. 521; Asser 2004, p. 173-190; Giesen, *RMThemis* 2004; Akkermans 2002.

206 Zie par. 4.5.

proberen op te lossen, namelijk de eiser tegemoetkomen bij diens bewijsnood.

Over de verhouding tussen beide kan dan nog gezegd worden, in aansluiting bij wat hiervoor al verdedigd werd, dat valt te constateren dat de ‘omkeringsregel’ eigenlijk enigszins afgedaan heeft, althans lijkt te hebben. Hoewel dat (nog) niet expliciet zo is beslist, en hoewel er hier voor een omvattende analyse daarvan geen plaats is, lijkt de werkingssfeer van die regel vrij drastisch teruggebracht te zijn de laatste jaren.²⁰⁷ Het gevolg is dat die regel vooral nog bruikbaar lijkt te zijn indien er een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is.²⁰⁸ In dat licht bezien, lijkt een verdere opmars van de proportionele wijze van omgaan met causaliteitsvragen ten faveure van de in onmin geraakte ‘omkeringsregel’, voor de hand liggend.²⁰⁹

Zonder de inhoudelijke voor- en nadelen van de bewijslastomkering als oplossing voor de hier spelende causaliteitsproblemen al te uitvoerig uit de doeken te willen doen,²¹⁰ pleit voor de laatste stelling ook dat als bezwaar tegen een bewijslastomkering aan te voeren is dat deze (rechtseconomisch) als inefficiënt beschouwd wordt. Door een bewijslastomkering te accepteren, nemen we namelijk het risico dat iemand schade moet vergoeden, terwijl die persoon deze schade niet had kunnen voorkomen door voorzorgsmaatregelen te treffen, omdat hij in werkelijkheid niet de veroorzaker was.²¹¹ Dat punt betreft precies de kern en het wezen van bewijsrisicobeslissingen: als de bewijsvoering niet slaagt en het bewijsrisico de beslissing dicteert, *doen we alsof* iemand juist niet of juist wel iets heeft aangetoond, en

207 Dat is zeker het geval vanuit het perspectief van het ‘vertrekpunt’ ervan, de *Dicky Trading II*-uitspraak (HR 26-1-1996, *NJ* 1996, 607 nt. WMK).

208 Zie hierover o.a. Giesen, *NJB* 2006, p. 521. Vgl. ook Verheij 2005, p. 66-69. Zie in dit verband verder nog de niet-toepassing ervan bij geschonden informatieplichten, vgl. HR 23-11-2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut) en *NJ* 2002, 387 (N./P.) en HR 2-2-2007, *NJ* 2007, 92 (Juresta/X.).

209 Althans voor de gevallen van onzekerheid waarvoor beide instrumenten geschikt zijn. Als de vraag ‘slechts’ is of die ene mogelijke oorzaak ook inderdaad de oorzaak was, dan zal de ‘omkeringsregel’ gewoon in beeld blijven. Vgl. par. 4.7.1 en Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 100, die dan spreekt over de afwezigheid van een ‘eigen-schuld-factor’.

210 In het verwoorden van de bezwaren tegen het ‘alles of niets’-systeem worden de merites van de bewijslastomkering (geen ideaal instrument, zie Giesen 2001, p. 479) veelal meegenomen. Ik verwijs dan ook naar de in par. 4.4 en 4.5 genoemde literatuur.

211 Zie Faure 2003, p. 47-48. Vanuit het perspectief van preventie is er overigens ook wel wat te zeggen voor een bewijslastomkering, zie Giesen 2001, p. 461-462 en 487.

dan handelen we vervolgens alsof de feitelijke situatie inderdaad conform dat zojuist aanvaarde uitgangspunt is. Uitgaande van die fictie volgen dan de rechtsgevolgen die daaraan verbonden zijn. Dat dit een fictie betreft en niet strookt met de ‘echte werkelijkheid’, wordt op de koop toegenomen omdat we de werkelijke waarheid niet boven tafel konden krijgen (daarom was de beslissing op basis van het bewijsrisico ook nodig).²¹² Daarbij geldt uiteraard dat het risico verbonden aan een bewijslastomkering voor de gedaagde in de kern hetzelfde is als het risico voor diens wederpartij als die omkering niet volgt. De fictie werkt twee kanten op, maar meestal ten laste van de eisende partij.

Overigens is het verwijt aan de leer van de bewijslastverdeling niet helemaal terecht want bij toepassing van de proportionele aansprakelijkheid weten we ook niet wie in werkelijkheid in dit geval de veroorzaker was. We weten alleen dat de gedaagde de veroorzaker was in een zeker percentage van de gevallen of voor een zeker percentage van de schade.

