

De schadevoorkomingsplicht

A.L.M. Keirse*

1. Ter inleiding

Het recht is er om gehandhaafd te worden. Voor het verbintenissenrecht betekent dit dat overeengekomen of anderszins uit de wet voortvloeiende verbintenissen moeten worden nagekomen en dat zonder recht toegebrachte schade moet worden voorkomen. *Pacta sunt servanda* en *alterum non laedere*; het zijn grondbeginselen zo oud als de Romeinse tijd waarop ons verbintenissenrecht is gebouwd. Ondanks die eeuwenoude traditie en hun onbetwiste gelding, is de focus van de privatist niet op de naleving van deze rechtsbeginselen gericht. Dit betoog beoogt daarin verandering te brengen.

2. Rechten versus plichten

Het verbintenissenrecht beoogt een veilige leefomgeving te bevorderen, niet-gerechtigde vermogensveranderingen alsook discriminatie tegen te gaan, oneerlijke handelspraktijken uit te bannen en meer. Daartoe schept het verbintenissenrecht plichten. Eenieder dient te handelen conform de maatschappelijke zorgvuldigheid. Zo mag men een ander niet blootstellen aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is. Wie bijvoorbeeld een emmertje met vloeistof aan de weg wil zetten, dient zich ervan te vergewissen dat de inhoud onschadelijk is. Iemand die zich als een professional presenteert, dient de zorgvuldigheid in acht te nemen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht. Van hen die contracteren, wordt verlangd dat zij hun best doen om de overeenkomst tot een goed einde te brengen op de manier die was beoogd. Vereist is een coöperatieve opstelling. Daarbij zijn partijen verplicht elkaar te informeren, elkaar te wijzen op consequenties of te waarschuwen voor bepaalde risico's opdat er voldoende informatie voorhanden is om wederzijds een verantwoorde keuze te maken.

Kijkt men naar de wijze waarop het verbintenissenrecht in de praktijk wordt toegepast, dan valt op dat men deze plichten poogt te handhaven door daar rechten tegenover te stellen. De vraag die de privatist beantwoordt, luidt: Als een plicht geschonden wordt, wat komt de benadeelde schuldeiser dan toe? Krijgt hij een aanspraak op schadevergoeding? Heeft hij, indien het een contractuele relatie betreft,

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage betreft een bewerking van een deel van de tekst van de inaugurele rede van de auteur zoals die werd uitgesproken op 13 januari 2009 aan de Universiteit Utrecht.

het recht de overeenkomst te ontbinden of te vernietigen? Aldus is de privaatrechtelijke blik op het verleden gericht. Men brengt in kaart wat de gedupeerde schuldeiser te kort gekomen is en probeert dat specifieke verlies te vergoeden. Men richt zich op de rechten van de individuele schuldeiser als het kwaad is geschied in plaats van op de plichten van de (collectieve) schuldenaren op het moment dat deze geschonden worden.¹

De eerste Nederlandse rechtszaak inzake een rokersclaim kan als illustratie dienen.² Geoordeeld werd dat de tabaksindustrie laakbaar heeft gehandeld door opzettelijk informatie achter te houden over de gevaren verbonden aan roken. Het ligt immers op de weg van de aanbieder van een in potentie gevaarlijk product om gebruikers te waarschuwen voor de aan het product inherente gevaren, en niet om deze gevaren te bagatelliseren. Een fabrikant is gehouden die maatregelen te treffen die van hem, als zorgvuldig fabrikant, kunnen worden gevergd teneinde te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt.³ Het verstrekken van noodzakelijke informatie over de gezondheidsrisico's van het tabaksproduct is evenwel niet wat de tabaksindustrie heeft gedaan. Integendeel, zij heeft tabakswaar in reclame aangeprezen en zij heeft geprobeerd de gezondheidsrisico's te verdoezelen. Toch houdt de rechtbank de tabaksindustrie niet aansprakelijk voor dit laakbare gedrag. De roker heeft namelijk ook een eigen verantwoordelijkheid; hij had beter moeten weten dan afgaan op wat de tabaksindustrie hem voorhield. Aldus is duidelijk welke plicht de tabaksfabrikanten hebben verzaakt. Tegen beter weten in hebben zij het causaal verband tussen roken en longziekten en het verslavende karakter van nicotine ontkend. Maar de vraag die door de privatist gesteld wordt, is een andere, namelijk: 'Wat is de ziek geworden ex-roker, naar achteraf blijkt, ten gevolge hiervan te kort gekomen?' De rechtbank antwoordt: 'Eigenlijk niets'. De inschatting van de rechtbank is dat de roker net zo zeer zou hebben gerookt als de tabaksindustrie hem wel volledig had geïnformeerd. Hij wist uit andere bronnen dat roken gezondheidsbedreigend was; en toch heeft dat hem niet van het roken weerhouden. De keuze om te roken was veeleer zijn eigen verantwoordelijkheid, aldus de rechtbank.

