

HOOFDSTUK 1

WAAR HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT GOED VOOR IS

1.1	Plaats van het aansprakelijkheidsrecht in de maatschappij	27
101	Inleiding	27
102	Primaire functies aansprakelijkheidsrecht	29
103	Secundaire functies aansprakelijkheidsrecht	33
104	De rol van verzekeringen	37
105	Ieder heeft recht op effectieve rechtsbescherming	40
1.2	Plaats van het aansprakelijkheidsrecht in het rechtssysteem	41
106	Aansprakelijkheidsrecht en verbintenissenrecht	41
107	Aansprakelijkheidsrecht en EVRM	43
108	Aansprakelijkheidsrecht en Unierecht	44
109	Aansprakelijkheidsrecht en strafrecht	46
110	Aansprakelijkheidsrecht en bestuursrecht	48
1.3	Wat beschermt het aansprakelijkheidsrecht?	49
111	Het algemene persoonlijkheidsrecht	49
112	Fysieke aspecten van de persoonlijkheid	51
113	Niet-fysieke aspecten van de persoonlijkheid	53
114	De open grens tussen eigendom en financiële belangen	59

1.1 PLAATS VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT IN DE MAATSCHAPPIJ

101 | Inleiding

Het aansprakelijkheidsrecht regelt de gevolgen van de fricties die ontstaan waar mensen samenleven. Die fricties hebben altijd bestaan, aanvankelijk in een agrarische samenleving met relatief overzichtelijke risico's en nu ook in de geïndustrialiseerde, gemotoriseerde en geautomatiseerde samenleving met een groot aantal complexe risico's. Wetgeving, verzekeringen en het aansprakelijkheidsrecht spelen een belangrijke rol in het reguleren van deze risico's en de gevolgen ervan.

Het aansprakelijkheidsrecht is vanouds van belang in een agrarische samenleving waar dieren schade veroorzaakten, een koets iemand kon aanrijden, gebouwen konden instorten en mensen met elkaar op de vuist gingen. Het aansprakelijkheidsrecht

bepaalde onder welke voorwaarden iemand voor het aan een ander toegebrachte nadeel aansprakelijk kon worden gehouden. Aanvankelijk was het aansprakelijkheidsrecht sterk verweven met strafrechtelijke noties maar het maakte zich daar later van los en ontwikkelde zich tot een eigen rechtsgebied (109).

De betrekkelijk geringe risico's van de agrarische samenleving werden in de loop van de negentiende eeuw ingeruild voor de risico's van de geïndustrialiseerde en gemotoriseerde samenleving.¹ Hoewel enerzijds de leefomstandigheden en de gezondheidszorg verbeterden, werden mensen anderzijds op grotere schaal blootgesteld aan risico's op het spoor, op de weg en in de lucht. De massaproductie verhoogde het risico op gebrekkige producten en op arbeidsongevallen en beroepsziekten, zowel lichamelijke als psychische. Bovendien is het besef doorgedrongen dat de manier waarop de samenleving met milieurisico's omgaat, ernstige gevolgen kan hebben voor het klimaat, individuen en de samenleving als geheel.

In de laatste decennia is de automatisering op velerlei gebied een dominante rol gaan spelen. Ook dit heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan welvaart, comfort en veiligheid maar ook hier zijn er schaduwzijden, zoals aantasting van de persoonlijke levenssfeer, en zijn ook ongevallen als gevolg van falende informatietechnologie niet uit te sluiten.

Het aansprakelijkheidsrecht weerspiegelt de ontwikkelingen in de maatschappij. Het volgt en beantwoordt de technische en economische ontwikkeling die de afgelopen eeuwen heeft plaatsgevonden.

De industrialisering, motorisering en automatisering hebben dus een keerzijde in de toegenomen risico's voor de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer. Dit is de prijs van de vooruitgang. Deze prijs wordt niet alleen betaald in lichamelijk letsel en materiële schade maar ook steeds meer in de vorm van psychisch of geestelijk letsel, in beperkingen van de privacy en onzekerheid over de juistheid van de aangeboden informatie.

De samenleving heeft op deze risico's niet alleen gereageerd met een uitgebreid stelsel van wetgeving, zowel op nationaal als supranationaal niveau (Europese Unie) maar ook met een geavanceerd stelsel van verzekeringen en sociale voorzieningen.