Tegen die proportionele oplossing pleit dan eventueel nog dat als een probleem vooral als een bewijsprobleem geduid wordt, de gedachte kan opkomen dat dan ook daar, in de sfeer van het bewijs en het bewijsrecht, de oplossing gevonden zou moeten worden. Wat mij betreft is dat echter niet noodzakelijk. Iedere oplossing, ongeacht de herkomst ervan, komt in aanmerking. Dat het bewijsrecht zelf een alternatief biedt, wil slechts zeggen dat er geen absolute noodzaak bestaat om daarbuiten naar oplossingen te zoeken; het betekent echter niet dat eenmaal gevonden alternatieve wegen dan maar verder genegeerd zouden moeten worden ten behoeve van het bewijsrecht.²¹³

4.8.4 *Tussenstand*

De conclusie uit het voorgaande is mijns inziens redelijk evident. Het gebruik van de genoemde materieelrechtelijke alternatieven ligt niet erg voor de hand, omdat ze het systeem van het aansprakelijkheidsrecht stevig doorkruisen door het causaliteitsvereiste af te zwakken, te her-

212 Vgl. over dit karakter van de bewijslast Giesen 2001, p. 478-479.

213 Relevant zou wellicht nog kunnen zijn of de gedaagde de bewijsnood aan de kant van de eiser gecreëerd heeft, vgl. HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78 (B./Interpolis), want als dat het geval is, valt er m.i. wel iets te zeggen voor een tegemoetkoming voor de eiser (en dus een sanctie voor de gedaagde) via het bewijsrecht, met een wellicht iets duidelijker ‘alles of niets’-karakter. Daarin zit dan echter een ‘straffend’ element, vanuit het idee dat zulks anderen zal afschrikken om toekomstige wederpartijen in bewijsnood te doen geraken.

formuleren of helemaal uit te schakelen. Een dergelijke benadering hanteren naast de proportionele, lijkt overbodig want dubbelop. Procesrechtelijk komt alleen de ‘omkeringsregel’ als echt alternatief in beeld. De keuze daarvoor stond en staat open, maar deze regel lijkt wel momenteel het tij tegen te hebben. Of dat zo blijven zal, is natuurlijk koffiedik kijken.

4.9 Afronding

4.9.1 *De veelal ontbrekende motivering*

Er rest mij één kwestie,²¹⁴ en dat betreft een punt dat de opmars van de proportionele aansprakelijkheid in mijn ogen minder overtuigend maakt, te weten de veelal geheel of nagenoeg geheel ontbrekende *motivering* voor die keuze. Zo wordt de beslissing om opeens met gebruikmaking van bijvoorbeeld de kanstheorie te beslissen, in de (lagere) rechtspraak niet of nauwelijks gemotiveerd. Dat is een aspect dat, opvallend genoeg, uit vrijwel alle rechtspraak over proportionele aansprakelijkheid naar voren komt.²¹⁵ Zodoende is er dus ‘sluipenderwijs’, zonder enige vorm van échte onderbouwing, een voor Nederland nieuw leerstuk in de rechtspraak ingevoerd. In de beroemde uitspraak inzake *Schaier/De Schelde* werd bijvoorbeeld, ten onrechte, niet ingegaan op de vraag of de daar benutte eigen schuld-regeling van art. 6:101 BW wel toepasselijk kon zijn.²¹⁶

Waarom proportionele aansprakelijkheid in Nederland toegepast zou moeten worden, wordt dus eigenlijk niet onderbouwd. Dat is gezien de – zoals ook blijkt uit het voorgaande – delicate afweging die op basis van de argumenten voor en tegen die leer nodig is, minstgenomen

214 Uiteraard liggen ook nog andere kwesties ter bespreking voor, zoals de vraag naar de ambtshalve toepassing van proportionele aansprakelijkheid (waarover vooral Klaassen, *NJB* 2007, p. 1358 e.v.) en de omgang met predisposities (zie bijv. Keirse, *TVP* 2006, p. 73-74), maar daar is het hier en nu de plaats niet meer voor.

215 Zie ook mijn noot onder Rb. Den Haag, 12-7-2000, *TVP* 2000/4, p. 94 e.v. (Van Eenige-Riemvis/Speetjens). Een uitzondering is (de poging in) Ktg. Heerlen 19-4-2006, *JAR* 2006/108 (Walraven/Steenfabriek Nuth).

