

Kritiek op recht

Libet amicum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter
gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de
Universiteit Maastricht

Onder redactie van

René de Groot

Ton Hardlef

Jan Smits

Lars van Vliet



Kluwer
a Wolters Kluwer business

Deventer 2014

Fletcher, Van Maanen en Huppert haar op verschillende manieren uit. Het wederkerigheidsbeginsel vormt ook de grondslag voor art. 185 WWV, zij het in een zeer grofmazige vorm. Het originele van het systeem Van Maanen ligt juist in de consequente en gedetailleerde uitwerking van het beginsel. Daarmee biedt Van Maanen een kritisch beoordelingsperspectief voor het huidige verkeersaansprakelijkheidsrecht.

Hoewel het systeem Van Maanen politiek gesproken een utopie is die waarschijnlijk slechts in een hellstaart kan worden gerealiseerd, is het denkbaar om de gedachte achter dit systeem deels reeds in het huidige ondermaanse te benaderen via de hand van de eigen schuld. De Hoge Raad wil hier echter niets van weten. Volgens hem moest het blijven bij de nuanceringen via de 50%-regel en de 100%-regel. Buiten deze regels kan het abstracte *Berlebsgefahr* geen rol spelen, noch in het kader van de causaliteitsverdeling, noch in het kader van de billijkheidscorrectie (par. 5).

Ten slotte kan vanuit rechtseconomisch perspectief worden geconcludeerd dat het systeem Van Maanen niet zal leiden tot een minimalisering van de maatschappelijke ongevallkosten (par. 6). Dat is ook niet mogelijk want in de rechtseconomie is geen systeem gevonden dat kan leiden tot een minimalisering van de maatschappelijke ongevallkosten. De minimalisering van de maatschappelijke kosten van ongevallen is geen absoluut doel: de maatschappij kan en wil niet tegen elke prijs ongevallen vermijden.⁴⁵ Op onderdelen kan het systeem Van Maanen de rechtseconomische toets goed doorstaan. Met de handhaving van aansprakelijkheidsystemen in combinatie met de verzekering blijft ook de preventieve werking behouden. Een combinatie van aansprakelijkheid en verzekering kan ook leiden tot een optimale compensatie van verkeersslachtoffers. Het *Berlebsgefahr* zorgt voor een betere spreiding van de schade, legt de schade bij het 'gevaarlijkste' voertuig en kan door haar consequente toepassing kostenbesparend werken.

⁴⁵ Van Dam, a.m. (2001), p. 148; Calabresi, a.w., p. 17; *Faure en VandenBergh, a.w.*, p. 31.

Veronderstellingen over de gronden voor aansprakelijkheid: Van Maanen revisited

ESTHER ENGELHARD EN IVO GIBSEN¹

1. Inleiding: een tijdsbeeld

Gerrit van Maanen denkt graag kritisch na over de fundamenten en grondslagen van zijn vakgebied, het privaatrecht. Zo heeft hij ook nagedacht over de fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht, onder andere in een *Monografie BW* geschreven met één van ons.² Maar ook al ver voor die tijd liet hij zich niet onbetuigd op dit vlak. Zo schreef Gerrit al in 1990 – wij studeerden nog niet eens – een fundamentele bijdrage over schuld en risico, samen met Jaap Spier en Coes Sterk. In een verder ongetwijfeld alweer in vergeetheid geraakte bundel van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen onder de titel 'Aansprakelijkheden'.³ Wij beiden moesten meteen aan dit stuk denken – het had ooit, ergens in onze ato-tijd toen wij nog alles van iedereen wilden lezen, veel indruk gemaakt – toen het verzoek kwam om aan een vriendenbundel voor Gerrit mee te werken. Wij besloten onze krachten te bundelen, het betreffende stuk grondig te herlezen en vervolgens een artikel over dat stuk te schrijven, als hommage aan Gerrit. Het resultaat daarvan ligt nu voor.

¹ Dank aan Rianne Rijnhout voor haar zorgvuldige opmerkingen bij een embryonale versie van deze bijdrage.

² E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade*, *Man BW A-15, Kluiser, Dordrecht 2008*.

³ G.E. van Maanen, J. Spier & C.H.W.M. Sterk, 'Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over aansprakelingen in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.J.G.C. Roozmaekers e.a. (red.), *Aansprakelijkheden, Dordrecht: Kluiser, 1990*, p. 65-143.

Het lezing van de bijdrage van Van Maanen c.s. biedt vanaf de start een – heel mooi – tijdsbeeld: het laat zien hoe de juridische wetenschap toen werkte, en toont dat de dingen nu toch niet iets anders aangepakt worden dan toen. Dat wisten wij eigenlijk niet echt – de verandering voltrok zich bijna sluijpend – maar wordt vrijwel meteen duidelijk als je met de blik van nu bijna 25 jaar terug kijkt.

