

# 1 **Alterum non laedere; voorkom schade!**

## **Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht**

Anne Keirse<sup>1</sup>

### 1.1 **Voorkomen is beter dan vergoeden**

Schade *voorkomen* is beter dan schade *vergoeden*. Dit klinkt wellicht als een dooddoener; maar dat is het niet; hoe vaak kijken we in het burgerlijk recht niet lijdzaam toe hoe de schade oploopt om vervolgens ons heil in de schadevergoeding te zoeken?

Denk bijvoorbeeld aan effectenleaseproducten die al jaren bron zijn voor oplopende maatschappelijke schade; onder meer bestaande uit individuele verliezen en schulden, publieke onrust, verlies aan goodwill, rechtsonzekerheid en kosten van procedures binnen en buiten rechte. Vele jaren na de lancering van het Levob Hefboomeffect, de Dexia KoersExtra en het Aegon SprintPlan, heeft de Hoge Raad in zijn arresten van 5 juni 2009 concrete en richtinggevende handreikingen gegeven teneinde de afwikkeling van de talrijke individuele dossiers te vereenvoudigen;<sup>2</sup> maar het moge duidelijk zijn dat de voortkomende schadevergoedingen nauwelijks meer zijn dan druppels op een gloeiende plaat.

Ook de letselschadepraktijk biedt een scala aan voorbeelden.<sup>3</sup> Een voetganger wordt van zijn sokken gereden en zo begrijpelijkerwijs uit balans geslagen. Zijn werk, dat hem veel voldoening gaf, kan hij niet meteen weer aan. Zijn werkgever heeft niet de financiële ruimte om de getroffen rust te gunnen. Het slachtoffer ziet zijn carrièreperspectieven in het water vallen. Hij moet op zoek naar een andere baan. Zijn hobby's is hij kwijt, nu deze fysiek te inspannend zijn. Aldus ziet de sociale omgeving van de getroffen er in één klap heel anders uit. Dit alles gaat hem uiteraard niet in de koude kleren zitten en de relatie met zijn partner komt onder druk te staan. Herstel blijft

---

1 Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar Burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer bij het Gerechtshof Arnhem.

2 HR 5 juni 2009, LJN: BH2811 (Het Levob Hefboomeffect); HR 5 juni 2009, LJN: BH2815 (Dexia KoersExtra); HR 5 juni 2009, LJN: BH2822 (Aegon SprintPlan).

3 De volgende voorbeelden zijn onder meer geïnspireerd door Hof Amsterdam 1 juni 1984, VR 1985, 63 en Ktr. Amersfoort 25 november 2009, L&S 2010-1.

begrijpelijkerwijs langer uit dan strikt fysiek beschouwd het geval zou moeten zijn, vanwege alle psychische nood. Voor de verzekeraar van de aansprakelijke dader volop reden om verweer te voeren. Is al die schade wel ongevalgevolg? En hoe erg heeft de getroffene het eigenlijk echt? Objectief beschouwd ligt het wellicht anders, maar subjectief gezien heeft het slachtoffer het gevoel dat zijn mooie leven voorgoed voorbij is. Zo is het, bij wijze van ander voorbeeld, ook voor de schoonmaker van Turkse afkomst die door een bedrijfsongeval functieverlies heeft aan een arm en mede gezien zijn culturele achtergrond psychisch in het ongerede geraakt omdat hij zijn beroep niet meer kan uitoefenen en niet meer aan zijn zelfbeeld kan voldoen. Als een dergelijk slachtoffer, verschillende onderzoeken en veel gesteggel later, een buideltje met geld krijgt, zal dat weinig meer voor hem betekenen dan een doekje voor het bloeden.

Dat moet beter kunnen. Terwijl schadevergoeding niet meer is dan een financiële genoegdoening voor een werkelijkheid die slecht blijft, betekent voorkoming van schade die anders zou zijn geleden, ook als het slechts gedeeltelijk is, een verbetering van het reële zijn.

## 1.2 Een omgekeerd perspectief

### 1.2.1 *Corebusiness: vergoeden, niet voorkomen*

Toch wordt het *vergoeden*, niet het *voorkomen* van schade als de corebusiness van de beoefenaar van het aansprakelijkheidsrecht gezien. Het aansprakelijkheidsrecht zou uitsluitend of voornamelijk – daarover wordt nog getwist<sup>4</sup> – in het teken van compensatie staan. In de woorden van Kortmann en Sieburgh:

‘Het bestaan van de wettelijke plicht om schade te vergoeden aan de benadeelde kan als neveneffect een handhavende werking hebben. Het vooruitzicht op het nadeel een schadevergoeding te moeten betalen, kan de potentiële normschender ontmoedigen zich onrechtmatig te gedragen. Ontmoediging van normschendingen is echter geen zelfstandig doel van het aansprakelijkheidsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht richt zich niet primair op de normschender, maar op de gelaedeerde.’<sup>5</sup>

---

4 Zie onder meer Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 9-15; Kortmann 2009, p. 15 en 23; Giesen 2009, p. 309 e.v.

5 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 258.

De praktijk van het aansprakelijkheidsrecht maakt zich inderdaad schuldig aan deze eenzijdige, op de casus en op het verleden gerichte oriëntatie. Keer op keer stelt men dezelfde vragen: wat is er gebeurd en hoe groot is de schade? De practicus brengt in kaart wat de benadeelde te kort gekomen is en probeert dat specifieke verlies te laten vergoeden. Niet gehoord wordt de vraag vanaf welk bedrag aan te betalen schadevergoeding de (potentiële) normschenders het schadeveroorzakend en daarmee maatschappelijk ongewenst gedrag in de toekomst achterwege zullen laten. Aldus richt men zich op de rechten van de individuele benadeelde als het kwaad al is geschied in plaats van op de plichten van (collectieve) normschenders op het moment dat zij deze negeren.

### 1.2.2 *Inadequate inzet*

Meer en meer staat deze praktijk van het aansprakelijkheidsrecht evenwel onder vuur. Dat schadevergoeding alleen niet de beste weg naar de toekomst is, houdt Spier ons al jaren voor.<sup>6</sup> Ook Barendrecht signaleert dat degenen die dagelijks met het aansprakelijkheidsrecht werken te veel de neiging hebben zich op de positie van het individuele slachtoffer te concentreren.<sup>7</sup> Het belang van preventie wordt uit het oog verloren, maar ook de positievermindering van degene uit wiens zak de compensatie komt. Wat schadevergoeding voor de één is, is financieel verlies voor de ander. Compenseren betekent herverdelen. Barendrecht spreekt van een blinde vlek voor de lasten van het vergoedingssysteem die door de overheid, verzekeraars, daders en slachtoffers worden gedragen.

Ook vanuit Straatsburg, Brussel en Luxemburg horen we de roep om een nieuwe aanpak; recht dient immers effectief te zijn.<sup>8</sup> Dat het aansprakelijkheidsrecht zoals het thans wordt vormgegeven, niet aan die maatstaf voldoet, heeft Van Boom op overtuigende wijze geïllustreerd.<sup>9</sup> Beoefenaren van het aansprakelijkheidsrecht zijn gewoon om achterom te kijken, richten zich op herstel van de oude toestand en reageren veelal op een specifiek geval. Deze drie karakteristieken brengen evenzoveel knelpunten aan het licht. Door te oordelen achteraf, *post facto*, wordt te weinig vooruitgekeken en laat men kansen van preventie liggen. De focus op terugdraaien en resti-

6 Zie onder meer Spier 2003, p. 352.

7 Barendrecht 2002, p. 609.

8 Zie onder meer Giesen 2009, p. 322 e.v.

9 Van Boom 2006.

tutie beperkt de werking van het sanctiearsenaal; corrigerende of straffende elementen zijn spaarzaam. Het kenmerk van specificiteit, tot slot, verhindert dat belangen van anderen het gewicht krijgen dat hun toekomt.