216 Ktg. Middelburg 1 februari 1999, *Njkort* 1999, 35 (Schaier/De Schelde), waarover uitvoerig (en kritisch) A.J. Akkermans, Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken, *VR* 1999, p. 193 e.v. Kritisch in deze ook Keirse, *TVP* 2006, p. 70, en M.S.A. Vegter, Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker, *SR* 2006, p. 197 en 198.

opmerkelijk te noemen en mijns inziens ook onjuist.²¹⁷ Dat klemmt te meer omdat er jarenlang door vele rechters uitspraken gewezen zijn zonder toepassing van die kanstheorie of andere vormen van proportionaliteit. Wat mij betreft zou verwacht mogen worden dat een dergelijk ‘omgaan’ dan, zelfs als dat op het niveau van een Rechtbank of Hof gebeurd, gedegen onderbouwd zou worden.

Zo doet bijvoorbeeld de Haagse rechtbank in een uitspraak uit 2000²¹⁸ weliswaar een poging tot motivering, maar dat doet zij door aan te geven dat er in dit geval alleen een waarschijnlijkheidsoordeel mogelijk is. Daaruit vervolgens de conclusie trekken dat daarom ook het causale verband alleen in een percentage van waarschijnlijkheid uitgedrukt kan worden zodat de kanstheorie toegepast moet worden, is echter niet noodzakelijk. Het was immers gebruikelijk dat de vordering werd afgewezen als de mate van waarschijnlijkheid van een mogelijk causaal verband onvoldoende sterk was, tenzij de rechter besloot dat op dat punt een bewijslastomkering aanvaard moest worden.²¹⁹ Waarom deze mogelijkheden opeens uit de gratie zouden zijn of niet gevolgd zouden hoeven worden, wordt dan ten onrechte niet nader aangegeven.

Gelukkig heeft de Hoge Raad dit recent al iets beter gedaan, door betrekkelijk principieel te overwegen in *Nefalit/Karamus* dat in dergelijke gevallen de proportionele aansprakelijkheid leidend is, omdat dat het meest billijk is. Maar waar het de verdere reikwijdte van die leer betreft, bleef ook de Raad feitelijk in gebreke. En een gedegen verantwoording waarom de speciale eigen-schuldregeling van art. 7:658 lid 2 BW niet werd of kon worden toegepast, is in dat arrest ook niet te vinden. De beslissing om voorbij te gaan aan die speciale regel in dit soort gevallen (roken als privéoorzaak) blijft impliciet.²²⁰

217 Vgl. ook Van Dijk, *A&V* 1999, p. 41; Keirse, *TVP* 2006, p. 75, en Klaassen, *NJB* 2007, p. 1357-1358 en 1362, hoewel zij het meer over de wijze van toepassing en niet over de keuze voor proportionaliteit als zodanig heeft.

218 Zie Rb. Den Haag, 12-7-2000, *TVP* 2000/4, p. 94 e.v., m.nt. Giesen (Van Eenige-Riemvis/Speetjens), vooral r.o. 8 (op p. 95).

219 Hetgeen op dat moment ook wel gebeurde, zeker voor wat betreft de medische aansprakelijkheid, zie voor voorbeelden Giesen 1999, p. 49 (noot 310) en p. 110 (noot 133).

220 Over het verschaffen van inzicht in hoe de rechter tot een bepaald percentage is gekomen, heb ik het dan nog niet. Ook daar is motiveren van belang, vgl. Hartlief 2000, p. 20, en in breder verband Giesen 2008, p. 196-197. Hoe het m.i. niet moet? Zie daartoe Rb. Maastricht 24-9-2003, *LJN*: AL7039 (vijf mogelijke oorzaken, kansen zijn niet te bepalen; elke oorzaak telt dan voor 20%; gedaagde verantwoordelijk voor drie oorzaken en dus 60% aansprakelijk).

De redenen voor dit ontbreken van uitvoeriger motiveringen zijn niet lastig te bedenken (zoals daar is de voorzichtigheid die de Hoge Raad blijkbaar wil hanteren en nodig heeft om zichzelf niet bij voorbaat te veel vast te leggen), maar dat laat onverlet dat die koers ook nadelen kent, zoals onzekerheid bij het veld van beroepsgenoten die met de uitspraak moeten werken. Die onzekerheid is extra lastig als de weging van de argumenten voor of tegen een bepaalde insteek, en dus voor of tegen de uitbreiding daarvan, zo nauw luistert en lastig is. Voor de rechtspraak is dan óf een machtswoord nodig óf een gedegen onderbouwing die duidelijk maakt hoe ver de beslissing strekt. Dan weet die praktijk waaraan men toe is.