Wat ons bijvoorbeeld meteen, op de eerste bladzijde van het artikel al, opviel, is dat de auteurs van 'een algemeen gedeeld gevoelens' spreken dat zegt 'dat er sprake is van een tendens naar een strenger aansprakelijkheidsregime', dus van een ontwikkeling 'van schuld naar risico'. Het is dan ook dat gevoel dat de auteurs in hun bijdrage onderzoeken, en hun conclusie luidt dat er te dien aanzien eigenlijk geen algemene lijn is te ontwaren, doch dat er alleen op deelgebieden zo'n tendens naar meer risico en minder schuld is waar te nemen. Ten aanzien van overheidsaansprakelijkheid stellen ze iets vergelijkbaars: geen algemene tendens waar te nemen, slechts bijzondere punten (zoals het punt dat de rechter zich naar hun indruk in toenemende mate actief opstelt om weging in materiele zin te beoordelen), maar ook dat algemeen aangenomen wordt dat de rechtspraak 'strange normen' aanlegt voor de overheid. De tijdgeest nu, anno 2014, schreeuwt bij lezing van deze 'gevoelsuitingen' meteen: 'Pas op! Een empirische vraag!'. Wij zouden nu zeggen: 'hoozo, een algemeen gevoelens, ga op zoek naar data!'⁴

Met dat veranderde tijdsbeeld in gedachten, hebben wij vervolgens de bijdrage nogmaals gelezen, en onszelf vervolgens meer specifiek ten doel gesteld om deze niet empirisch onderbouwde, maar op gevoel gebaseerde (veronder)stellingen onder het vergoeglas te leggen en ietsje nader te analyseren en onderzoeken. Dat onderzoek(s) betreft overigens het hier en nu, en dus niet

⁴ *Gravelen van die veranderende tijd in het privaatrecht sijn, en menen wij, J.B.M. Vrakken, Algemeen deel*. Een vervolg. *Deventer: Kluwer, 2005*, n.r. p. 48 e.v.; *W.H. van Boom, I. Gees en A.J. Verheij (red.), Gedrag en privaatrecht, Den Haag: Bdu, 2008*, en *idem, Capita christologie, Den Haag: Bdu, 2013*, en een heel reeks (*Juridische*) *proefschriften waarin empirische en juridische methoden gecombineerd worden*.

meer de nauwelijks nog te achterhalen situatie toen en zullen we betrekken op het beeld dat 'de' rechtspraak op deze punten biedt. Zo kwamen wij tot twee deelvragen die wij hierna aan een nadere analyse onderwerpen.

- Ten eerste is er, aansluitend bij het voorgaande, de vraag of er nu, in onze tijd, in 'de' rechtspraak het beeld kan worden waargenomen van een strenger wordend aansprakelijkheidsrecht in de zin dat er sprake is van een tendens naar meer risicoaansprakelijkheid. Onder 'risico' verstaan wij dan de grond voor aansprakelijkheid die los staat van het gedrag van de aansprakelijk gestelde, simpelweg: de risicoaansprakelijkheden die (met name) zijn neergelegd in Afdeling 6.3.2 BW.⁵ Daarover gaat paragraaf 2.

De vraag naar een al dan niet strenger wordend aansprakelijkheidsrecht doet zich ook voor bij aansprakelijkheid op schuldgrondslag. Of deze aansprakelijkheid in den brede daadwerkelijk strenger is geworden of aan het worden is, is voor ons in het kader van deze bijdrage (al helemaal) te veelomvattend dus we hebben dit beperkt tot de vraag of er een streng of strikt wordend aansprakelijkheidsrecht kan worden gesignaleerd in gepubliceerde rechtspraak op het specifieke (maar ook nog steeds heel brede en diverse) terrein van 'de' onrechtmatige overheidsoverheid. Deze vraag, onze tweede deelvraag, staat centraal in paragraaf 3.

Na een evaluatie in de voornoemde paragrafen komen we in paragraaf 4 tot een korte overkoepelende afronding.

2. Een hedendaags gevoel in cijfers: een tendens van schuld naar risico?

2.1. Inleiding: meer risico en meer risico-aansprakelijkheden, toch?

De vraag of er sprake is, of zou kunnen zijn, van een tendens naar meer risico-aansprakelijkheden, weg van de reguliere schuld-aansprakelijkheid, is een vraag die niet alleen in 1990 relevant

⁵ *Wij spreken over risico-aansprakelijkheid (dat heeft onze voorkeur) maar er ook over kwalitatieve aansprakelijkheid zou kunnen worden gesproken*.

was, maar die ook in de jaren '10 van deze eeuw nog gesteld mag worden.