Desondanks realiseren zich dagelijks veel van deze risico's met soms grote nadelen voor individuen als gevolg. En terwijl velen in meerdere of mindere mate profiteren van industrialisatie, motorisering en automatisering, is de verwezenlijking van de risico's meestal willekeurig: de nadelen komen vaak ten laste van een klein aantal toevallige individuen. Het aansprakelijkheidsrecht speelt een belangrijke rol

1 Vgl. Scholten 1899, p. 12-13; zie ook M.G. Levenbach, 'Het BW en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden', in: Paul Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenksboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (Zwolle: Tjeenk Willink, 1938), p. 129-148.

in het corrigeren van deze onevenwichtigheid. Het biedt met regels van fout- en risicoaansprakelijkheden een instrumentarium om vast te stellen welke risico's aan de veroorzaker kunnen worden toegedeeld en welke risico's voor rekening van de benadeelde moeten blijven.

Het aansprakelijkheidsrecht houdt zich bezig met een veelheid van maatschappelijke gebeurtenissen, variërend van oorlogsmisdaden in Srebrenica in de jaren tachtig van de vorige eeuw (1006-2) tot de gevolgen van klimaatverandering in de komende decennia (823-5). Van ouderwetse vechtpartijen (213) tot schade door zelfrijdende auto's (610). Van gedragingen van grote ondernemingen (517-518) tot die van het buurthuis om de hoek (208). Van hinder door overvliegende bijen (721-1) tot grootschalige industriële milieuverontreiniging (930). Van ernstig letsel bij kinderen (919-2) tot publicaties in de media over iemands privéleven (113-2). Het aansprakelijkheidsrecht raakt aan alle vezels van de maatschappij en speelt hierin een sturende, beschermende en herstellende rol.

102 | Primaire functies aansprakelijkheidsrecht

Samenleven is niet mogelijk zonder elkaar nadeel toe te brengen, variërend van praktische ongemakken tot ernstige economische en personenschade. Het aansprakelijkheidsrecht vervult hier drie functies: (a) vaststellen welke rechten en belangen voor bescherming in aanmerking komen; (b) in hoeverre deze rechten en belangen behoren te worden beschermd, en (c) hoe geschonden rechten en belangen moeten worden hersteld. Deze drie functies zorgen tezamen voor de handhaving van rechten en belangen.

102-1 | Identificatie van te beschermen rechten en belangen

In het aansprakelijkheidsrecht staat traditioneel de vergoeding van schade centraal. Zo bepaalt art. 6:162 lid 1 BW dat wie een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt, verplicht is om de *schade* te vergoeden die de ander hierdoor lijdt. In het gewone taalgebruik wordt schade meestal gezien als een fysiek (dood of letsel), materieel (zaakbeschadiging) of financieel (vermogensverlies) nadeel.

Het begrip 'schade' doet echter letterlijk en figuurlijk geen recht aan waar het in het aansprakelijkheidsrecht om gaat. Schade is namelijk slechts de uiterlijke verschijningsvorm, het gevolg, van de schending van een recht of belang. Achter de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, ligt daarom de vraag welke rechten en belangen in het aansprakelijkheidsrecht worden beschermd. Dit geldt in elk geval voor de rechten op leven, lichamelijke en geestelijke integriteit en gezondheid, het recht op privacy en het recht op eigendom. Dat niet de enkele schade beslissend is maar de schending van een recht of belang, laat zich op drie manieren illustreren.

In de eerste plaats moet de schade een zekere grens overschrijden voordat zij voor het aansprakelijkheidsrecht relevant wordt. In het dagelijks leven ondervinden we regelmatig ongemakken en onaangenaamheden maar die zijn voor het

aansprakelijkheidsrecht niet steeds ernstig genoeg. Denk aan het ongemak dat iemand af en toe ondervindt als gevolg van geluiden of onaangename geuren. Pas als sprake is van regelmatig terugkerende stank of geluid is dit voor het aansprakelijkheidsrecht relevant en kan sprake zijn van hinder (721).

Ten tweede moet de schade voor het aansprakelijkheidsrecht relevant zijn. Zo zijn ongemakken en gevoelens van frustratie voor het recht niet relevant. Dat is pas het geval als sprake is van geestelijk letsel in de vorm van een psychisch erkende ziekte (916-2). Tot voor kort was het eveneens irrelevant dat iemand emotionele schade leed door de dood van een naaste verwant. Sinds 2019 hebben nabestaanden recht op de vergoeding van zogenaamde affectieschade en is emotionele schade relevant voor het aansprakelijkheidsrecht (910-911).