Dit alles klemt eens te meer omdat het op zich helemaal niet zo ingewikkeld is om tot een deugdelijke motivering van de gemaakte keuze te komen, als men die normatieve keuze (voor proportionele aansprakelijkheid) eenmaal gemaakt heeft. Het proefschrift van Akkermans, maar natuurlijk ook de nadien verschenen literatuur, staat er vol van.²²¹ Je zou eigenlijk ook verwachten dat de raadsheren en rechters die literatuur kennen. Immers, waar hebben ze anders opeens het idee vandaan dat ze ook zouden kunnen ‘proportionaliseren’?

4.9.2 Slot

Dit deel van het preadvies had een bescheiden doel. Het beoogde een overzicht van het probleem te geven, en om de belangrijkste argumenten voor en tegen een mogelijke oplossingsrichting (proportionele aansprakelijkheid) voor dat probleem te schetsen. Daarnaast was het doel om de reikwijdte van die oplossing en de verhouding daarvan tot eventuele andere mogelijkheden te analyseren.

Bij zo een bescheiden doel, past een bescheiden conclusie. Deze bestandsopname laat zien dat de probleemanalyse erg belangrijk is voor de bepaling van de reikwijdte van de proportionele aansprakelijkheid, evenals voor de verhouding ervan tot andere opties. De analyse van de gebruikte argumenten laat verder zien dat eenieder daaruit rijkelijk kan putten voor hetgeen hij of zij (toch al) zou willen betogen. Die argumenten dwingen dus niet in één enkele richting. Uiteindelijk moet degene die beslist derhalve een eigen normatieve keuze maken. En deze vervolgens, om die keuze voor de buitenwereld inzichtelijk te maken, gedegen motiveren.

²²¹ Zie de argumentatie zoals hiervoor in par. 4.4 genoemd.

Hoofdstuk 5

Afsluiting: proportioneel verbintenissenrecht?

[ETTT] Dank voor je uitvoerige bespreking. Wat denk jij? Kunnen we jouw verhaal en het mijne ergens verbinden en verenigen? Zijn er dwarsverbanden te leggen?

[IG] Ik zie wel een enkel verband, geloof ik. Bijvoorbeeld dat proportionaliteit uiteindelijk steevast geassocieerd wordt met, of in jouw woorden, ‘onderdeel is van’ rechtvaardigheid. Het is de meest rechtvaardige oplossing, dat gevoel beklijft, vandaar ook de populariteit ervan. En vandaar ook de neiging van de proportionele oplossing om zich te verspreiden, om meer en meer terrein te veroveren. Hoe zou iemand ook tegen die uitbreiding kunnen zijn als we zo tot meer rechtvaardigheid kunnen komen, toch?

[ETTT] Klopt, maar daarmee verdicht de kernvraag zich tot deze: wat maakt dat we dit proportionaliteitsdenken de meest rechtvaardige oplossing vinden? Zeker omdat we eeuwenlang anders gedacht hebben in het privaatrecht, is dat een vraag die beantwoording vergt.

[IG] Wat mij betreft heeft dat voor een groot deel hiermee te maken dat proportionaliteit voorkomt dat een kwalijke handeling onbestraft blijft. In elk geval in het aansprakelijkheidsrecht is dat zo. Doordat we via proportionaliteit causaliteitsonzekerheid kunnen omzeilen, bereiken we dat onzorgvuldig handelen ook daadwerkelijk tot een schadevergoeding voor het slachtoffer van die handeling leiden zal, en bereiken we dat toekomstige potentiële ‘schadeveroorzakers’ twee keer nadenken. Zonder proportionaliteit zou de aloude CSQN daaraan in de weg hebben gestaan, en dat accepteren we tegenwoordig blijkbaar niet meer.

[ETTT] Aha, datzelfde element speelt ook een rol op contractenrechtelijk terrein. Ik zei immers al eerder dat de mate van subjectieve verwijtbaarheid een van de factoren van belang was. Dat verband lijkt me helder. Maar wat daarvan ook zij, ik constateer echter wel dat daarmee, ook dat liet ik al eerder doorschemeren, de rechtszekerheid op de tocht komt te staan.¹ In het contractenrecht is dat een groot goed dat we niet zonder meer buitenspel mogen zetten.