3. Rechts- versus plichtsgetrouw

Door de aandacht te richten op de rechten van de schuldeiser in plaats van op de plichten van de schuldenaar verliest het privaatrecht aan doelmatigheid. Immers, bij een dergelijke focus is het steeds zo dat als de schuldeiser er niet in slaagt om een recht geldend te maken, de plicht van de schuldenaar als een lege huls achterblijft. Daarmee is de toegang tot handhaving van het verbintenissenrecht geblokkeerd in alle gevallen waarin het bestaan van schade, causaal verband of relativiteit op microniveau niet te bewijzen is. Maar aangezien in dergelijke gevallen meer dan eens wel op macroniveau kan worden aangenomen dat de schending van de

¹ Zie voor een nadere beschrijving van de in het privaatrecht gebruikelijke individuele ex-post benadering Van Boom 2006, als ook de hoofdstukken van Giesen en van Engelhard in dit boek.

² Rb. Amsterdam 17 december 2008, NJ 2009, 311.

³ Zie HR 2 mei 1997, NJ 1998, 281, *Forbo/Centraal Beheer*; 22 oktober 1999, NJ 2000, 159, *Koolhaas/Rockwool*; Keirse & Van den Berg 2002, p. 1654 e.v.

desbetreffende gedragsregel tot rechtens relevante schade leidt, zou handhaving wel wenselijk zijn.

Hoe lastig het kan zijn om met een focus op de rechten van de schuldeiser de plichten van de schuldenaar te handhaven, kan aan de hand van diverse praktijkgeval- len worden geïllustreerd. Het geval van een schending van een informatieplicht deed hiervoor reeds als eerste voorbeeld dienst. Slaagt de schuldeiser er niet in om te bewijzen dat hij een andere, minder schadelijke keuze zou hebben gemaakt, indien hij wel de juiste informatie zou hebben gekregen, dan zegt de privatist al snel: 'De schuldenaar is weliswaar tekort geschoten, maar we kunnen niets voor u betekenen'. Handhaving van informatieplichten dient evenwel ook een doel op collectief niveau, denk aan maximalisatie van in autonomie genomen beslissingen en reductie van vermijdbare schade.

Een tweede voorbeeld biedt de bevordering van een negatief zelfbeeld door ongecontroleerde praktijken van de cosmetica-industrie. Het formuleren van betamelijke gedragsregels voor de cosmetica industrie zou niet moeilijk moeten zijn. Vertel de consument bijvoorbeeld niet dat antirimpelcrèmes inwerken in het DNA, aangezien dat evident onwaar is. Vertel (jonge) vrouwen niet dat ze abnormaal zijn om ze vervolgens een schaamlipcorrectie aan te praten. En als beelden zo nodig mooier moeten worden gemaakt dan de werkelijkheid is, laat er dan bij vermelden dat ze gefotoshopt zijn. Maar hoe dergelijke regels van betamelijkheid te handhaven als men zich uitsluitend op de rechten van de individuele schuldeiser richt? De transactie kan meestal niet ongedaan worden gemaakt, dus blijft over de vergoeding van concreet door een individu geleden schade. Maar tot welke schade heeft het geleid? 'Oh, u lijdt aan een negatief zelfbeeld? Bewijst u dat maar eens. En leg dan ook maar eens uit dat dit niet door uw sociale omgeving komt, maar dat het veroorzaakt is door de bestreden "correctie" van de cosmetica-industrie.'