In de derde plaats beschermt het aansprakelijkheidsrecht rechten en rechten erkende belangen ook als de benadeelde geen materiële schade heeft geleden.² Als bijvoorbeeld een arts een patiënt onvoldoende informatie geeft over een medische ingreep, kan deze hierover geen goed geïnformeerde beslissing nemen. Dit is een schending van zijn recht op zelfbeschikking, ook wanneer hij bij juiste informatie voor de ingreep had gekozen en dus geen schade lijdt (113-4). Of denk aan iemand wiens huis wordt belaagd door relschoppers waarbij de politie het laat afweten. Dit is een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de woning, ook bij het ontbreken van materieel nadeel (113-2). Het aansprakelijkheidsrecht moet ook in deze gevallen zorgen voor herstel van het geschonden recht.

In het licht hiervan wekt het enige verwarring dat in het BW de term ‘schade’ het centrale begrip is. De rechtspraak heeft hier een mouw aan gepast door dit begrip ruim op te vatten: ook de schending van een fundamenteel recht zonder dat sprake is van schade valt hieronder. De basis hiervoor is art. 6:106 lid 2 sub b BW, dat de mogelijkheid geeft om immateriële schade te vergoeden als sprake is van ‘aantasting in de persoon’. ‘Schade’ omvat dus de enkele schending van een fundamenteel recht, ook als geen (materiële) schade is geleden.

Overigens vaart de Hoge Raad bij de uitleg van art. 6:106 BW een te voorzichtige koers door de enkele aantasting van iemands fundamentele recht onvoldoende te achten: aantasting in de persoon hangt af van de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen hiervan voor de benadeelde.³ Dit kan in de praktijk leiden tot een te beperkte bescherming van fundamentele rechten (zie 916-3).

Op de te beschermen rechten en belangen wordt ingegaan in par. 1.3 van dit hoofdstuk.

2 Te denken valt hier ook aan de Engelse ‘trespass torts’, zoals lopen op iemands land (*trespass to land*) of het aanraken van een andere persoon (*battery*), waar schade geen voorwaarde voor aansprakelijkheid is: Van Dam 2013, nr. 504.

3 HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*).

102-2 | Vaststellen wanneer rechten en belangen zijn geschonden

Als iemand nadeel lijdt dat voor het aansprakelijkheidsrecht relevant is, betekent dit niet dat het aansprakelijkheidsrecht steeds in actie komt. Dit gebeurt alleen als het nadeel door een ander is toegebracht. Daarom speelt het aansprakelijkheidsrecht geen rol bij eenzijdige ongevallen (iemand valt van de trap of rijdt onder invloed van alcohol met zijn fiets of auto in de sloot) of bij blessures veroorzaakt door fitness of hardlopen en bij veel ziektes.⁴

Als het nadeel wél door een ander is veroorzaakt, is deze hiervoor nog niet steeds aansprakelijk. Dat is pas het geval als die ander – kort gezegd – het nadeel op onzorgvuldige wijze heeft veroorzaakt (foutaansprakelijkheid) of als het risico voor zijn rekening komt (risicoaansprakelijkheid).

Dat niet ieder nadeel voor vergoeding in aanmerking komt, heeft er mee te maken dat de bescherming van rechten en belangen van de een steeds moet worden afgewogen tegen een andere fundamentele maatschappelijke waarde: de vrijheid van handelen. De moeilijkheid is dat vrijheid van handelen en bescherming van rechten en belangen niet tegelijk kunnen worden gewaarborgd. Volledige vrijheid van handelen zou de samenleving levensgevaarlijk maken; volledige bescherming zou haar verlammen. Een maximumsnelheid voor motorvoertuigen van 15 km/uur zou leiden tot aanzienlijk minder ongelukken maar zou het maatschappelijk leven op onaanvaardbare wijze vertragen.

Het is daarom een kwestie van geven en nemen: bescherming bestaat slechts ten koste van vrijheid en vrijheid slechts ten koste van bescherming. In de maatschappij, in het recht en in het bijzonder in het aansprakelijkheidsrecht gaat het om het vinden van het juiste evenwicht tussen vrijheid en bescherming.⁵ Recht betekent dat deze belangen maatschappelijk in evenwicht zijn, onrecht impliceert een verstoring ervan.⁶ Vandaar dat het begrip *onrechtmatigheid* in het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol speelt.