1 Zie ook Drion en Van Wechem, *NJB* 2006, m.n. p. 571.

[IG] Dat ligt wel enigszins anders in het aansprakelijkheidsrecht, hoewel ook daar rechtszekerheid van belang is, want daar hebben de partijen voordien meestal niets met elkaar van doen gehad, zijn er geen afspraken gemaakt die gestand gedaan moeten worden. Maar ook in het contractenrecht wordt de sanctie niet onverkort toegepast, zo begrijp ik jouw eerdere conclusies, als deze het rechtsgevoel beschaamt. Dat is mijns inziens de kern, en daar ligt dan ook de gelijkgeaardheid van beide terreinen op dit punt. We willen blijkbaar niet langer met de uitkomst leven die het tot voor kort overheersende ‘alles of niets’-systeem bedacht had, daar stappen we van af als de sanctie ongerijmd is of als het ongerijmd is dat er geen sanctie toe te passen is terwijl het vertoonde gedrag daarom vraagt.

[ETTT] Dat gaat wel wat verder, zo bedenk ik mij inmiddels, dan plastische chirurgie.

[IG] Dit gaat zeker verder dan slechts de oppervlakte, dit raakt het diepste wezen van ons privaatrecht. Hier is de internist aan het werk.

[ETTT] Ik vraag mij overigens nog af of het verband tussen proportionaliteit en rechtvaardigheid niet ook op een andere wijze kan worden gelegd.

[IG] Ik ben benieuwd.

[ETTT] Ik doel op het eerder in paragraaf 2 al genoemde gelijkheidsbeginsel. Is een proportionele verdeling soms niet gewoon een wijze om een genuanceerd onderscheid aan te brengen in de behandeling (van de gevolgen) van bepaalde gevallen omdat die gevallen niet helemaal gelijk zijn? Een geringe schending van een vervalbeding staat immers niet gelijk aan een flagrante schending, en zou dus niet op dezelfde wijze moeten worden bestraft. En de contractsvrijheid staat hiermee op gespannen voet omdat we gewend zijn dat mensen in private verhoudingen willekeurig mogen zijn, tot op zekere hoogte het gelijke ongelijk mogen behandelen. Dan zijn er twee basisintuïties, of, zo je wilt, beginselen, die op elkaar botsen. Misschien is het verzet tegen een proportionele benadering een gevolg van het feit dat we als juristen (en als gewone burgers?) vanaf het allereerste begin hebben geleerd te denken in termen van contractsvrijheid, de autonomie, de vrijheid om zelf te bepalen wat je doet. De angst om proportionaliteit toe te laten, is dan de angst voor het hellend vlak, een vorm van juridische hoogtevrees. En is het bij de proportionaliteit in het aansprakelijkheidsrecht niet ook zo dat we hebben geleerd te denken in termen van wel of geen aansprakelijkheid?

[IG] Het ‘alles of niets’-denken is stevig verankerd in ons denken, jaze-ker, en zeker ook op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht. Van

een dergelijke verankering ontdoen wij ons niet zomaar en zonder meer, dat vergt niet alleen overtuigingskracht van het daarvoor aangevoerde alternatief (proportionaliteit) maar ook tijd, tijd om te wennen aan dat nieuwe vertrekpunt. Die gewenningsfase, daar zitten we nu middenin, zo lijkt het.

[ETTT] De weerstand tegen proportionaliteit kunnen we misschien ook positief beschouwen als een uiting van de kracht van de beginselen van rechtszekerheid en contractsvrijheid. Zouden we zonder slag of stoot bakzeil halen voor proportionaliteit, dan zouden het geen beginselen zijn. Die weerstand is nuttig omdat het ons doet beseffen dat er ook iets tegen onverkorte proportionaliteit is in te brengen. De discussie tussen ons en met de literatuur komt zo bezien neer op een verschuiving van de balans richting proportionaliteit, zonder dat alles proportioneel wordt. Soms wint proportionaliteit het, soms rechtszekerheid of contractsvrijheid.

[IG] Zoals een dialoog tussen twee juridische stemmen...