Met deze knelpunten legt Van Boom het handhavingdeficit in en van het aansprakelijkheidsrecht bloot. Het is een thema dat veel pennen in beweging brengt; de zoektocht naar manieren om het gesteld systeemfalen van het aansprakelijkheidsrecht tegen te gaan is ingezet.<sup>10</sup> Gedacht wordt aan samenwerking met het publiekrecht en invoering van een gematigde variant van *punitive damages*.<sup>11</sup> Ik zoek de oplossing – zoals aangedragen in mijn Utrechtse oratie en ook hieronder moge blijken – veeleer binnen het systeem.

### 1.2.3 *Rechtsgetrouw of plichtsgetrouw*

Wil men overgaan op een doelmatige privaatrechtelijke handhaving van gedragsnormen die het aansprakelijkheidsrecht oplegt – en daarvoor is goede reden – dan moet men mijns inziens de gebruikelijke focus in het aansprakelijkheidsrecht verleggen. De beoefenaar van het aansprakelijkheidsrecht moet zich niet langer primair richten op de rechten van het slachtoffer, maar juist ook en vooral op de plichten van de dader of potentiële dader.

Immers als in het aansprakelijkheidsrecht de aandacht wordt gericht op het schadevergoedingsrecht van het slachtoffer, en niet tevens op de voorafgaande plicht van de dader om een ander geen schade te berokkenen op onrechtmatige wijze, is het uitermate lastig materiële normen te handhaven. Bij een focus op de rechten van de schuldeiser is het namelijk 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 in het privaatrecht geblokkeerd in alle gevallen waarin het bestaan van schade, causaal verband of relativiteit op microniveau niet kan worden bewezen. Maar aangezien in dergelijke gevallen soms wel op macroniveau kan worden aangenomen dat de schending van de desbetreffende gedragsregel tot rechtens relevante schade leidt, zou handhaving wel wenselijk zijn.

---

10 Zie onder meer Van Boom 2006; Hartlief 2008; Hartlief 2009; Engelhard, Giesen, Mahé & Schaub 2009.

11 Hartlief 2008, p. 776; Hartlief 2009, p. 1553.

Hoe lastig het kan zijn om met een focus op de rechten van het slachtoffer de plichten van de schuldenaar te handhaven, kan worden geïllustreerd aan de hand van de informatieplicht. Een opzettelijke, ontegenzeggelijke schending van een informatieplicht geeft op zich nog geen recht op schadevergoeding en leidt daarmee in de praktijk nog niet tot een actie van het aansprakelijkheidsrecht. Kan immers het niet-geïnformeerde slachtoffer niet bewijzen dat hij een andere, minder schadelijke keuze zou hebben gemaakt indien hij wel de juiste informatie zou hebben gekregen, dan antwoordt de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht al snel: de normschender is inderdaad tekortgeschoten, maar we kunnen niets voor u betekenen. Handhaving van informatieplichten dient evenwel ook een doel op collectief niveau, zoals maximalisatie van in autonomie genomen beslissingen en reductie van vermijdbare schade.

Daarbij komt dan nog dat in die gevallen waarin het wel gemakkelijk is om door het geldend maken van rechten eens anders plichten af te dwingen, dit lang niet altijd gebeurt. De toegang tot handhaving wordt met andere woorden lang niet altijd gebruikt. Hoeveel mensen die psychisch schade lijden door intimidatie stellen een claim in? Of hoeveel BN'ers die het slachtoffer worden van laster door de roddelpers, maken er een zaak van? Er is dan weliswaar een normschender, iemand schiet tekort, maar het slachtoffer laat het erbij zitten. Dat dit niet tot optimale handhaving van de materiële norm leidt, behoeft geen betoog. Ook het in maatschappelijk opzicht onwenselijke fenomeen van strooischade legt deze problematiek bloot. Het gaat dan om de toebrengring van kleine schades op grote schaal. Niemand claimt; de kosten daarvan zouden immers hoger zijn dan de baten. Maakt de rechtsbeoefenaar de inzet van het aansprakelijkheidsrecht afhankelijk van de vraag of een benadeelde een recht inroept, dan staat hij hier met lege handen. Wat dies meer zij, zelfs in het geval zich wel een slachtoffer aandient en deze bovendien een recht geldend weet te maken, dan nog is de handhaving in het aansprakelijkheidsrecht 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 individueel slachtoffer.<sup>12</sup> Aldus wordt het concrete geval aangepakt zonder oog te hebben voor andere gevallen. En zo kan het gebeuren dat heldere gedragsregels niet volledig worden nageleefd, omdat de handhaving alleen individuele schadevoorvallen betreft. We formuleren weliswaar

12 Zie nader Van Boom 2006.

gedragsnormen die gelden voor schuldenaren in het algemeen of typen schuldenaren in het bijzonder, maar als het aankomt op handhaving daarvan in de rechtspraak, dan wordt de focus naar de rechten van de individuele schuldeiser verlegd. Dat moet beter kunnen.

Ik meen dat we ons daartoe moeten richten op de plichten van de schuldenaar. Uiteraard doel ik dan niet op de plicht van de schuldenaar om de door hem zonder recht veroorzaakte schade te vergoeden. Want dat is een secundaire plicht, die niet opkomt voordat het kwaad is geschied. De primaire plicht van de schuldenaar, van elke burger, is het zich gedragen conform de maatschappelijke verantwoordelijkheid; en is daarmee de plicht het toebrengen van schade aan een ander te voorkomen.

#### 1.2.4 Aansprakelijkheidsrecht $\neq$ schadevergoedingsrecht

*Alterum non laedere* – berokken een ander geen schade! Reeds in de Digesten wordt dit als een grondbeginsel van het recht genoemd.

D. 1, 1, 10, 1 (Ulpianus): '*Turis praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – grondbeginselen van het recht zijn: eerbaar leven, de medemens niet benadelen, ieder het zijne doen toekomen.'<sup>13</sup>

Berokken een ander geen schade, het gaat tezamen met *honeste vivere* – leef eerbaar – en *suum cuique tribuere* – laat ieder het zijne toekomen. Deze drie beginselen moeten met elkaar in verband worden gebracht.<sup>14</sup> Dit betekent dat een veroorzaking van schade ontoelaatbaar is, als de schade door een eerbaar persoon niet zou zijn toegebracht en de schade is toegebracht aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd. Als aldus een toerekenbare schadeveroorzakende gedraging zonder recht plaatsvindt, is de grens van de handelingsvrijheid overschreden. Ter bescherming van de belangen van de schade-lijder volgt aansprakelijkheid. Een en ander vindt weerklink in ons Burgerlijk Wetboek.

Daarmee spoort niet dat het in orde is een ander schade toe te brengen, zolang je deze maar vergoedt. Dat is niet het evenwicht waartoe de afwe-ging van vrijheid en bescherming dient te leiden. Preventie moet als functie

<sup>13</sup> Vertaling Spruit, Feentstra & Bongenaar 1994.

<sup>14</sup> Nieuwenhuis 2003, p. 25-26.

van het aansprakelijkheidsrecht worden erkend. Daarbij doel ik niet alleen op zogenaamde primaire preventie, te weten het verhinderen van het ontstaan van schade, maar ook op secundaire en tertiaire preventie. Secundaire preventie ziet op het beperken van schade in de tijd. Tertiaire preventie is gericht op het tegengaan van de aangroei van schade door verergering. In het aansprakelijkheidsrecht zijn de ideeën van deze verschillende stadia van preventie aanwezig, ook al worden ze niet als zodanig benoemd. Zo is de voornaamste doelstelling van de veroordeling tot nakoming van een rechtsplicht ingevolge art. 3:296 BW het voorkomen van dreigend onrecht. Is schade eenmaal ingetreden, dan tracht het schadevergoedingsrecht deze zo vlug mogelijk in te dijken, door het herstel op zo kort mogelijke termijn te laten verlopen. Zowel de dader als de benadeelde wordt door het recht aangespoord schade te beperken.