In het kader van de onrechtmatigheid wordt niet alleen belang gehecht aan de bescherming van rechten maar ook aan de bescherming van de vrijheid van handelen. Zo is de aansprakelijkheid van overheidslichamen vaak minder streng dan die voor ondernemingen en individuen; zij hebben een zekere mate van vrijheid nodig om beleid te ontwikkelen en uit te voeren (818). Een ander voorbeeld is aansprakelijkheid voor nalaten (214): deze beperkt de handelingsvrijheid meer dan aansprakelijkheid voor actief veroorzaakte schade. Ook hier legt de bescherming van de vrijheid van handelen extra gewicht in de schaal.

4 H. Kaptein, 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade?* (Nijmegen: Ars Aequi, 1998), p. 89, met verdere verwijzingen.

5 Asser/Scholten Algemeen deel* (1974), p. 129-130; J. Eggens, 'Iets over de verhouding van wet en recht', *WPNR* 4705 (1962), p. 13-14.

6 Zie ook D.J. Veegens, noot onder HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 (*Jaguar I*).

De afweging tussen vrijheid en bescherming wordt uiteindelijk mede beïnvloed door rechtspolitieke voorkeuren en vertoont in de loop der tijd fluctuaties. In het aansprakelijkheidsrecht gaat het dus niet om een louter technische afweging van vrijheid en bescherming maar om een afweging die mede wordt beïnvloed door maatschappelijke normen en waarden en waarvan de uitkomst zich voortdurend ontwikkelt.⁷ Het zwaartepunt bij het ontwikkelen van het aansprakelijkheidsrecht ligt daarom meer bij de rechter dan bij de wetgever.

Foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid vormen de belangrijkste kaders voor het vinden van de juiste balans tussen vrijheid en bescherming. Deze kaders vormen het hart van het aansprakelijkheidsrecht. Hieraan zijn in dit boek de hoofdstukken 2 tot en met 8 gewijd.

102-3 | Herstel van geschonden rechten en belangen

Het aansprakelijkheidsrecht bepaalt niet alleen wanneer sprake is van een verstoord evenwicht (met andere woorden: wanneer iemand aansprakelijk is (102-2) maar ook hoe deze onevenwichtigheid moet worden hersteld. Als iemand bij een ongeluk waarvoor een ander aansprakelijk is, zijn been heeft gebroken, is zijn recht op lichamelijke integriteit geschonden. De uit deze rechtsschending voortvloeiende schade (ziektelasten, inkomsterving, smartengeld) moet worden vergoed. Waar schade de (niet-noodzakelijke) uiterlijke verschijningsvorm is van de schending van een recht of belang (102-1), is schadevergoeding de belangrijkste remedie (maar niet de enige) voor het herstellen van dit recht of belang.

Voor zover het aansprakelijkheidsrecht in staat is om geschonden rechten te herstellen, vervult het ook een functie in het handhaven van deze rechten. Het zorgt ervoor dat de schending van rechten niet zonder juridische reactie blijft. Hiermee wordt voorkomen dat rechten inhoudelijk zonder praktische betekenis blijven: ‘... zonder (re)actie geen recht. Het is zinloos een bepaald belang van het etiket (subjectief) recht te voorzien als vervolgens na een inbreuk het privaatrecht geen mogelijkheid biedt om op die inbreuk te reageren. Het geschonden recht zet zich voort in de vorm van een rechtsaanspraak.’⁸

Over schadevergoeding door het betalen van een geldbedrag als remedie voor de schending van een recht of belang gaan de hoofdstukken 9 en 10. Dit onderdeel wordt ook wel het schadevergoedingsrecht genoemd. Het aansprakelijkheidsrecht gaat echter om meer dan het vergoeden van schade door middel van het betalen van een geldbedrag.

7 Ernst Hirsch Ballin, ‘De betekenis van het Nieuw BW in de Nederlandse rechtsstaat’, *NJB* 2018/1238, p. 1782: ‘Het Burgerlijk Wetboek is geen neutrale techniek die in om het even welke samenleving past, maar werkt algemeen aanvaarde juridische beginselen en normen uit op een manier die aan de sociaaleconomische behoeften van de tijd recht doet.’

8 Verheij 2002, nr. 361.

Hiervoor bleek dat een rechtsschending ook kan plaatsvinden zonder dat hieruit schade voortvloeit (102-1). Te denken valt aan de schending van het recht op zelfbeschikking of schending van de persoonlijke levenssfeer. Deze schendingen kunnen een aantasting in de persoon opleveren in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW (916-3). In die gevallen kan het aansprakelijkheidsrecht een remedie bieden, veelal in de vorm van de betaling van een geldbedrag.