[ETTT] Precies. We kunnen elkaar overtuigen waar de een of de ander gelijk blijkt te hebben, maar of dat zo is, ontdekken we pas door elkaar tegen te spreken.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

(Literatuur die meermalen benut is, is in de voetnoten verkort aangehaald en hierna in de lijst volledig opgenomen; de overige bronnen zijn in de voetnoten zelf volledig geciteerd)

Abas, *NTHR* 2006

P. Abas, 'Nogmaals: 'Vervalbeding in de verzekeringspolis en goede trouw', *NTHR* 2006, p. 125-129

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KUB, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1997

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Oratie VU, BJu: Den Haag 2002

Asser 2004

W.H.D. Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer: Deventer 2004

Asser-Clausing-Wansink 2007

P. Clausing en J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere Overeenkomsten. Deel VI. De verzekeringsovereenkomst*, 2^e druk, Kluwer: Deventer 2007

Asser-Hartkamp 4-I (2004)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, 12^e druk, Kluwer: Deventer 2004

Asser-Hartkamp 4-II (2005)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, 12^e druk, Kluwer: Deventer 2005

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Bakels 1993

F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden, Deventer 1993

Bakels 1994

F.B. Bakels 1994. *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Mon. Nieuw BW B-58, Kluwer: Deventer 1994

Bakels, *WPNR* 2007

F.B. Bakels, 'Inzake het redelijk alternatief', *WPNR* 6693 (2007)

Barendrecht en Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht, E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 1999

Berger-Bos 1974

J.M. Berger-Bos, 'Verzekering: contractus uberrimae fidei of niet?', in: *Verzekeringen van Vriendschap*, Kluwer: Deventer 1974, p. 109-117.

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg, BJu: Den Haag 2005

Birds 2007

J. Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, 7^e druk, Sweet & Maxwell: Londen 2007

Boks 2002

D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, diss. RuG, Kluwer: Deventer 2002

Van Boom, Jansen en Linssen 1997

W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1997

Boone, R.W. 2004

I. Boone, Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband, *R.W.* 2004-2005, nr. 3 (sept. 2004), p. 92 e.v.

- Van den Brink, *RMThemis* 1998
 V. van den Brink 1998. 'Onredelijke of onzedelijke exoneratiedingen', *RMThemis* 1998/3, p. 67-74
- Christiaans, *MvV* 2006
 C.R. Christiaans, 'Beroep op vervalbeding voor 90 % onaanvaardbaar. HR 17 februari 2006 (Royal&Sun Alliance c.s./ Universal Pictures)', *MvV* 2006, p. 62-64
- Deutsch 2000
 E. Deutsch, *Versicherungsvertragsrecht*, 4^e druk, VVW: Karlsruhe 2000
- Van Dijk, *A&V* 1999
 Chr.H. van Dijk, Proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten vindt navolging, *A&V* 1999/2, p. 37 e.v.
- Van Dijk 2003
 Chr.H. van Dijk, Toepassing van de theorie van verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Sdu: Den Haag 2003, p. 27 e.v.
- Van Dijk, *NTBR* 2006
 Chr.H. van Dijk, De Hoge Raad stemt in met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, *NTBR* 2006, p. 294 e.v.
- Drion en Van Wechem 2006
 C.E. Drion, T. van Wechem, Proportionele redelijkheid en billijkheid, *NJB* 2006, p. 567 e.v.
- Drion en Wit, *Contracteren* 2005
 C.E. Drion en P. Wit, 'De Service Level Agreement: een bijzondere overeenkomst?', *Contracteren* 2005, p. 32-38
- Drion, Hartlief en Van Wechem, *AV&S* 2007
 C.E. Drion, T. Hartlief en T. van Wechem, 'Naschrift', *AV&S* 2007, p. 173-174
- Faure 2003
 M.G. Faure, Proportionele aansprakelijkheid, in: A. Hammerstein e.a., *Causaliteit*, Koninklijke Vermande/Sdu: Den Haag 2003, p. 33 e.v.

Feunekes 2001

R. Feunekes, *Risicoverzwaren bij schadeverzekeringen*, diss. Nijmegen, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2001

Giesen 1997

I. Giesen, Bewijsrisico, ongedeelde smart?!, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1997, p. 117 e.v.

Giesen 1999

I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. KU Brabant, BJu: Den Haag 2001

Giesen, Kamminga en Barendrecht 2001

I. Giesen, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld, in: M. Faure, T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Boom Juridische uitgeverij, Den Haag 2001, p. 131 e.v.

Giesen, *RMThemis* 2004

I. Giesen, Boekbespreking: A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, *RMThemis* 2004/2, p. 91 e.v.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Serie Recht en Praktijk 132, Kluwer: Deventer 2005

Giesen, *NJB* 2006

I. Giesen, Stilstand en voortgang in de rechtspleging, *NJB* 2006, p. 518 e.v.

Giesen, *WPNR* 2006

I. Giesen, Proportioneel vermogensrecht: deining aan de Haagse kust, *WPNR* 2006, p. 645 e.v.

Giesen 2008

I. Giesen, *Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking*, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Gedrag en privaatrecht*, BJu: Den Haag 2008, p. 181 e.v.