Aldus heeft het aansprakelijkheidsrecht meer pretenties dan alleen de vergoeding van schade; het aansprakelijkheidsrecht is meer dan schadevergoedingsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht moet worden ingezet om maatschappelijke schade te voorkomen. Dat betekent dat er andere vragen moeten worden gesteld. Immers, als men uitsluitend vraagt hoeveel schadevergoeding het slachtoffer toekomt als het is misgegaan, wordt onvoldoende gewaarborgd dat partijen vooraf van ongewenst gedrag afzien. Van mogelijke sancties achteraf gaat weliswaar een zekere druk uit en de preventieve werking daarvan wil ook niemand volledig ontkennen, maar is het niet vanzelfsprekend dat voor werkelijke preventie een *ex ante* perspectief beter dienst kan doen?<sup>15</sup> 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.

Ik reik daartoe het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht aan. Het is een nieuwe, door mij in het kader van mijn oratie in januari 2009 geïntroduceerde term;<sup>16</sup> een term die in de juridische wandelgangen wordt geassocieerd met het slachtoffer en het leerstuk van eigen schuld. Dan verwacht men evenwel de schadevoorkomingsplicht met de zogenaamde schadebeperkingsplicht.

### 1.2.5 *Schadevoorkomingsplicht en schadebeperkings'plicht'*

De schadevoorkomingsplicht is als het ware het spiegelbeeld van de schadebeperkingsplicht. De schadebeperkingsplicht bevindt zich op het terrein

---

15 Zie ook Van Boom 2006.

16 Zie ook Keirse 2009.

van het schadevergoedingsrecht waar de aandacht ten aanzien van de aangesproken dader gericht is op *vergoeding* van schade. In die situatie is het de benadeelde die maatregelen moet treffen om zijn schade indien mogelijk te beperken. Doet hij dat niet, dan krijgt hij zijn schade niet volledig vergoed. Het gaat dan dus niet om beperking of voorkoming van schade van een ander, maar om beperking van eigen schade.

Dat brengt ook een verschil in prioriteit met zich. Het in acht nemen van onvoldoende zorg ten aanzien van eigen belang is van wezenlijk andere orde dan het betrachten van onvoldoende zorg ten aanzien van andermans belang. Ten aanzien van de eigen persoon en goederen is eenieder in het algemeen vrij te doen en te laten wat hij of zij wil. In beginsel kan niemand rechtens worden verplicht zichzelf voor schade te behoeden.<sup>17</sup> De veronachtzaming van eigen belangen is rechtens geoorloofd, tenzij daardoor tevens rechtsbelangen van anderen worden gekrenkt. Wie in eigen zaken niet handelt als *diligens pater familias* handelt geenszins onrechtmatig, wanneer daardoor niet mede het algemeen belang of een rechtsgoed van een ander wordt geschaad, dan wel inbreuk wordt gemaakt op een rechtmatig contractueel belang dat een derde bij het ongeschonden blijven van het geschade rechtsgoed had.

De schadebeperkingsplicht van de benadeelde is gerelateerd aan een wettelijke aanspraak op schadevergoeding. Daarbij sluit aan dat de benadeelde niet pas dan conform zijn schadebeperkingsplicht handelt als hij doet wat een voorzichtig mens die door toeval schade lijdt en geen aanspraak op schadevergoeding heeft, onverplicht in eigen belang zou doen. Bij de beoordeling van zijn handelen moet integendeel nadrukkelijk worden meegewogen dat hij juist door een schadeveroorzakende daad waarvoor een ander aansprakelijk (en veelal verzekerd) is, in een situatie is gebracht die hem tot schadebeperking noopt. Wanneer zich de omstandigheid voordoet dat niet alleen de benadeelde, maar ook de dader de mogelijkheid heeft de schade te beperken, behoort laatstgenoemde die het onrecht initieerde, tot handelen over te gaan. De schadebeperkingsplicht van de benadeelde vindt in beginsel hier zijn grens.<sup>18</sup>

---

17 T.M. Parl. Gesch. Boek 6, p. 350. Zie ook Keirse 2003, p. 17 en 75; Keirse 2010, p. 15.

18 Zie HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 (Gielen/Grathem I); HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (Staat/Van Gelder); HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 (Staat/NCB); HR 7 november 1997, NJ 1998, 364 (Groskamp/Staat); HR 24 januari 1997, NJ 1999, 56 (Staat/De Ridder); HR 28 september 2001, NJ 2001, 650 (FDP/Leiden). Hierover nader Keirse 2003, p. 121 e.v.



Van een op de benadeelde rustende *rechtsplicht* tot beperking van de eigen schade is derhalve geen sprake. In dit opzicht is de term schadebeperkings*plicht* dan ook misleidend. Gesproken kan worden van een gehoudenheid de eigen schade te beperken, maar deze gehoudenheid bestaat slechts in zoverre, dat de benadeelde de gevolgen van het nalaten van het nemen van maatregelen ter beperking van schade niet geheel op anderen kan afwentelen. Het deel van zijn schade dat hij door het treffen van adequate maatregelen had kunnen en moeten voorkomen, komt in beginsel geheel of gedeeltelijk voor eigen rekening. Dit is terug te voeren op het gegeven dat de rechtsgrond tot afwenteling van die schade op de dader nog slechts in verminderde mate aanwezig is en is in art. 6:101 BW gecodificeerd.<sup>19</sup> Wordt met de term *schadebeperkings'plicht'* beoogd tot uitdrukking te brengen dat de benadeelde er goed aan doet de eigen schade te beperken, wil hij een aanspraak op vergoeding van de volledige schade behouden, de op de dader of potentiële dader rustende *schadevoorkomingsplicht* behelst een werkelijke rechtsplicht. Gij zult een ander niet schaden! Is het kwaad desalniettemin geschied, dan moet de schadeveroorzaker de daaruit voortvloeiende schade zoveel mogelijk beperken. Dat hij daartoe verplicht is vloeit voort uit hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Op de voet van art. 3:296 BW is deze plicht dan ook rechtens afdwingbaar. De juistheid van deze stelling kan worden geïllustreerd aan de hand van de beruchte *Aidstest-zaak*.<sup>19</sup>

### 1.3 Toepassingsgevallen

#### 1.3.1 *Aidstest*

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 zodat direct meer duidelijkheid kan worden verkregen. 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 het

<sup>19</sup> HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347.

verdere verloop van de rechtszaak alsook in de literatuur een heftige discussie. De *aidstest* betekent een inbreuk op het grondrecht van de dader op lichamelijke integriteit. Is deze inbreuk gerechtvaardigd?

De feitenrechtters verschillen van mening,<sup>20</sup> maar 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.<sup>21</sup> 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 persoonlijk leven ingrijpt. De angst en onzekerheid van de vrouw waren feitelijk al onherstelbaar toegebracht, maar konden nog wel 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. Het niet beëindigen door de dader van de bij de vrouw levende onzekerheid en angst omtrent aidsbesmetting zou in strijd zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Gezien de omstandigheden kon van de dader in redelijkheid worden gevergd dat hij maatregelen trof ter voorkoming van verdere schade en ter beperking van de reeds ontstane schade.

In deze zaak werd dus niet, zoals door sommigen is gedacht,<sup>22</sup> de schade in natura *vergoed*; de schade werd in omvang *beperkt*. En wel door toepassing van een op de dader rustende en rechtens afdwingbare 'schadebeperkingsplicht',<sup>23</sup> die door mij vanwege het onderscheidend vermogen schadevoorkomingsplicht wordt genoemd. Deze op de dader rustende plicht om de door hem toegebrachte schade zoveel mogelijk te beperken of zelfs te

---

20 Pres. Rb. Amsterdam 11 juli 1991, *KG* 1991, 242; *NJCM-Bulletin* 1991-6, p. 564 m.nt. Sas; Hof Amsterdam 5 maart 1992, *NJCM-Bulletin* 1992-6, p. 641 m.nt. Verhey.