In de tweede plaats kan herstel van geschonden rechten en belangen en de daaruit voortvloeiende schade ook plaatsvinden met andere middelen dan het betalen van een geldbedrag (schadevergoeding). Te denken valt aan excuses, het erkennen van aansprakelijkheid en een verbod of bevel. De weg naar het herstel kan bovendien niet alleen plaatsvinden door middel van een gerechtelijke of buitengerechtelijke aansprakelijkheidsprocedure maar bijvoorbeeld ook door middel van mediation. Vaak zullen deze andere remedies worden ingezet naast de vergoeding van de geleden schade (hoofdstuk 11). Zij maken duidelijk dat het in het aansprakelijkheidsrecht niet alleen gaat om geld maar ook om het herstellen van verstoorde intermenselijke verhoudingen.

Ten slotte is van belang dat iemand die in het aansprakelijkheidsrecht gelijk heeft, dat lang niet altijd krijgt. Het verkrijgen van een remedie zoals schadevergoeding is voor de benadeelde vaak een hordenloop en niet zelden een marathon, waarbij zijn tegenstander een ervaren aansprakelijkheidsverzekeraar is die over meer geld en uithoudingsvermogen beschikt. In hoofdstuk 12 wordt daarom nader ingegaan op deze horden, op de manier waarop wetgever en rechter de benadeelde tegemoetkomen bij het realiseren van zijn recht op een remedie, en wat daar nog verder aan te verbeteren valt.

103 | Secundaire functies aansprakelijkheidsrecht

Aan het aansprakelijkheidsrecht worden vanouds ook andere functies toegekend dan het handhaven van rechten door middel van identificatie, bescherming en herstel. Dit geldt in het bijzonder voor preventie, vergoeding en spreiding van schade, alsmede bestraffing en genoegdoening. Hoewel het aansprakelijkheidsrecht op al deze gebieden een rol speelt, is het voor elk van deze functies op zichzelf geen optimaal instrument.

103-1 | Preventie van schade

Bij preventie gaat het om de vraag of het risico om aansprakelijk te zijn voor schade die aan anderen wordt veroorzaakt, ertoe leidt dat iemand voorzichtiger wordt of meer voorzorgsmaatregelen neemt. De meningen hierover zijn verdeeld. Als iemand puur rationeel handelt, zou dit zeker het geval kunnen zijn, maar de meeste personen en rechtspersonen gedragen zich lang niet altijd rationeel. Zo speelt in het wegverkeer de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht slechts een geringe rol, omdat hier vaak snel moet worden gereageerd en er geen tijd is om rustig afwegingen te maken over de veiligste optie. Ook veel andere ongelukken

worden veroorzaakt door momenten van onoplettendheid en daartegen is geen aansprakelijkheidsrecht kruid gewassen.

De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is waarschijnlijk het sterkst bij gedragingen die enigszins rationeel en overwogen worden verricht. Denk aan het publiceren van berichten in de media over iemands privéleven. Of aan het op de markt brengen van producten waaraan zekere risico's kleven: vrees voor aansprakelijkheid wegens gebrekkigheid van het product kan een rol spelen bij het kiezen voor een veiliger product. Voorts kan worden gedacht aan calculerend gedrag zoals kartelafspraken en crimineel gedrag in het economisch verkeer. Empirisch onderzoek naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is dun gezaaid en voor zover het er is, wijst het niet in een duidelijke richting.⁹

Met name voor moderne risico's wordt onderzocht of en in hoeverre de rechter die beslist over aansprakelijkheidskwesties als 'regulator' optreedt. Rechters ontwikkelen het aansprakelijkheidsrecht immers voor een belangrijk deel op basis van zorgplichten en andere gedragsnormen. Die worden daarmee onderdeel van de reguleringskaders in de verschillende sectoren van de maatschappij. Een probleem hierbij is dat de rechter wel over informatie beschikt die relevant is voor het te beslechten geschil maar meestal niet over maatschappelijke en technische informatie die van belang voor een algemene regulerende beslissing.¹⁰

Voor zover sprake is van een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, wordt dit effect beperkt door de aanwezigheid van aansprakelijkheidsverzekeringen. Verzekeringen zelf hebben echter ook een preventief effect, bijvoorbeeld omdat de premie stijgt als er schade wordt geclaimd, of omdat een verzekeraar veiligheidsmaatregelen verlangt voor het verzekeren van een risico.