Green 2005

M.D. Green, *The future of proportional liability: the lessons of toxic substances causation*, in: M. Stuart Madden, *Exploring tort law*, Cambridge University Press: Cambridge 2005, p. 352 e.v.

Hammerstein en Vranken 2003

A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Mon. Nieuw BW A-10, 2^e druk, Kluwer: Deventer 2003

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 1994

Hartlief, AA 1997

T. Hartlief, *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht?*, AA 46 (1997), 196-202

Hartlief 1999

T. Hartlief, *'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?'*, in: Hartlief & Stolker 1999, p. 239-253

Hartlief 2000

T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid: een introductie*, in: A.J. Akkermans (e.a.) (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2000, p. 1 e.v.

Hartlief 2003

T. Hartlief, *'De begrenzing van bevoegdheden terzake van niet-nakoming. Enkele opmerkingen over stapeling van correctiemechanismen'*, in: T. Hartlief, Jac. Hijma, L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Kluwer: Deventer 2003, p. 57-74

Hartlief, AA 2007

T. Hartlief, *'Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering'*, AA 56 (2007) 4, p. 358-364

Hartlief en Stolker 1999

T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Kluwer: Deventer 1999

Hendrikse 2002

M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Kluwer: Deventer 2002

Hendrikse, *AV&S* 2006

M.L. Hendrikse, 'De invloed van de invoering van titel 7.17 op enkele, veel voorkomende clausules in verzekeringsvoorwaarden', *AV&S* 2006, p. 74-80

Hendrikse 2006

M.L. Hendrikse, 'Algemene voorwaarden en verzekering', in: Wessels, Jongeneel en Hendrikse 2006, p. 581-605

Hendrikse, *RMThemis* 2007

M.L. Hendrikse, 'Risicoverzwaarig in het verzekeringsrecht: een weerbarstig leerstuk', *RMThemis* 2007-6, p. 241-259

Hendrikse, Van Huizen en Rinkes 2005

M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. Van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Kluwer: Deventer 2005

Hendrix en Akkermans, *TvGR* 2007

L.G.J. Hendrix, A.J. Akkermans, Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar, *TvGR* 2007, p. 498 e.v.

Hijma 1988

J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 1988

Hijma 1989

J. Hijma, *Het constitutionele wijzigingsvonnis*, rede Leiden, Kluwer: Deventer 1989

Hijma 2003

J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. NBW B55, Kluwer: Deventer 2003

Kamphuisen, *AV&S* 2008

J.G.C. Kamphuisen, 'HR 5 oktober 2007: verval van recht, overgang van belang en bedrog bij de schadeafwikkeling in één arrest', *AV&S* 2008, p. 28-34

Krans en Tjong Tjin Tai, *NbBW* 2002

H.B. Krans en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Algemeen geformuleerd exonerationbeding, nietigheid en redelijkheid en billijkheid', *NbBW* 2002, p. 30-32

Keirse, *TVP* 2006

A.L.M. Keirse, Proportionele aansprakelijkheid bij blootstelling aan asbestvezels en tabaksrook, *TVP* 2006, p. 66 e.v.

Klaassen, *NJB* 2007

C.J.M. Klaassen, Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?, *NJB* 2007, p. 1346 e.v.

Kortmann, *NJB* 2006

J.S. Kortmann, Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?, *NJB* 2006, p. 1404 e.v.

Lindenbergh, *AA* 2006

S.D. Lindenbergh, Longkanker door asbest en/of roken: proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, *AA* 2006, p. 736 e.v.

Linssen 1997

J.G.A. Linssen, 'Ontbinding als ultimum remedium', in: Van Boom, Jansen en Linssen 1997, p. 57-69

Loos, *WPNR* 1997

M.B.M. Loos, 'Partiële nietigheid van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden', *WPNR* 6260 (1997), p. 155-159

Loos 2001

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, BJu: Den Haag 2001

Van Maanen 2000

G. van Maanen, Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde, in: A.J. Akkermans (e.a.) (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2000, p. 43 e.v.