Daarbij komt dan nog dat in die gevallen waarin het wel gemakkelijker is om door het geldend maken van rechten een anders plichten te handhaven, we moeten constateren dat dit lang niet altijd gebeurt. Hoeveel mensen hebben bijvoorbeeld niet een gebrekkig beleggingsproduct in de portefeuille; een naar nu blijkt te risicovol product dat eigenlijk niet op de markt had mogen worden gebracht. Velen onder hen hebben wellicht het recht om de transactie terug te draaien, maar toch kiest het merendeel hier niet voor. De schuldenaar schiet dan weliswaar te kort, maar de schuldeiser laat het erbij zitten. Dat dit niet tot optimale handhaving leidt, behoeft geen betoog. Denk voorts aan de welhaast dagelijkse schending van de algemene voorwaardenregeling. Ook hier is gebleken dat het recht, deels onafhankelijk van de waardering van de concrete inhoud, een stimulans nodig heeft om bij de justitiabelen terecht te komen.

Zelfs in het geval dat zich wel een schuldeiser aandient en deze bovendien een recht geldend weet te maken, dan nog is de handhaving in het verbintenissenrecht niet altijd voldoende effectuerend. Het sanctioneren van overtredingen van gedragsregels gebeurt in de huidige benadering namelijk steeds met het oog op een specifieke casus ten behoeve van een individuele schuldeiser.⁴ Aldus wordt het concrete geval aangepakt zonder oog te hebben voor andere gevallen. En zo kan

4 Zie nader Van Boom 2006.

het gebeuren dat heldere gedragsregels niet volledig worden nageleefd, omdat de handhaving alleen individuele verbintenissen betreft. Ter illustratie kan opnieuw op de welhaast dagelijkse schending van de algemene voorwaardenregeling worden gewezen.⁵

Ook het in maatschappelijk opzicht onwenselijk fenomeen strooischade legt de hier centraal staande problematiek bloot.⁶ Het gaat om de toebrenging van kleine schades op grote schaal. Voor de individuele gedupeerde levert strooischade niet meer dan klein leed op; genoeg voor frustratie en irritatie, maar te weinig om via het privaatrecht verhaal te halen. Het gevolg is aanzienlijk groepsnadeel, met daartegenover ongerechtvaardigd geconcentreerd voordeel voor de schadeveroorzaker. Maakt de rechtsbeoefenaar de inzet van het verbintenissenrecht afhankelijk van de vraag of een benadeelde een recht inroept, dan staat hij hier met lege handen.

4. Een omgekeerd perspectief

Het verbintenissenrecht formuleert gedragsnormen die gelden voor schuldenaren in het algemeen of typen schuldenaren in het bijzonder. Maar als het aankomt op handhaving daarvan in de rechtspraktijk, dan wordt de focus naar de rechten van de individuele schuldeiser verlegd. Aldus wordt onvoldoende gewaarborgd dat partijen vooraf van ongewenst gedrag afzien. Willen we zo goed als mogelijk voorkomen dat plichten en gedragsregels worden geschonden, dan moeten we de aandacht van de schuldeiser naar de schuldenaar verleggen. En daarmee dus onze aandacht in tijd naar voren halen. Al te vaak kijken we in het privaatrecht lijdzaam toe hoe de schade oploopt om vervolgens ons heil in de schadevergoeding te zoeken. Dat moet beter kunnen.

Het is waar, het verbintenissenrecht biedt verhaalsrechten. Gaat er bijvoorbeeld bij de uitwisseling waarop het contract is gericht, iets mis, dan fungeert het contractenrecht als stok achter de deur om het overeengekomen resultaat, desnoods tegen de zin van de andere partij, direct of indirect te realiseren. De teleurgestelde partij kan niet alleen nakoming afdwingen of een vordering tot schadevergoeding instellen maar zich vervolgens ook op het vermogen van zijn schuldenaar verhalen.