21 HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347.

22 Sas, annotatie onder Pres. Rb. Amsterdam 11 juli 1991, *NJCM-Bulletin* 1991-6, p. 564; Goldschmidt *NJB* 1993-43, p. 1539; Steketee, *AA* nr. 48 (1993), p. 2230.

23 Vergelijk ook Vranken, in zijn conclusie voor HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 en Brunner in zijn annotatie onder dit arrest.

voorkomen kan zo ver gaan dat deze een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt. De schadevoorkomingsplicht van de dader verschilt daarmee principieel van de oneigenlijke verplichting van de benadeelde om de eigen schade te beperken. Niet alleen heeft de eerstgenoemde plicht voorrang, maar ook is deze, anders dan de tweede, afdwingbaar op de voet van art. 3:296 BW.

Niet-nakoming van de gehoudenheid mee te werken aan een bloedonderzoek ter voorkoming van verdere schade zou een onrechtmatige daad jegens de benadeelde hebben opgeleverd. Meer recentelijk velde de Groningse rechtbank een vergelijkbaar oordeel.<sup>24</sup> Het betreft een student die zich bij arrestatie met een hamer op het hoofd sloeg. De agenten die met het bloed uit de hoofdwond in aanraking kwamen, vrezen een mogelijke besmetting met aids, het hiv-virus, hepatitis of een andere overdraagbare ziekte. Zij vorderen in kort geding medewerking aan een bloedonderzoek en mededeling van de resultaten daarvan; zij stellen dat de student daartoe uit 'hoofde van zijn schadebeperkingsplicht' gehouden is. Haast is geboden, nu tegen de aandoeningen in kwestie met de meeste zekerheid effectieve middelen kunnen worden ingezet wanneer dit gebeurt binnen maximaal 72 uur na besmetting. Het bloed van de gearresteerde is reeds in het kader van zijn eigen behandeling overeenkomstig het toepasselijke protocol onderzocht. In geding is dus slechts of de resultaten ook aan de agenten verteld mogen worden. De gearresteerde student blijkt in dezen wilsonbekwaam; door toedoen van een psychiatrische stoornis is hij volstrekt onbereikbaar. In rechte krijgt het belang van de agenten bij het verkrijgen van zekerheid over een mogelijke besmetting en de daarmee samenhangende mogelijkheid tijdig beschermende maatregelen te treffen meer gewicht toegekend dan het belang van de student dat de resultaten van het onderzoek van het met een ander doel afgenomen bloed uitsluitend aan hemzelf vertrouwelijk worden meegedeeld. Onthouding van de verzochte informatie door de student betitelt de rechtbank als onrechtmatig:

'Hoezeer gedaagde op dinsdag ook heeft gehandeld door toedoen van een geestesstoornis en hoezeer ook het heden uitblijven van instemming met bloedonderzoek met het oog op het informeren van eisers voortvloeit uit dezelfde geestesstoornis, in beide gevallen is er sprake van een

<sup>24</sup> Rb. Groningen 11 juni 2009, LJN: BJ0722, TvG 2010, 2.

onrechtmatige daad van gedaagde, namelijk een inbreuk op rechten van eisers.<sup>25</sup>

Aldus kan iemand worden verplicht om een relatief lichte ingreep te ondergaan teneinde een onevenredig veel zwaarder drukkende zorg voor een ander af te wentelen.<sup>26</sup> Een dergelijke afdwingbare verplichting schade bij een ander te voorkomen of in tijd te beperken lijkt op het eerste gezicht misschien zeldzaam, maar een nadere bestudering van reeds lang ingeburgerde rechtsinstrumenten leert anders.

### 1.3.2 *Vermijdingsverplichting*

De schadevoorkomingsplicht kent een verscheidenheid aan toepassingsmogelijkheden. Van belang in dit verband is allereerst de zaak van de aanrander met de hond, die midden jaren tachtig diende en waarin voor het eerst in hoogste instantie uitspraak is gedaan over het verschijnsel van contactverbod.

Met een smoes drong de aanrander het huis van zijn slachtoffer binnen waar hij vervolgens tweeënhalve uur verbleef, gedurende welke tijd hij zijn slachtoffer met een mes bedreigde en haar onder die bedreiging aanrandde. Op nagenoeg dezelfde wijze heeft de aanrander nog vijf andere slachtoffers gemaakt, met dien verstande dat hij daarbij zijn bedreigingen niet alleen met een mes maar ook met zijn hond uitvoerde. De zaak kwam in de publiciteit toen de aanrander door de officier van justitie wegens een vermeend gebrek aan celruimte op vrije voeten werd gesteld en hij weer zijn hond ging uitlaten in hetzelfde park waar ook eerstgenoemd slachtoffer haar hond

---

25 Rb. Groningen 11 juni 2009, LJN: BJ0722, *TvG* 2010, 2.

26 Zie ook Rb. Haarlem 8 oktober 1993 en Hof Amsterdam 28 juli 1994, LJN: AH4707; Rb. Amsterdam 22 november 1999, LJN: AH8053; HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117; Rb. Leeuwarden 25 augustus 2005, LJN: AU1493; Rb. Maastricht 23 september 2005, LJN: AU3197; Rb. Groningen 26 januari 2007, LJN: AZ7313. Vergelijk Hof Amsterdam 20 februari 1997, LJN: AH7126, rov. 4.12. Na inwerkingtreding van de Wet van 12 november 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering inzake de regeling van onderzoek naar de mogelijkheid van overbrenging van ernstige besmettelijke ziekte bij gelegenheid van een strafbaar feit (verplichte medewerking aan een bloedtest in strafzaken), *Stb.* 2009, 475 en het Besluit van 8 maart 2010 houdende regels over het strafvorderlijk onderzoek naar besmetting met een ernstige besmettelijke ziekte en fylogenetisch onderzoek (Besluit bloedtest in strafzaken in geval van een ernstige besmettelijke ziekte), *Stb.* 2010, 115, zal deze privaatrechtelijke weg veelal niet meer nodig zijn.

placht uit te laten. In kort geding vordert zij naast immateriële schadevergoeding een straat- en parkverbod.

De president wijst haar vorderingen toe.<sup>27</sup> Echter, in hoger beroep overweegt het hof dat voor het opleggen van een dergelijke beperking van het grondrecht van bewegingsvrijheid een reële dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen aannemelijk moet zijn, waarbij in de eerste plaats te denken valt aan de mogelijkheid van herhaling van de aanranding of van een soortgelijk feit en dat ter kering van deze dreiging het gevorderde verbod nodig is.<sup>28</sup> Nu niet voldoende aannemelijk is geworden dat de dader zich juist ten opzichte van eiseres opnieuw schuldig zal maken aan een misdrijf, ziet het hof geen aanleiding voor het opleggen van een straatverbod. Weliswaar zou de dader in de ogen van het hof ook dan onrechtmatig handelen indien hij de gevoelens van zijn slachtoffer niet zou willen ontzien door zich welbewust zo te gedragen dat de nog steeds aanwezige traumatische gevolgen van het gebeuren voor zijn slachtoffer scherper of langduriger worden – door er bijvoorbeeld op uit te zijn de vrouw te ontmoeten en aan een confrontatie met hem bloot te stellen. Maar in casu doet zich een dergelijke situatie niet voor. Van het recht op bewegingsvrijheid wordt volgens het hof slechts dan onrechtmatig gebruik gemaakt, indien actief getracht wordt anderen in overeenkomstige rechten te frustreren. Consequentie van deze (beperkte) opvatting is dat de dader die dagelijks zijn hond uitlaat in hetzelfde park waar ook eiseres haar hond pleegt uit te laten, jegens haar niet onrechtmatig handelt, vermits hij daar niet komt met het doel haar te ontmoeten.