Mendel, *AV&S* 2007

M.M. Mendel, 'Wonderlijke opwinding over een proportionele benadering door de Hoge Raad', en 'Reactie op Naschrift', *AV&S* 2007/4, p. 171-172 en 174

Nieuwenhuis 2003

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Kluwer: Deventer 2003

Nieuwenhuis, *RMThemis* 2006

J.H. Nieuwenhuis, Disproportionele aansprakelijkheid, *RMThemis* 2006-5, p. 177-178

Peeperkorn, *VR* 1998,

D. Peepkorn, Het oordeel van Paris, *VR* 1998, p. 321 e.v.

D. Peepkorn, Het feest der gedaagden, kritiek op de proportionele leer, in: A.J. Akkermans (e.a.) (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, BJu: Den Haag 2000, p. 59 e.v.

Peletier, *RMThemis* 1995

M.E.M.G. Peletier, 'Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid', *RMThemis* 1995/10, p. 423-433

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, diss. Amsterdam (VU), BJu: Den Haag 1999

Porat en Stein, *OJLS* 2003

A. Porat, A. Stein, Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen, and Fairchild, *OJLS* 2003, Vol. 23, no. 4, p. 667 e.v.

Punt 2008

L. Punt, *Eendagsvlieg? Of toekomstperspectief*, Kennispunt UU: Utrecht 2008

Reurich 1998

L. Reurich, 'Risico en proportionaliteit', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!*, BWKJ nr. 14, Gouda Quint: Deventer 1998, p. 49-63

Van Schaick 1994

A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. Tilburg, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994

Van Schaick 2003

A.C. van Schaick, 'Vernietigbaarheid als sanctie', in: *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, BWKJ nr. 19, Kluwer: Deventer 2003, p. 37-56

Schelhaas, *NTBR* 2002

H.N. Schelhaas, 'Matiging van een contractuele boete: regel of uitzondering?', *NTBR* 2002, p. 71-76

Schelhaas 2003

H.N. Schelhaas, 'Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De waarde van het boetebeding', in: *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, BWKJ nr. 19, Kluwer: Deventer 2003, p. 101-118

Schelhaas 2004

H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht, Kluwer: Deventer 2004

Schiemann, FS Canaris 2007

G. Scheimann, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: A. Heldrich (u.a.)(hrg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Beck: München 2007, p. 1161 e.v.

Spier 1990

J. Spier, *Sluipende schade*, Kluwer: Deventer 1990

Spier 1997

J. Spier, 'Aansprakelijkheidsverzekeringen: alles en niets', in: Van Boom, Jansen en Linssen 1997, p. 91-104

Stolp 1999

M. Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?', in: Hartlief en Stolker 1999, p. 501-515

Stolp 2007

M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007

Taupitz, FS Canaris 2007

J. Taupitz, Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?, in: A. Heldrich (u.a.)(hrg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Beck: München 2007, p. 1231 e.v.

Van Tiggele-Van der Velde 2006

N. van Tiggele-Van der Velde, 'In een redelijk belang geschaad zijn', in: N. van Tiggele-Van der Velde, J.G.C. Kamphuisen, en B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Kluwer: Deventer 2006, p. 431-462

Van Tiggele-Van der Velde, *AV&S* 2006

N. van Tiggele-Van der Velde, Proportionele korting bij te late melding, *AV&S* 2006, p. 129-132

Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2002

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Processuele aspecten van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6482 (2002)

Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Proportionele aansprakelijkheid in het algemene aansprakelijkheidsrecht, *Bb* 2006, p. 98 e.v.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA), Kluwer: Deventer 2007

Tjong Tjin Tai en Verstijlen 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, F.M.J. Verstijlen, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2006, p. 1733 e.v.

Van 1995

A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. EUR, Gouda Quint: Arnhem 1995

Verheij, *NTBR* 2003

A.J. Verheij, 'Conversie van een geldig exoneratiebeding', *NTBR* 2003/5, p. 246-251

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Monografieën Privaatrecht 4, 6^e druk, Kluwer: Deventer 2005

Visscher 2007

L. Visscher, Schadevergoedingsrecht, in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, BJu: Den Haag 2007, p. 87 e.v.

Vranken, *WPNR* 1994

J.B.M. Vranken, 'Het alles of niets bij exoneratiebedingen', *WPNR* 6142 (1994), p. 453-454

Vranken 1996

J.B.M. Vranken, 'Misbruik van recht als overgangsfiguur', *BWKJ* 1996, Kluwer: Deventer 1996, p. 87-96

Wagner 2006

G. Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, Verlag C.H. Beck: München 2006

Wessels, Jongeneel en Hendrikse 2006

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, 4^e druk, Kluwer: Deventer 2006

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 4^e dru., bew. door T. Koopmans, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1999

Zimmermann en Whittaker 2000

R. Zimmermann, S. Whittaker (red.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000