Maar het contractenrecht beoogt meer te doen meer dan dat. Bij een contract is het partijen in eerste instantie niet te doen om het creëren van een verhaalsrecht; het contract is primair gericht op het realiseren van belangen. Dit valt met name op als we kijken naar contracten die een afdwingbaar recht op nakoming en zekerheid van een verhaalsmogelijkheid ontberen, zoals de geneeskundige behandelingsovereenkomst of de zorgverleningsovereenkomst. Dat ook dergelijke contracten een juridische betekenis hebben komt omdat men met behulp van het contractenrecht de wederzijdse verwachtingen van partijen kan vertalen in juridisch relevante eisen ten aanzien van de kwaliteit van handelen.⁷ Het contractenrecht creëert dus niet alleen verhaalsrechten, maar legt partijen ook gedragsnormen op.

En daar blijft het niet bij. Het contractenrecht smeedt niet alleen een band tussen contractspartijen, maar ook tussen hen en de samenleving. Immers, niet partijen

5 Zie Van Boom 2007, p. 987.

6 Zie Tzankova 2005.

7 Van Schaaijk 2001.

bepalen wat rechtens is als zij zich verbinden, het recht doet dit. En daarmee is het het samenspel van de in de samenleving geldende beginselen dat het contract inhoud en betekenis geeft.⁸ Het bestaan van een bindend contract veronderstelt dat het qua inhoud en strekking strookt met de in de samenleving aanvaarde uitgangspunten. De vrijheid om zich te ontplooiën kan niet verder gaan dan tot waar zij samengaat met een maximalisering van wederzijdse vrijheid. We stuiten hier op het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid. Daarnaast wordt het contractenrecht beheerst door het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Aldus wordt het antwoord op de vraag in hoeverre partijen door een contract gebonden zijn, ook beïnvloed door de maatschappelijke positie van partijen. Bij evidente ongelijkwaardigheid tussen partijen grijpt het contractenrecht in om deze ongelijkwaardigheid te compenseren en daarmee de maatschappelijke rechtvaardigheid van het contract te waarborgen.

Zo beschouwd zijn we met het contractenrecht in de hand goed toegerust om te zorgen dat contractanten hun maatschappelijke verantwoordelijkheid dragen. Niet alleen kunnen contractanten erop worden aangesproken dat ze doen wat ze overeengekomen zijn en dragen ze dus in die zin verantwoordelijkheid, maar ook waarborgt het contractenrecht dat het gedrag waartoe partijen zich verbinden maatschappelijk aanvaardbaar en maatschappelijk rechtvaardig is. Het contractenrecht roept dus op tot maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst komen tot elkaar te staan in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste maatschappelijke rechtsverhouding. En daarmee verhouden zij zich tevens tot de aan het recht ten grondslag liggende beginselen. Dit brengt mee dat partijen niet alleen uitvoering dienen te geven aan de verbintenissen die zij met zoveel woorden op zich nemen, maar ook dat zij in ruimere zin over en weer gehouden zijn om eventuele uit de overeenkomst voortvloeiende schade te voorkomen. Deze, wat ik noem, 'schadevoorkomingsplicht' begint in de precontractuele fase en loopt door tijdens de overeenkomst en ook nog daarna.

Als we de blik op het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht richten kunnen we een vergelijkbaar beeld zien. Toegegeven zij dat het aansprakelijkheidsrecht voor de individueel benadeelde een vergoedingsfunctie heeft, maar men behoedde zich er voor daaruit af te leiden dat het aansprakelijkheidsrecht op institutioneel niveau de vergoeding van schade ten doel heeft.⁹ De kern, of zo men wil het doel van het aansprakelijkheidsrecht, is de zoektocht naar de gevallen waarin een schade moet worden vergoed;¹⁰ daarmee draait het om de zoektocht naar de gevallen waarin schade had moeten worden voorkomen en daarmee – meer algemeen gesteld – naar de situaties waarin schade voorkomen dient te worden.