De maatschappij vertrouwt voor het voorkomen van schade dus slechts in beperkte mate op het aansprakelijkheidsrecht. Veel preventie wordt bereikt door middel van veiligheidsregulering en toezicht op bepaalde sectoren, zoals gezondheidszorg, arbeidsveiligheid, voedselveiligheid en financiële dienstverlening (110). Bovendien is voor ernstiger misdrijvingen het strafrecht een instrument dat beoogt schade te voorkomen, hoewel ook het effect hiervan niet moet worden overschat (109).

Een discussiepunt in dit kader is of het aansprakelijkheidsrecht niet alleen preventieve werking heeft maar, sterker, potentieel aansprakelijke personen aanzet tot defensief gedrag: praktijken die erop zijn gericht om claims te voorkomen en die ten koste gaan van de kern van hun activiteiten. Op bepaalde gebieden wordt het risico

9 Zie bijvoorbeeld Dewees, Duff & Trebilcock 1996, p. 414 e.v.

10 Zie bijvoorbeeld Elbert R. de Jong, Michael G. Faure, Ivo Giesen & Peter Mascini, 'Judge-Made Regulation and Tort Law: An Introduction', *European Journal of Risk Regulation* 9 (2018), p. 9-13; Elbert de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering en het EVRM: over drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder te laten optreden', *NTM/NJCM* 2018/16, p. 207-230. Zie meer in het algemeen Dyson 2018.

van defensief gedrag genoemd als een argument om aansprakelijkheid te beperken of minder streng te maken, zoals ten aanzien van overheidstoezichthouders, politie en artsen. Of het aansprakelijkheidsrecht tot defensief gedrag aanzet, is empirisch gezien echter twijfelachtig.¹¹

Een bijzonder preventiemiddel is de actie voor een verbod of bevel. Onder bepaalde voorwaarden kan de rechter een dreigende of een voortdurende schadelijke gedraging verbieden. Denk aan het veroorzaken van hinder of de dreigende publicatie van een bericht in de media over iemands privéleven. Een dergelijk verbod (of een bevel tot het opheffen van een onrechtmatige situatie) kan worden gevorderd op grond van art. 6:162 BW jo. art. 3:296 BW (1108).

Een verbodsactie kan een belangrijke rol spelen bij het voorkomen van moderne vormen van schade. Een goed voorbeeld is de Urgenda-zaak, waarin de Staat werd veroordeeld om binnen een bepaalde periode de CO₂-uitstoot verder terug te brengen dan hij van plan was (823-5). Deze zaak was weliswaar politiek gekleurd maar de rechter kon zich baseren op objectieve juridische normen, inclusief art. 2 EVRM. Dat zal in andere zaken waarin burgers klagen over wat zij graag anders zien in de samenleving, minder snel het geval zijn.¹²

In de praktijk spelen veel andere, niet-juridische factoren een rol bij de preventie van schade, zoals het beschermen van de eigen veiligheid en eigendommen, eigen ethische en morele opvattingen, sociale controle, het voorkomen van tijdverlies en commerciële belangen, in het bijzonder de reputatie van de onderneming.

103-2 | Vergoeding van schade

Ook schadevergoeding wordt wel genoemd als functie van het aansprakelijkheidsrecht. Deze opvatting was vooral populair aan het eind van de twintigste eeuw.¹³ Zij is echter om verschillende redenen problematisch. In de eerste plaats wordt het aansprakelijkheidsrecht pas actief als de schade door een ander is veroorzaakt: dus wel als iemand zijn been breekt door een aanrijding met een auto, maar niet als dat gebeurt door een val van de trap. Het aansprakelijkheidsrecht is een relationele aangelegenheid. Het wordt niet getriggerd door schade alleen maar door het veroorzaken van schade aan een ander.

Het aansprakelijkheidsrecht is bovendien een duur en omslachtig systeem vergeleken met een systeem van sociale verzekeringen waarin de oorzaak van de schade geen rol speelt. In die laatste systemen zijn de kosten voor rechters, advocaten en andere adviseurs aanzienlijk lager.

11 Zie bijvoorbeeld Gijs van Dijk, 'Should physicians be afraid of tort claims? Reviewing the empirical evidence', *JETL* 2015/3, p. 282-303. Zie ook Van Dam 2006, p. 71-72.

12 Zie onder meer A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsplicht, zorgplicht, voorkomen is beter dan vergoeden', *L&S* 2017/2, p. 6-8 en T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017/1753, p. 2303.