De Hoge Raad op zijn beurt vernietigt het arrest; 's hofs oordeel dat erop neerkomt dat in een situatie als deze enig vermijdingsgedrag niet kan worden gevegd, kan niet als juist worden aanvaard.<sup>29</sup> Gelet op de geestelijke toestand van het slachtoffer, haar angsten en het feit dat zij niet opgewassen is tegen een mogelijke ontmoeting met de dader, mag van de dader worden gevegd dat hij zich actief moeite geeft om uit de buurt van het slachtoffer te blijven. De vraag wat dit uit de buurt blijven inhoudt en of het van de dader in redelijkheid te vergen vermijdingsgedrag een straat- en parkverbod rechtvaardigt, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de betrokken belangen, aldus de Hoge Raad, waarop hij de zaak naar een ander hof verwijst.

---

27 Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1984, *KG* 1984, 211.

28 Hof Amsterdam 25 oktober 1984, te kennen uit HR 24 mei 1985, *NJ* 1987, 1.

29 HR 24 mei 1985, *NJ* 1987, 1.

Tijd verstrijkt – vermoedelijk in verband met het feit dat het slachtoffer inmiddels (noodgedwongen) is verhuisd en de dader in de gevangenis wordt geplaatst om zijn straf uit te zitten – voordat twee jaren later in kracht van gewijsde gaat dat het van deze dader te vergen vermijdingsgedrag gezien de concrete omstandigheden van het geval het gevorderde straat- en parkverbod rechtvaardigt.<sup>30</sup>

Hoewel aanvankelijk enige onwennigheid viel te ontwaren in de reacties op het arrest van de Hoge Raad in deze zaak, heeft het zijn uitwerking niet gemist. De op de dader rustende vermijdingsverplichting is door de feitenrechters ter hand genomen en geconcretiseerd.

Binnen een jaar na de introductie van de vermijdingsplicht wordt een student die veroordeeld is wegens verkrachting en zware mishandeling van een van zijn medestudenten, na het uitzitten van zijn gevangenisstraf in rechte verboden het instituut waar hij en zijn slachtoffer studeerden te betreden of daar in de buurt te komen.<sup>31</sup> Overwogen wordt dat de traumatische ervaringen die het slachtoffer door toedoen van de student heeft moeten doorstaan, rechtvaardigen dat hij zich moeite getroost haar uit de weg te gaan. Daar het slachtoffer de ervaringen nog niet heeft verwerkt en behoefte heeft aan rust en zekerheid en opdat zij, ook na afloop van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf van de dader, zoveel mogelijk zekerheid krijgt en behoudt dat zij nog gedurende geruime tijd niet meer met hem wordt geconfronteerd, is een contactverbod geboden.

In dezelfde periode blijkt dat de schadevoorkomingsplicht van de zedelinquent ook kan meebrengen dat hij zijn woning moet verlaten.<sup>32</sup> Een meisje van tien jaar is seksueel misbruikt door een man die als haar oppas fungeerde en in dezelfde straat drie huizen van haar woonachtig is. Naar het oordeel van de president rust op de man de verplichting het meisje te vermijden. Na afweging van de betrokken belangen, oordeelt de president dat dit vermijdingsgedrag impliceert dat het gevorderde straatverbod, gekoppeld aan het verbod de eigen woning te bewonen, moet worden toegewezen. In hoger beroep beantwoordt ook het hof de vraag of de verplichting van de dader tot het vermijden van zijn slachtoffer een plicht tot verhuizing meebrengt bevestigend.<sup>33</sup>

---

30 Hof Den Haag 22 mei 1987.

31 Hof Amsterdam 15 mei 1986, rolnummer 169/86 SKG, *Rechtspraak vrouwen en recht*, nr. 227.

32 Pres. Rb. Amsterdam 12 juni 1986, *KG* 1986, 285. Zie ook Rb. Breda 7 juni 2005, *LJN*: AU1720; Rb. Utrecht 16 september 2008, *WR* 2008, 109.

33 Hof Amsterdam 16 oktober 1986, *NJ* 1987, 751.

Een straat- en woonverbod wordt een jaar later eveneens opgelegd aan een man die verdacht wordt van verkrachting en naast het minderjarige slachtoffer (M) woont:

‘Gegeven deze situatie en zolang deze voortduurt, dient gedaagde zich conform de regels van maatschappelijk betamende zorgvuldigheid, welke hij in acht heeft te nemen jegens eisers en hun gezin (met name ook M), te onthouden van gedragingen welke de reële mogelijkheid van een confrontatie met M in zich houden. Op gedaagde rust derhalve de verplichting M te vermijden. Dit houdt ook in dat hij (en dus niet zijn gezin) de thans door hem bewoonde woning zo spoedig mogelijk verlaat en daarin voorlopig – zolang er nog rekening mee moet worden gehouden dat hij het hem in de strafzaak ten laste gelegde feit wel heeft gepleegd – niet meer terugkeert.’<sup>34</sup>

Een straat-, contact- en vestigingsverbod wordt ook toegewezen tegen een man die is veroordeeld wegens seksueel misbruik van kinderen, en wiens plaatsing in een jongerenhuis door het bereiken van de 21-jarige leeftijd van rechtswege eindigt.<sup>35</sup> Beslist wordt dat de dader zijn ouders, bij wie hij voornemens is weer te gaan wonen, drie keer per jaar mag bezoeken, zij het onder strikte voorwaarden wat betreft de begeleiding.

Een zwakbegaafde minderjarige jongen wordt voor een periode van een jaar verboden zich in en om zijn ouderlijk huis op te houden, met uitzondering van vakanties, feest- en andere bijzondere dagen.<sup>36</sup> De jongen heeft zijn vierjarig buurmeisje eenmaal onzedelijk betast. In rechte wordt overwogen dat het gedrag van de jongen in de sfeer van prepuberaal seksueel ontdekkingsgedrag moet worden gezien en wordt gegronde vrees voor herhaling niet zonder meer aannemelijk geacht. Desalniettemin wordt een tijdelijke verhuisplicht opgelegd:

---

34 Pres. Rb. Zwolle 11 december 1987, *KG* 1988, 27.

35 Pres. Rb. Arnhem 3 februari 1998, *KG* 1998, 72.

36 Pres. Rb. Zutphen 22 januari 1999, *KG* 1999, 137. Deze uitspraak sluit uit dat, zoals door sommigen in het verleden wel is aangenomen, de schadevergoeding in natura als grondslag (artikel 6:103 BW) voor een dergelijk rechterlijk verbod of bevel moet worden aangemerkt. Immers, nu het hier een dertienjarige dader betreft, rust er geen vergoedingslicht op de dader (6:164 BW); aan een rechterlijk verbod of bevel tot nakoming van een rechtsplicht (3:296 BW), in casu de schadevoorkomingsplicht, staat jeugdige leeftijd niet in de weg.

‘Het is veeleer een feit van algemene bekendheid dat een slachtoffer als E er in het kader van haar verwerkingsproces hoe dan ook mee gebaat is dat zij geruime tijd verschoond blijft van de (voortdurende) aanwezigheid van haar toenmalige belager P in haar woonomgeving. P dient dan ook op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid enige tijd ‘uit beeld’ van E te blijven. Het belang van E weegt in deze zwaarder dan het belang van P om zijn ouderlijk huis niet te behoeven te verlaten.’