Aansprakelijkheid is immers afhankelijk van falend gedrag. Het vereist dat een mens of ding niet voldoet aan een geldende rechtsnorm. Is aan de aangesprokene een onrechtmatige daad van zichzelf of een derde toe te rekenen, een tekortschieten in contractuele verplichtingen, ofwel een tekortkoming van zaken, dan

⁸ Sieburgh 2004.

⁹ Vgl. Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 9.

¹⁰ Zie ook Keirse 2003, p. 18.

komt de benadeelde een recht toe op vergoeding van de schade die deze dientengevolge lijdt. Indien een dergelijke tekortkoming niet heeft plaatsgevonden, blijft de schade waar zij valt. Daarmee dient de grondslag van aansprakelijkheid te worden gevonden in de vermijdbaarheid van schade. Tekortschieten in verkeersgedrag, een emmertje met onbekende vloeistof aan de weg zetten, een lekkende kruik op de markt brengen, of de levering van een non-conform product; dit alles zou een zorgvuldig persoon niet hebben gedaan. Het had, anders gezegd, voorkomen moeten zijn.

In Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek staat aldus centraal dat schade zonder recht berokkend aan een ander moet worden voorkomen. Ge zult een ander niet schaden! Er zijn verscheidene meer en minder specifieke gedragsnormen te onderscheiden die om handhaving vragen. Is het kwaad desalniettemin geschied, dan moet de aansprakelijk te stellen persoon de schade die een ander dientengevolge lijdt zoveel mogelijk *beperken*. De plicht van de schuldenaar om de door hem zonder recht toegebrachte schade vervolgens te *vergoeden* is in wezen een meer secundaire plicht, die niet op komt voordat het in een zekere zin te laat is.

5. Voorkomen is beter dan vergoeden

Beziet men, zoals ik, het verbintenissenrecht mede als instrument van gedragsbeïnvloeding, dan doet men er goed aan om de gedragsregels en de daaraan verbonden sancties op voorhand zo duidelijk mogelijk te laten zijn en om de aandacht daarvoor in tijd naar voren te halen. Hier reik ik, als gezegd, het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht aan.

De kern van het contractenrecht is de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹¹ Dit begint al in de precontractuele fase en loopt door tijdens de overeenkomst en ook daarna. Echter, in de huidige benadering van het contractenrecht wordt de wijze waarop deze gehoudenheid gestalte krijgt, niet in één formule weergegeven. We zien het zeer verspreid in het kader van de toepassing van verschillende leerstukken terug. Ik doel op leerstukken zoals dwaling, bedrog, uitleg en non-conformiteit. En daarbij komt dat dit geschiedt in termen van rechten die de schuldeiser worden toegekend bij niet-naleving ervan.

Zoals hiervoor naar voren kwam, voorziet het verbintenissenrecht evenwel in de algemeen geldende plicht om schade die een ander mogelijk oploopt, te voorkomen of te beperken en aldus elkaars belangen ter harte te nemen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zogenoemde tweede Aidstestzaak.¹² Een arts trekt een verstandskies bij een gedetineerde patiënt met een drugsverleden. De arts snijdt zich in zijn vingers. Zijn bloed komt in contact met het bloed van de patiënt. Aangezien de patiënt behoort tot de groep van personen met een verhoogd risico op een HIV-infectie, vreest de arts voor zijn gezondheid en vraagt hij de patiënt om een aidstest te ondergaan. De patiënt weigert. Om toch op korte termijn een aidstest bij de patiënt af te dwingen stapt de arts naar de voorzieningenrechter. Daar stelt hij dat

¹¹ Vranken 2000, p. 153.