13 Bloembergen 1982, p. 7; Van Schellen 1985, p. 39.

En ten slotte reageert het aansprakelijkheidsrecht ook op gevallen waarin iemand geen schade heeft geleden maar ‘slechts’ in zijn recht of belang is aangetast. Dit geschiedt door het toekennen van smartengeld (916-3). In dit soort gevallen gaat het dus niet om het vergoeden van concrete schade als wel om het herstellen van een geschonden recht.

103-3 | Spreiding van schade

De strekking van het spreiden van schade is dat uiteindelijk niet een individu de schade draagt maar een collectief van personen, bijvoorbeeld een collectief van premiebetalers of belastingbetalers. Bedrijven kunnen hun aansprakelijkheidskosten ook spreiden door ze in hun producten aan de afnemers door te berekenen. Door de schade te spreiden is zij voor elk individu of bedrijf lager en daardoor gemakkelijker te dragen. Het is immers minder belastend om 1000 personen 1 euro te laten betalen dan 1 persoon 1000 euro.

Het aansprakelijkheidsrecht zelf spreidt geen schade, integendeel: het beslist immers uitsluitend over de vraag bij welk individu of bedrijf de schadelast komt te liggen. Het is door de secundaire effecten van het aansprakelijkheidsrecht (belastingen, verzekeringen en doorbelasting aan afnemers) dat de schade kan worden gespreid. Hoewel shadespreiding niet als functie van het aansprakelijkheidsrecht kan worden beschouwd, is het aansprakelijkheidsrecht zoals we dat nu kennen, niet mogelijk zonder de mogelijkheden van shadespreiding.

103-4 | Straf en genoegdoening

Hoewel strafrecht en aansprakelijkheidsrecht historisch nauw met elkaar verbonden waren, leiden zij sinds langere tijd een eigen leven en wordt met iemands aansprakelijkheid geen straf beoogd.¹⁴ Dat sluit vanzelfsprekend niet uit dat iemand die aansprakelijk wordt gehouden, dit als een straf ervaart. De psychologische ervaring van een aansprakelijke persoon hoeft immers niet dezelfde te zijn als die het recht eraan toekent.

In het Amerikaanse recht bestaat een minder scherp onderscheid tussen aansprakelijkheid en strafrecht in de vorm van *punitive damages*. Dit zijn vaak hoge bedragen die een aansprakelijke persoon moet betalen boven op de schadevergoeding. Deze extra betaling is een straf of boete voor berekenend of buitensporig gedrag.¹⁵ In Nederland wordt de vergoeding van immateriële schade in sommige gevallen wel gezien als een straffend element. In dit verband kan worden gedacht aan de hoge schadevergoedingsbedragen die worden opgelegd voor schending van de privacy. Ook kan hier de mogelijkheid van winstafdracht worden genoemd (931).

14 Feenstra & Winkel 2016.

15 Meurkens 2014.

103-5 | Rechtseconomische analyse

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het aansprakelijkheidsrecht een multifunctioneel instrument is. Het vinden van *de* doelstelling of *de* functie van het aansprakelijkheidsrecht is een onmogelijke opgave, juist ook omdat het op zoveel terreinen wordt toegepast.

In de rechtseconomie wordt onderzocht hoe de totale kosten van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden geminimaliseerd. Hierbij wordt onderscheiden tussen primaire kosten (het totaal van de kosten van voorzorgsmaatregelen en de verwachte schade), secundaire kosten (door wie en op welke wijze kan de schade het beste worden gedragen) en tertiaire kosten (de kosten verbonden aan het vaststellen van aansprakelijkheid). Ook hier geldt dat deze drie categorieën niet tegelijkertijd kunnen worden geminimaliseerd. Het devies is dus om te zoeken naar een optimale combinatie van minimalisering van de drie categorieën.¹⁶

104 | De rol van verzekeringen

Zonder verzekeringen zou het aansprakelijkheidsrecht niet in staat zijn hoge eisen te stellen aan iemands zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer of om regels van risicoaansprakelijkheid op te leggen. Een hoog aansprakelijkheidsrisico zonder aansprakelijkheidsverzekering zou voor veel schadeveroorzakers het faillissement betekenen. Met aansprakelijkheidsverzekeringen wordt dit risico gereduceerd tot het betalen van een premie en een eventueel eigen risico.

104-1 | First party-verzekeringen en third party-verzekeringen

Op het toneel van het aansprakelijkheidsrecht verschijnen meestal alleen een veroorzaker (eiser) en een benadeelde (gedaagde). Niet zichtbaar zijn de verzekeraars die zich achter de partijen verschuilen: achter de benadeelde staan vaak first party-verzekeraars (schadeverzekeraars) en achter de veroorzaker third party-verzekeraars (aansprakelijkheidsverzekeraars).