Na rijp beraad wordt ook een verhuisplicht opgelegd aan een man die na het uitzitten van zijn gevangenisstraf terugkeert naar zijn woning op 400 meter afstand van waar het jongetje dat hij seksueel misbruikt heeft, woont.<sup>37</sup> Aangezien de man in rechte aangeeft een verhuizing ook zelf wenselijk te vinden, wordt aanvankelijk slechts een beperkt straat- en contactverbod opgelegd:

‘Onweersproken staat vast dat [betrokkene] nog steeds ernstige psychische schade ondervindt van het seksuele misbruik en dat de voortgang van zijn genezingsproces mede afhankelijk is van het niet meer geconfronteerd worden met [gedaagde]. Daarmee staat vast dat de rechten van [gedaagde] en [betrokkene] conflicteren. Daarbij behoort het belang van [betrokkene] te prevaleren. Het is [gedaagde] door wiens gedrag [betrokkene] geconfronteerd wordt met zijn huidige problemen. Tussen partijen staat niet in discussie dat [gedaagde] voornemens is te verhuizen naar een andere woning zodat hij door het betreffende straat- en contactverbod minder zwaar getroffen wordt. Nu [gedaagde] zich bovendien niet verzet tegen een straat- en contactverbod, zal de voorzieningenrechter deze vorderingen toewijzen. Het gebied waarvoor het verbod geldt zal echter zodanig worden beperkt dat [gedaagde] nog wel zijn huidige woning kan bereiken.’<sup>38</sup>

Wat betreft het gevorderde woonverbod wordt de zaak aangehouden:

‘Het seksueel misbruik is een onrechtmatige daad door [gedaagde] jegens [betrokkene] en voldoende aannemelijk is dat [betrokkene] daardoor aanzienlijke psychische schade lijdt. Ook is voldoende aannemelijk dat aan [betrokkene] en zijn ouders opnieuw psychisch leed wordt toegevoegd

---

37 Rb. Zwolle 4 september 2009 en 5 november 2009, LJN: BH2398 en BI2391.

38 Rb. Zwolle 4 september 2009, LJN: BH2398.



indien [gedaagde] in zijn huidige woning, gelegen op korte afstand van de woning waarin [betrokkene] en zijn moeder wonen, gaat wonen. De vraag die in dit kort geding voorligt is daarbij niet of het wenselijk is dat [gedaagde] zal verhuizen maar of aannemelijk is dat daartoe voor [gedaagde] een rechtsplicht bestaat. (...)

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de omstandigheid dat [gedaagde] is teruggekeerd in zijn huidige woning op zichzelf genomen niet onrechtmatig is. Dit is echter anders indien [gedaagde] op korte afstand van de woning waarin [betrokkene] woont en blijft wonen, terwijl hij weet dat daardoor aan [betrokkene] psychisch leed wordt toegevoegd doordat zijn herstel onmogelijk c.q. vertraagd wordt. [gedaagde] heeft ter zitting verklaard dat ook hij het wenselijk vindt om te verhuizen. Hij tracht momenteel met behulp van de wijkagent en de woningbouwvereniging andere woonruimte te vinden.

De voorzieningenrechter zal de verdere behandeling voor de duur van twee maanden aanhouden. In deze periode dient [gedaagde] al het mogelijke in het werk te stellen om andere woonruimte te vinden.<sup>39</sup>

Daarbij geeft de voorzieningenrechter de man nog mee dat hij gezien de ontstane situatie niet kieskeurig behoort te zijn in zijn keuze van vervangende woonruimte. Ook als die vervangende woonruimte niet voldoet aan alle normaal gesproken gewenste vereisten zal hij daarmee thans genoegen dienen te nemen. Als evenwel na twee maanden nauwelijks vorderingen te melden zijn wordt het gevorderde woonverbod alsnog toegewezen:

‘Met [eisers] is de voorzieningenrechter van oordeel dat [gedaagde] kennelijk de ernst van de situatie niet in ziet en dat hij onvoldoende probeert de schade voor [betrokkene] en [zijn ouders] te beperken.’<sup>39</sup>

Een dergelijke vermijdingsverplichting kan ook (nog) een tijd na het misbruik spelen. Aldus wordt bijvoorbeeld geoordeeld ten behoeve van een meisje dat eerst op twaalfjarige leeftijd, vijf jaren na het misbruik, over de seksuele handelingen, verricht door een buurtbewoner, durft te praten. Er is sprake van een ernstig psychotrauma met een verlate beleving; de diagnose luidt PTSS en psychische klachten blijven jaren aan. Voor de verwerking van het misbruik heeft het meisje er – ook inmiddels negen jaren later – belang bij dat zij niet wordt geconfronteerd met de dader:

<sup>39</sup> Rb. Zwolle 5 november 2009, LJN: BI2391.

‘Van hem mag verwacht worden dat hij zich inspanningen, zo nodig offers, getroost om de schade die daardoor is veroorzaakt zoveel mogelijk te beperken. In dat kader kan een inbreuk op grondrechten van [geïntimeerde 1] (en zelfs van zijn gezinsleden) gerechtvaardigd zijn.’

Het Arnhemse hof, waarvoor de zaak dient, verwijst naar het bepaalde in art. 39 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, dat op de lidstaten de verplichting legt om alle passende maatregelen te treffen ter bevordering van het lichamelijk en geestelijk herstel en de herintegratie in de maatschappij van een kind dat het slachtoffer is geworden van seksueel misbruik. Deze bepaling rechtvaardigt in beginsel ook de toewijzing van een zo verstrekkende vordering als een verhuisgebod – in beginsel, omdat een afweging dient plaats te vinden tussen de belangen van het minderjarige slachtoffer en die van de dader van seksueel misbruik. Bij deze belangenafweging spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een centrale rol:

‘De vordering betreffende het verhuisgebod is, in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, alleen toewijsbaar indien met een redelijke mate van zekerheid verwacht mag worden dat de bodemrechter zal oordelen dat de belangen die [naam minderjarige] bij toewijzing van de vordering heeft de inbreuken op de grondrechten van [geïntimeerde 1] (en zijn gezinsleden) rechtvaardigen. Daartoe is in elk geval vereist dat met een voldoende mate van zekerheid verwacht mag worden dat een verhuizing van [geïntimeerde 1], ook in vergelijking met een minder vergaande maatregel als een straat- of een gebiedsverbod, een substantiële bijdrage levert aan herstel van de (lichamelijke en geestelijke) gezondheid van [naam minderjarige].’

Dit laatste is naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende vast komen te staan, reden waarom met een contact-, gebieds- en straatverbod wordt volstaan. Overigens wordt in deze zaak expliciet erkend dat op de dader onder omstandigheden ook de verplichting rust dierbaren van zijn slachtoffer te mijden:

‘Dat [geïntimeerde 1] met het misbruik van [naam minderjarige] niet onrechtmatig jegens [appellanten] gehandeld heeft, sluit niet uit dat hij later onrechtmatig jegens hen gehandeld heeft. Naar het oordeel van het hof brengt de zorgvuldigheid met zich dat de dader van seksueel misbruik van een minderjarige zich onthoudt van het zoeken van toenade-

ring tot, en zeker van confrontaties met de ouders van het slachtoffer. Van de dader mag tevens verwacht worden dat hij de leefomgeving van de ouders zoveel mogelijk mijdt, teneinde ongewenste ontmoetingen te voorkomen. In zoverre hebben [appellanten] een eigen belang bij de door hen ingestelde vorderingen.'

Contactverboden hebben zich aldus gesetteld in ons recht. Een benadeelde kan indien de persoonlijke levenssfeer wordt aangetast of dreigt te worden aangetast op basis van art. 3:296 BW in kort geding een contactverbod vorderen. Voor toewijzing dient een reële dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen aannemelijk te worden gemaakt. Het talrijkst zijn de verbodsacties die gevorderd worden tegen lastige ex-partners in geval van verstoorde of afgebroken affectieve relaties. Maar ook worden regelmatig contactverboden opgelegd aan hen die zich schuldig hebben gemaakt aan mishandeling, aanranding of verkrachting dan wel bedreiging daarmee zonder dat er sprake is (geweest) van een relatie tussen het slachtoffer en de dader. Terwijl bij de relationele contactverboden de reële dreiging vaak direct uit de (ex-)relationele spanningsvolle sfeer kan worden afgeleid, kan bij gevorderde contactverboden tegen daders van (seksuele) gewelddelicten meestal niet aannemelijk worden geacht dat de dader zich juist ten opzichte van de eiser(es) aan herhaling van de gepleegde onrechtmatige handeling schuldig zal maken. Grond voor toepassing van de schadevoorkomingsplicht zal in een dergelijk geval dan ook gelegen moeten zijn in een andere feitelijke constellatie dan vrees voor herhaling.