¹² HR 12 december 2003, NJ 2004, 117.

het voor de patiënt om een relatief lichte ingreep gaat, terwijl daardoor voor hem een onevenredig veel zwaarder drukkende last en zorg kan worden bespaard. Zou een bloedonderzoek bij de patiënt achterwege blijven, dan zou de arts uit voorzorg medicatie moeten innemen ter voorkoming van AIDS. Dit laatste gaat gepaard met een groot risico op ernstige en schadelijke bijwerkingen. Het belang van de arts is duidelijk. Maar hier staat tegenover dat het gevorderde bloedonderzoek voor de patiënt een inbreuk vormt op zijn grondrechten op lichamelijke integriteit en op privacy. Niettemin wordt tot in hoogste instantie geoordeeld dat de inbreuk niet afdoet aan de plicht van de patiënt om de schade voor de arts te voorkomen door een aidstest te ondergaan.

Grondrechten verdienen weliswaar erkenning, maar worden begrensd door bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. Een dergelijke beperking kan ook uit de inhoud van een overeenkomst voortvloeien. In casu hebben de arts en de patiënt een medische behandelingsovereenkomst gesloten. Zij dienen daarom een zekere mate van zorgvuldigheid jegens elkaar in acht te nemen. En dit in sterkere mate dan jegens willekeurige derden, althans voor zover het gaat om omstandigheden die met de overeenkomst in verband staan. Uit hun contractuele verhouding vloeit voort dat van de patiënt kan worden verlangd om, ook na beëindiging van de behandelingsovereenkomst, het nodige te doen om eventuele schade die de arts tijdens de behandeling oploopt, te voorkomen. En dat geldt zelfs hier waar het bloed-op-bloedcontact geenszins te wijten is aan de patiënt, maar het gevolg is van een fout van de arts.

Het arrest biedt, in mijn ogen, een toepassing van de plicht om schade die een ander mogelijk oploopt, te voorkomen. De constatering dat niet de patiënt, maar de arts de schadeveroorzakende fout had begaan, leidt mij tot de conclusie dat de Hoge Raad een zelfstandige contractuele voor- en nazorgplicht erkent. Of anders gezegd: uit het contract als zodanig vloeit voor partijen de verplichting voort om mogelijke schade van de wederpartij te voorkomen. Het gaat hier om een rechtens afdwingbare schadevoorkomingsplicht, waarvoor zich art. 3:296 BW als grondslag aandient, die zelfs zo ver kan gaan dat deze een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt.

Aanvaarding van het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht draagt er toe bij dat het contractenrecht wordt ingezet niet alleen om maatschappelijk ongewenst gedrag te sanctioneren, maar met name ook om voor de toekomst gewenst gedrag te faciliteren. In het bijzonder kan deze plicht aan het licht brengen hoe kan worden geoptimaliseerd dat contractanten hun (maatschappelijke) verantwoordelijkheid dragen. Ik geef een voorbeeld. Contractanten dienen te handelen overeenkomstig het Europese gemeenschapsrecht. Waar het gaat om direct horizontaal werkende bepalingen kunnen partijen elkaar hierop aanspreken. Bij schending van deze norm kan de benadeelde partij – onder bepaalde omstandigheden – de nietigheid van de overeenkomst inroepen of schadevergoeding vorderen. Voor regels van gemeenschapsrecht die directe, horizontale werking missen, zoals richtlijnbevestigingen, is een dergelijke privaatrechtelijke handhaving evenwel lastiger, zo niet onmogelijk.¹³ Althans, dat geldt zolang men zich uitsluitend op de

¹³ Vgl. Sieburgh 2007, p. 539.

rechten van de schuldeiser blijft richten en niet tevens op de plichten van de schuldenaar. Het kenmerk van niet direct horizontaal werkend gemeenschapsrecht is nu eenmaal dat het geen rechtstreekse rechten voor particuliere schuldeisers in het leven roept. Toch zou het wenselijk zijn dat contractanten er in beginsel op kunnen worden aangesproken als ze hen bekend gemeenschapsrecht schenden. Welnu, door toepassing van het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht kunnen contractanten er in beginsel steeds op worden aangesproken als ze hen bekend gemeenschapsrecht schenden, ook waar het regels betreft waaraan geen directe horizontale werking wordt toegekend. De stelling luidt dan dat de plicht om regels van gemeenschapsrecht ter harte te nemen vanuit het oogpunt van schadevoorkoming in het gehele gemeenschapsrecht verankerd ligt en daarmee in beginsel afdwingbaar is.

Ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht leidt toepassing van de schadevoorkomingsplicht tot gewenste resultaten die in het huidige recht wel worden gezocht, maar in de klassieke benadering slechts moeilijk kunnen worden gevonden. Dit laat zich illustreren aan de hand van de beruchte eerste Aidstest-zaak.¹⁴ Deze zaak, ook bekend als de zaak van de Rembrandtpark verkrachter, heeft niet alleen in de publieke opinie maar ook de juridische gemeenschap hevig in beroering gebracht. In het Rembrandtpark in Amsterdam wordt een vrouw verkracht. De dader wordt gearresteerd en veroordeeld. De vrouw komt te weten dat de dader ook anderen seksueel heeft misbruikt en vreest voor een besmetting met het HIV-virus. Ze laat haar bloed onderzoeken, maar krijgt te horen dat ze zes maanden later nog eens moet worden getest voor een betrouwbaar resultaat. Dit ervaart ze als zeer belastend en daarom vordert zij in kort geding dat de dader verplicht wordt om zijn bloed op aanwezigheid van het HIV-virus te laten testen. De eis van de vrouw wordt toegewezen. Het bloedonderzoek wordt tegen de wil van de man bevolen en vindt ook plaats. Maar dan volgt in de verdere verloop van de rechtszaak alsook in de literatuur een heftige discussie. Was de inbreuk op het grondrecht van de dader op lichamelijke integriteit wel gerechtvaardigd? Het eindoordeel luidt bevestigend. De Hoge Raad overweegt dat de vrouw, nu zij slachtoffer is geworden van het ernstige, opzettelijk gepleegde delict van verkrachting, er recht op heeft dat de gevolgen daarvan door de dader zoveel mogelijk worden beperkt, dan wel door een passende vorm van schadevergoeding zoveel mogelijk worden goedge maakt.

Ten aanzien van de rechtsgrondslag van de verplichting van de dader om door een bloedonderzoek een einde te maken aan de onzekerheid omtrent besmetting van eiseres wordt een zekere dualiteit in stand gehouden. In eerste aanleg brengt eiseres drie mogelijke grondslagen naar voren. Zij stelt allereerst dat er zolang de onzekerheid voortduurt sprake is van een voortdurende inbreuk op haar lichamelijke integriteit. De Hoge Raad laat, anders dan de rechtbank en het hof, de vraag of er al dan niet sprake is van een voortdurende inbreuk op het grondrecht van eiseres uitdrukkelijk in het midden en deze grond valt aldus in hoogste instantie als mogelijke rechtsgrondslag af. Eiseres acht de dader eveneens gehouden om het

¹⁴ HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347.

bloedonderzoek te ondergaan ter vermindering van haar schade en om haar een volgende traumatische ervaring te besparen. Hoewel dit duidt op een op de dader rustende plicht tot schadebeperking als rechtsgrondslag, blijkt uit het vonnis in eerste aanleg dat eiseres haar eis (tevens) ziet als een vorm van schadevergoeding in natura.¹⁵ Het hof bespreekt in zijn arrest enerzijds de relevantie van de vraag of er in de omstandigheden van het geval grond bestaat om de schadelijke gevolgen van een onrechtmatig handelen zoveel mogelijk te beperken, en geeft anderzijds blijk van zijn mening dat het door eiseres verlangde onderzoek een verzoek om schadevergoeding in natura betreft. Uit de overweging van de Hoge Raad dat het slachtoffer er recht op heeft dat de gevolgen van de verkrachting door de dader zo veel mogelijk worden beperkt, dan wel door een passende vorm van schadevergoeding zo veel mogelijk worden goedgeemaakt, lijkt te volgen dat hij beide grondslagen juist acht. De vraag is of deze dualiteit nodig of gelukkig is.