Bij first party-verzekeringen kan worden gedacht aan sociale verzekeringen die dekking bieden voor zorgkosten en loonderving. Bij particuliere verzekeringen kan worden gedacht aan levensverzekeringen, ongevallenverzekeringen, cascoverzekeringen voor motorvoertuigen, brandverzekeringen, reisverzekeringen en bedrijfsstagnatieverzekeringen.

Bij third party-verzekeringen gaat het om aansprakelijkheidsverzekeringen. Deze dekken de kosten die voor de verzekerde voortvloeien uit de schade die hij aan een ander toebrengt en waarvoor hij aansprakelijk is. Er bestaan aansprakelijkheidsverzekeringen voor particulieren (AVP), voor bedrijven en voor beroepsbeoefenaren. Voorts bestaat voor de houder van een motorrijtuig een wettelijke verplichting om een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten (WAM) (602-2).

¹⁶ Zie onder veel meer Van Dam 2001 en Visscher 2006.

De aansprakelijkheidsverzekering beschermt enerzijds de potentiële veroorzaker tegen een aanslag op zijn portemonnee als hij aansprakelijk wordt gehouden voor toegebracht nadeel. In veel gevallen zou dat anders kunnen leiden tot een faillissement. Anderzijds beschermt de aansprakelijkheidsverzekering de benadeelde doordat de aansprakelijke persoon daadwerkelijk in staat is om de verschuldigde schadevergoeding te betalen. Het recht geeft iemand die personenschade lijdt een directe actie jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar (1210) en iemand die schade lijdt in het verkeer een eigen recht jegens de WAM-verzekeraar (602-2).

De aansprakelijkheidsverzekering helpt bij het vervullen van de verschillende secundaire functies van het aansprakelijkheidsrecht (103). Zo bevordert de aansprakelijkheidsverzekering het schadevergoedingsdoel door de gegarandeerde solvabiliteit van de veroorzaker. Zij bevordert door middel van de verzekeringsvoorwaarden de preventie van schade. En zij bevordert een sleutelrol bij het bevorderen van de spreiding van schade naar bepaalde risicogroepen, wat weer kan leiden tot meer preventie.

In dit verband is van belang dat de benadeelde zich voor zijn vordering inzake personenschade direct kan wenden tot de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker (art. 7:954 BW). De veroorzaker moet dan wel een dergelijke verzekering hebben afgesloten. In de meeste gevallen gebeurt dit ook. In het wegverkeer is een aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen wettelijk verplicht (602-2).¹⁷

104-2 | Verwevenheid van first party en third party verzekeringen

Over hoe deze systemen met elkaar verweven zijn, kan een drietal opmerkingen worden gemaakt. In de eerste plaats is de ontwikkeling van strenge zorgvuldigheidsnormen in het kader van de foutaansprakelijkheid en de ontwikkeling van vormen van risicoaansprakelijkheid ondenkbaar zonder de aanwezigheid van aansprakelijkheidsverzekeringen.¹⁸ Zij hebben het mogelijk gemaakt om meer gewicht toe te kennen aan de bescherming van rechten en belangen, zonder de vrijheid van handelen substantieel te beperken. Deze vrijheid kan doorgaans tegen een bescheiden premie worden 'afgekocht'.¹⁹

Ten tweede hebben first party-verzekeraars meestal een regresrecht op de aansprakelijke persoon voor de uitkeringen die ze aan hun verzekerde (de benadeelde) hebben gedaan. In die gevallen hebben de benadeelde en de first party-verzekeraar dus een gemeenschappelijk belang en kunnen zij gezamenlijk optrekken tegen de veroorzaker en diens aansprakelijkheidsverzekeraar. In de Tijdelijke Regeling

17 Zie ook 809 over de verplichte verzekering voor de werkgever ter dekking van het risico dat hun werknemers in verband met hun werkzaamheden in het wegverkeer lopen.

18 Sommigen spreken hier over perversering van aansprakelijkheidsconcepten: B.S. Markesinis, 'La perversion des notions de responsabilité délictuelle par la pratique de l'assurance', *Revue internationale de droit comparé* 1983, p. 301-317.

19 Zie onder meer Faure & Hartlief 1995, p. 283-337; Bolt & Spier 1996, p. 7-83; Van Dam 1989, nr. 152-153.