Angst is in de regel onderdeel van het psychisch letsel dat het slachtoffer van een seksueel gewelddelict is toegebracht, angst voor een hernieuwde confrontatie, waarbij angst voor herhaling van het strafbare feit slechts een van de elementen is. Die angst is in de regel dusdanig aan het gedrag van de dader toe te rekenen dat van hem in redelijkheid kan worden gevergd dat hij zich moeite getroost de angst (in tijd) te beperken. Hij zal het slachtoffer in het vervolg uit de weg moeten gaan. Het feit dat het slachtoffer met een vordering weer het recht in eigen hand kan nemen, de met toewijzing van het contactverbod gepaard gaande erkenning en de zekerheid dat ze de schender van het recht niet meer tegenkomt, zijn factoren die het psychisch herstelproces kunnen versnellen en daarmee de duur en omvang van de schade kunnen beperken. De verplichting tot het vermijden van het slachtoffer kan verstrekkende gevolgen hebben, met name in situaties waarin partijen bij elkaar in de buurt wonen of elkaar op andere wijze gemakkelijk tijdens dagelijkse bezigheden kunnen treffen.

Schending van de vermijdingsverplichting is onrechtmatig. In strijd met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid is niet alleen het opzettelijk contact zoeken, maar ook de onopzettelijke doch voorzienbare confrontaties zijn dat. In geval gevreesd wordt dat de dader zijn slachtoffer niet zal ontwijken, kan ter kerig van de reële dreiging van onrechtmatig handelen een contactverbod, als rechterlijk bevel tot nakoming van een rechtsplicht, worden opgelegd. Als partijen bij elkaar in de buurt wonen of in hetzelfde gebouw studeren en het aldus voor de dader praktisch bijna onmogelijk is om een confrontatie met het slachtoffer uit de weg te gaan, is gefundeerde vrees voor confrontatie gegeven en ligt een woon- of studeerverbod binnen de mogelijkheden. Immers indien de dader niet wijkt, zal het slachtoffer dat moeten doen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. En dat laatste is geen redelijk gevolg. Bij een wederzijdse mogelijkheid tot schadebeperking is het de dader die daartoe dient over te gaan. De dader is degene die de situatie over zichzelf en het slachtoffer heeft afgeroepen. Het slachtoffer was alleen op het verkeerde moment op de verkeerde plaats.

### 1.3.3 (N)iets nieuws onder de zon

Aldus krijgt de dader ook in het kader van de beperking van schade de hoofdrol toegewezen die hem in het aansprakelijkheidsrecht toekomt. Met toepassing van het rechterlijk bevel tot nakoming van een rechtsplicht worden van delinquenten reeds vele jaren vergaande verplichtingen tot voorkoming van verdere schade afgedwongen. Voorts valt te wijzen op de rectificatie als een effectief middel van redres.<sup>40</sup> Daarnaast vertegenwoordigen ook *product recalls* bestaande verschijningsvormen van de schadevoorkomingsplicht.

Belangrijker is evenwel dat ik ook andere, nieuwe mogelijkheden voor de schadevoorkomingsplicht zie. In de tot nog toe genoemde voorbeelden gaat het weliswaar om voorkoming of beperking van schade en kan in die zin van een ex ante maatregel worden gesproken, maar tegelijkertijd voelt de situatie ook ex post aan. Immers, in de hierboven besproken toepassingsgevallen vond reeds een onrechtmatige daad plaats, was reeds schade geleden en werd enkel verdere schade voorkomen. Van een meer waarach-

---

40 Zoals in de Goeree-zaak (HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 291) is overwogen dient de rectificatie in de eerste plaats ter beperking van verdere schade en pas in de tweede plaats als vergoeding voor reeds geleden schade. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Amsterdam 10 augustus 2004, LJN: AQ6574.

tig effectuerende schadevoorkomingsplicht is sprake als de schadeveroorzakende gebeurtenis geheel wordt voorkomen.

De mens staat voortdurend aan bedreiging van schade bloot. In vroegere tijden was er bijvoorbeeld blootstelling aan asbeststof. Thans sterven in Nederland nog jaarlijks ongeveer 400 mensen aan de daardoor veroorzaakte ziekte mesotheliom. Meer recent werd men op de werkvloer volop blootgesteld aan omgevingstabaksrook. Heden ten dage wordt de gezondheid mogelijkserwijs bedreigd door ernstige mate van luchtverontreiniging of elektromagnetische velden. Biedt de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht enige hoop? Waar zich een concreet slachtoffer aandient dat gezondheidsschade heeft geleden door de blootstelling aan een stof waarvan het gezondheidsbedreigende karakter bekend is, betaalt het aansprakelijkheidsrecht in de regel uit. Maar dan is men, zoals gezegd, aan de late kant. Het is beter schade te voorkomen dan te vergoeden.

Stel, uw kind gaat naar een school waar de luchtkwaliteit verontrustend is; en die scholen schijnen er te zijn, ook in Nederland. Het kan zijn dat het met uw kind wel goed komt. Niet iedereen die aan risico's wordt blootgesteld lijdt uiteindelijk ook schade. Maar het kan ook zijn dat uw kind ziek wordt, niet nu, maar over tientallen jaren – het gaat immers om sluipende schade. Het kan zijn dat tegen die tijd is komen vast te staan dat de luchtkwaliteit waarover we spreken, inderdaad schadelijk voor de gezondheid is. Dat u dan tegen die tijd, als de ziekte bij uw kind zich eenmaal heeft openbaard, een claim instelt, dat geloof ik wel. En ook wil ik wel geloven dat u die zaak zult winnen. Maar wat doet u vandaag? Wat kunt u doen?

Stel dat u kunt hardmaken dat de luchtkwaliteit op deze school daadwerkelijk schadelijk is, dat feitelijk kan worden vastgesteld dat er een causale relatie bestaat tussen deze kwaliteit en gezondheidsschade. Moet u dan niet een heel eind kunnen komen met het aansprakelijkheidsrecht in de hand? Zou u dan niet met een beroep op de schadevoorkomingsplicht kunnen afdwingen dat de school per direct maatregelen treft?

In de praktijk blijkt het niet zo te gaan. Dit soort vorderingen wordt zelden ingesteld; de beoefenaar van het aansprakelijkheidsrecht is gewend te wachten tot de schade ontstaat en komt eerst dan in actie. Waar een dergelijke proactieve claim wel in de rechtszaal verschijnt, is het in de regel zonder succes. Illustratief is de vergelijking tussen de zaken Riphagen/Isala en Meins/Holland Casino.<sup>41</sup>

---

41 HR 9 januari 2009, LJN: BG4014 (Riphagen/Isala); Rb. Groningen 15 mei 2007, LJN: BA5126 (Meins/Holland Casino).

In beide zaken gaat het om de blootstelling aan tabaksrook. De werknemer die door meerooken op het werk gezondheidsklachten heeft opgelopen en dientengevolge daadwerkelijk materiële schade heeft geleden, kan die schade verhalen op de werkgever nu laatstgenoemde daarvoor in beginsel op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid strekt zich ook uit over de periode waarin roken op de werkvloer publiekrechtelijk nog was toegestaan. Echter, de werknemer die ter voorkoming van gezondheidschade de invoering van een rookverbod vordert waar dat wettelijk nog niet is voorgeschreven, heeft het recht wellicht aan zijn zijde, maar vindt het niet.<sup>42</sup> Dat moet beter kunnen. De boodschap van het aansprakelijkheidsrecht mag niet zijn dat het in orde is om een ander bloot te stellen aan een bekend risico voor de gezondheid, mits eventueel later bewezen geleden schade vergoed wordt.