Eiseres heeft door de verkrachting grote psychische schade geleden. De angst en voortdurende onzekerheid over een eventuele aidsbesmetting zijn onderdeel van het psychisch letsel dat de dader de vrouw heeft toegebracht. De Hoge Raad overweegt dat de vrouw een zwaarwegend belang heeft bij een zo snel mogelijke beëindiging van deze onzekerheid, waarvan de aard meebrengt dat zij diep in haar persoonlijke leven ingrijpt. Dit duidt op een beperking van de psychische schade in tijdsduur. Schadevergoeding is, ook indien de vergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom geschiedt, gericht op het goedmaken van schade die reeds geleden is of waarvan voldoende zeker is dat zij in de toekomst zal worden geleden. Medewerking van de dader aan een bloedonderzoek maakte de door eiseres reeds geleden schade niet gedeeltelijk goed. De angst en onzekerheid omtrent besmetting waren feitelijk al onherstelbaar toegebracht en konden nog slechts in tijd worden beperkt. Zowel het slachtoffer als de dader waren in staat om een einde te maken aan de onzekerheid; beiden konden zich namelijk aan een bloedonderzoek onderwerpen. Door de dader te verplichten mee te werken, werd de vrouw deze zware emotionele belasting bespaard en werd aldus extra psychische schade voorkomen.

Er was evenmin sprake van vergoeding in natura van toekomstige schade, daar de toekomstige schade juist werd voorkomen door toewijzing van de vordering. In deze zaak werd dus niet, zoals door sommigen is gedacht, de schade in natura vergoed. Wat er wel gebeurde, was dat de schade in omvang werd beperkt. En wel door toepassing van een op de dader rustende en rechtens afdwingbare schadevoorkomingsplicht; het betrof hier niet een veroordeling tot schadevergoeding in natura, maar een rechterlijk bevel tot de nakoming van een rechtsplicht. Deze op de dader rustende plicht om de door hem toegebrachte schade zoveel mogelijk te beperken of zelfs te voorkomen, kan zo ver gaan dat deze een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt.

Zoals de contractuele schadevoorkomingsplicht kan worden ontleend aan het contract, kan de aanspraak op schadevoorkoming in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht worden ontleend aan de onrechtmatige daad of dreiging daarvan.

¹⁵ G. van Driem, advocate van eiseres, heeft ook in haar artikel 'Gedwongen aidstest: hoe ver mag de rechter gaan?' als rechtsgrondslag voor de vordering schadevergoeding in natura genoemd (zie *Nemesis* 1992-1, p. 18).

Het gaat om een uit de onrechtmatige daad voortvloeiende plicht waarvan nakoming in rechte kan worden afgedwongen op de voet van art. 3:296 BW.

6. Ter afsluiting

Hiervoor is allereerst geëxpliciteerd dat voor zover handhaving van verbintenrechtelijke beginselen in de praktijk plaatsvindt, dit in de regel op indirecte wijze geschiedt, door de inzet van verscheidene door het verbintenissenrecht in het leven geroepen rechtsmiddelen. Vervolgens is daarvan de ondoelmatigheid geïllustreerd. De doelstelling om te optimaliseren dat partijen hun maatschappelijke verantwoordelijkheid dragen, vraagt om een geïntegreerde benadering van het verbintenissenrecht. In deze benadering vormen de gedragsnormen van de schuldenaar de kern en is de focus niet langer op de rechten van de schuldeiser geconcentreerd. Door gedragsnormen te plaatsen in de sleutel van de schadevoorkomingsplicht verworden ze tot rechtens afdwingbare verplichtingen, ook als de niet-naleving daarvan nog niet tot schade heeft geleid.

Literatuur

- W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006.
- W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982-991.
- E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade*, Deventer: Kluwer, 2008.
- A.L.M. Keirse en P.A.J. van den Berg, 'Waar rook is, is vuur; Franse lessen inzake aansprakelijkheid en eigen schuld bij schade als gevolg van het roken', *NJB* 2002, p. 1652-1661.
- A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, 2003.
- G.A.F.M. van Schaaijk, *Twee vermogensmodellen in het contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001.
- C.H. Sieburgh, *Tertium datur; de niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer, 2004.
- C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, deel I, Deventer: Kluwer 2007, p. 465-540.
- I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu, 2005.
- J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.