Anderzijds zij toegegeven dat het niet aangaat om elke ex post schadevergoedingsplicht zonder meer om te draaien in een ex ante schadevoorkomingsplicht. Men moet niet koste wat kost alle risico's op schade willen proberen uit te bannen. Dat zou onder veel meer het maatschappelijk verkeer verlammen. De kunst is te komen tot een optimaal evenwicht. Er moet een goede balans worden gevonden tussen het voorkomen van belangen aantasting, het helpen van slachtoffers om aan hun belangen tegemoet te komen door compensatie, en de daarmee gemoeide lasten.<sup>43</sup> Een effectuerend aansprakelijkheidsrecht vraagt om naleving van gedragsnormen; maar misschien is niet elke gedragsnorm die uit de rechtspraak van de Hoge Raad voortvloeit, even belangrijk om te worden nageleefd. Ter illustratie leg ik een vraag voor, zonder deze te willen beantwoorden.

Kan elke werknemer van zijn werkgever vorderen dat laatstgenoemde een verzekering afsluit voor schade die de werknemer zou kunnen lijden in werk-werkverkeer? Duidelijk is dat de werkgever ingeval zich een werkgerelateerd verkeersongeval voordoet, schadeplichtig is indien en voor zover de werknemer daartegen niet adequaat verzekerd is.<sup>44</sup> Goed werkgeverschap houdt in dat de werkgever zijn werknemer dan de schade vergoedt die anders door verzekering gedekt zou zijn. Maar houdt goed werkgeverschap ook in dat de werkgever vooraf al zijn werknemers verzekert? Of mag de

---

42 Zie meer uitgebreid Keirse 2007.

43 Barendrecht 2002, p. 609.

44 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332; HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 333; HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 334.

werkgever kiezen tussen het vooraf verzekeren of het nemen van het risico dat hij schadeplichtig is als er daadwerkelijk een ongeval plaatsvindt? Gaat het hier om een vrije keuze met een prijskaartje en een risicoprofiel? Hier kan men twijfelen of het juist is om de door Hoge Raad erkende ex post schadevergoedingsplicht om te draaien in een ex ante schadevoorkomingsplicht. In het bijzonder ook, omdat in deze situatie niet werkelijk schade wordt voorkomen, maar slechts wordt verplaatst. De schade wordt geleden, het gaat alleen om de vraag wie de schade draagt: de verzekeraar, de werkgever of de werknemer.

Het bovenstaande toont een zoektocht naar een goede balans tussen preventie, compensatie en de daaraan verbonden lasten. Het is aan de praktijk om die balans te vinden. Daartoe moeten nieuwe claims worden ingesteld; geen *schadevergoedingsclaims*, maar *schadevoorkomingsclaims*.

Vele gedragsnormen verdienen het om nageleefd te worden; naleving daarvan moet daarom concreet kunnen worden afgedwongen. Dat verdient wat mij betreft prioriteit boven het vergoeden van de schade bij niet-naleving daarvan. In mijn optiek geldt dat bijvoorbeeld heel sterk voor de gedragsnormen die gelden in het kader van de (onverkwikkelijke) schadeafwikkeling. Het is weinig bevredigend om een slachtoffer dat veel te lang heeft moeten wachten op een zak met geld – door een onwelwillende tactiek van ontkenning van aansprakelijkheid tegen beter weten in, vertraagde bevoorschotting en de inzet van horkerige schaderegelaars van de zijde van de verzekeraar – een beetje meer geld te geven.<sup>45</sup> Beter is het om een snelle en adequate afwikkeling van schade af te dwingen. Dit door de erkenning en toepassing van de schadevoorkomingsplicht.

#### 1.4 Tot besluit

Met het aansprakelijkheidsrecht in de hand zijn we in theorie goed toegerust om ervoor te zorgen dat burgers hun maatschappelijke verantwoordelijkheid dragen. Ik roep op om dit instrument in de praktijk adequaat in te zetten in het belang van een betere samenleving. Het aansprakelijkheidsrecht beoogt een veilige leefomgeving te bevorderen. Daartoe legt het burgers gedragsnormen op. 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 ver-

<sup>45</sup> Zie hierover Smeehuijzen 2009; Van Tiggele-van der Velde 2009.

antwoord is. Wie bijvoorbeeld een emmertje met een onbekende 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. Iedere producent moet maatregelen treffen om te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt. Hij dient de consument te informeren over de verschillende aspecten van zijn product. In geval van onzekere risico's dient hij gedegen onderzoek te laten verrichten en open kaart te spelen.

Kortom, de een mag de ander geen schade berokkenen! Is het kwaad desalniettemin geschied, is er toch schade toegebracht, dan dient de schadeveroorzaker alles te doen wat in zijn macht ligt om de schade te beperken. Deze plicht om de schade te beperken heeft in beginsel naar de aard der zaak voorrang boven de plicht om de schade te vergoeden. De plicht om de schade te vergoeden dient niet meer te zijn dan het sluitstuk van het aansprakelijkheidsrecht.

Dit nu wordt met de erkenning van de schadevoorkomingsplicht gerealiseerd. Door de verschillende 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. De tijd tussen het overtreden van de norm om maatschappelijk verantwoord te handelen en de mogelijkheid van een remedie wordt bij toepassing van de schadevoorkomingsplicht sterk ingekort zodat vermijdbare schade kan worden voorkomen. Aldus is het centrale thema van de te bepleiten nieuwe aanpak verwoord: laat schade niet onnodig oplopen!

### **Verkort aangehaalde literatuur:**

Barendrecht 2002

Barendrecht, J.M. (2002): 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002-12, p. 605-617.

Van Boom 2006

Boom, W.H. van (2006): *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: BJu.

Engelhard, Giesen, Mahé & Schaub 2009.

Engelhard, E.F.D., I. Giesen, C.B.P Mahé & M.Y. Schaub (2009): *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu.



Engelhard & Van Maanen 2008

Engelhard, E.F.D. & G.E. van Maanen (2008): *Aansprakelijkheid voor schade*, Deventer: Kluwer.

Giesen 2009

Giesen, I. (2009): 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: Engelhard, E.F.D. e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu, p. 307-326.

Hartlief 2008

Hartlief, T. (2008): 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 6772 (2008), p. 769-777.

Hartlief 2009

Hartlief, T. (2009): 'Wat staat het burgerlijk recht te doen?', *NJB* 2009, p. 1553.

Keirse 2003

Keirse, A.L.M. (2003): *Schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer.

Keirse 2007

Keirse, A.L.M. (2007): 'Wanneer zal de lucht geklaard zijn? Hoe de rechter aanspraken op een rookvrije werkvloer toetst', *L&S* 2007-4, p. 5-9.

Keirse 2009

Keirse, A.L.M. (2009): 'De schadevoorkomingsplicht', in: Engelhard, E.F.D. e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu, p. 95-104.

Keirse 2010

Keirse, A.L.M. (2010): 'De schadebeperkingsplicht ingeleid', in: Oldenhuis, F.T. (red.): *Schadebeperkingsplicht; wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: BJu.

Kortmann 2009

Kortmann, J. (2009): *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Vossiuspers UvA.

Kortmann & Sieburgh 2009

Kortmann, J. & C.H. Sieburgh (2009): 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', in: *Rechtshandhaving door het privaatrecht, Preadviezen 2009*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: BJu, p. 249-302.

Nieuwenhuis 2003

Nieuwenhuis, J.H. (2003): *Onrechtmatige daden; Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts; Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer.

Smeehuijzen 2009

Smeehuijzen, J.L. (2009): 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009, 44.

Spier 2003

Spier, J. (2003): 'Après le déluge. Over de noodzaak van bezinning op koers van het (aansprakelijkheids)recht', in: Hartlief, T. & S. Klosse (red.) *Einde van het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu, p. 345-374.

Spruit, Feenstra & Bongenaar 1994

Spruit, J.E., R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.) (1994): *Corpus Iuris Civilis; Tekst en vertaling; Deel II, Digesten 1-10*, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu.

Van Tiggele-van der Velde 2009

Tiggele-van der Velde, N. van (2009): *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid*, Nijmegen: s.n.