Het is vervolgens op zichzelf voor de hand liggend om – door een juridische bril gezien – te constateren dat de risico-aansprakelijkheden uit het BW de laatste jaren eindelijk echt ontdekt lijken te zijn. Naast de meest in het oog springende *Hanzemaat-zaak*⁵ en de *Wilnis-zaak*,⁷ lagen er alleen al in 2010 en 2011 diverse zaken bij de Hoge Raad over vrijwel het gehele palet aan risico-aansprakelijkheden, te weten over art. 6:171 (*Koeman/Sjym Agro*), art. 6:172 (*Hypotheekfraude Van Zundert*), art. 6:175 (*Melchemiel*), art. 6:179 (*Loretta*) en over art. 6:181 (*DB/Edco*).⁸ En ook nadien is het niet helemaal stil gebleven.⁹

Zo'n 'late ontdekking' van een wettelijke regeling is op zichzelf iets dat wel vaker voorkomt – denk in het kader van art. 6:162 BW ook aan de vanaf 2004 tot stand gebrachte reeks arresten over het relativiteitsvereiste¹⁰ en verder aan de vanaf ongeveer 2000 ontdekte klachtplichten van art. 6:89 en art. 7:23 BW¹¹ – maar is daarom niet minder bijzonder. Blijkbaar duurt het soms even voordat een regeling écht doordringen wil. Dat zo iets dan alsnog gebeurt met – zoals hier – de risico-aansprakelijkheden, is praktisch vooral relevant omdat deze ontwikkeling, naar verwachting, gemiddeld genomen tot meer aansprakelijkheden (en dus meer vergoedingen) zal leiden. Niet zozeer omdat die

6 Zie HR 8-10-2010, NJ 2011/465 (*Hlangmau*).

7 HR 17-12-2010, NJ 2012/155 (*Wilnis*).

8 Zie HR 18-6-2010, NJ 2010/389 (*Koeman/Sjym Agro*), HR 11-3-2011, RvdW 2011/357 (*Hypotheekfraude Van Zundert*), waarvan overigens vier andere arresten van dezelfde dag gelieerd zijn: HR 23-4-2011, NJ 2011/406 (*Melchemiel/DeBunock*), HR 1-4-2011, NJ 2011/405 (*Loretta*); HR 26-11-2010, NJ 2010/636 (*DB/Edco*), wij noemen HR 12-3-2010, RvdW 2010/307 (*Crediteurfraude*) hier niet, omdat dat een art. 81 RO-zaak was. Zie verder over deze rechtspraak F.T. Oudemhuts en A. Kolder, *Kroniek Insolventie aansprakelijkheid voor personen en zaken*, AVAS 2012/1, p. 14-34.

9 Zie bijv. HR 30-11-2012, NJ 2012/659 (*Financieringsprobleemlek Dordrecht*), 10 O.a. HR 7-5-2004, NJ 2006/281 (*Danzak Ltd/bd*); HR 13-10-2006, NJ 2008/577 (*Me d'Or*); HR 10-11-2006, NJ 2008/491 (*Astronomea c.s./Amkon c.s.*); HR 19-4-2007, NJ 2008/576 (*Trouwe castelcoesters*).

11 Wij noemen als voorbeeld substraat de arresten HR 8-3-2013, RvdW 2013/250 (*K/Ven Lamsbeck*); HR 8-3-2013, RvdW 2013/249 (*Van Lamsbeck/M.A.L.G.*); HR 8-3-2013, RvdW 2013/253 (*K/Rebobeek Noord-Holland Noord*).

risico-aansprakelijkheden steeds verder worden opgerekt, maar vooral omdat de rechtspraak over risico-aansprakelijkheid in elk geval laat zien (a) principieel: dat er van alles mogelijk is met die nieuwe vormen van aansprakelijkheid, en (b) praktisch: meteen ook duidelijker maken wat er dan zoal mogelijk is. Daarmee zullen er – zo zou men geneigd kunnen zijn te veronderstellen¹² – extra en nieuwe claims worden uitgelokt die bijvoorbeeld in verband met de eerder gevreesde onduidelijkheid ten aanzien van het recht tevooren niet werden ingediend. Het heeft dus pakweg 20 jaar geduurd voordat de risico-aansprakelijkheden volwassen zijn geworden, maar dat is eigenlijk ook wel een nette termijn voor volwassenheid.¹³

Bij een dergelijke, op juridische gronden gebaseerde positieve beantwoording naar de vraag of er soms een tendens richting 'risico' bestaat, ligt echter een gevaar op de loer. Te weten dat min of meer als een juridisch 'feit' gepresenteerd wordt wat niet meer dan een veronderstelling kan zijn. Dat is dus zo ongeveer hetzelfde gevaar dat Van Maanen c.s. indertijd niet helemaal hebben weten te omzeilen, want zo'n veronderstelling is niet per se steekhoudend. Immers, die paar arresten van de Hoge Raad van de afgelopen jaren hoeven op een hoger aggregatieniveau helemaal niets te betekenen. Het is heel wel mogelijk dat er, met een meer empirische blik gezien, niets aan de hand is als het gaat om de 'toegenomen zichtbaarheid' van risico-aansprakelijkheden. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een 'availability bias' bij de

12 Of dat terecht is, weten wij (hetzelfde) niet en hebben wij niet onderzocht.

13 Deze bijle effect wordt ook bereikt, en dan verserkt, zo vermoeden wij, doordat de verhouding tussen de risico-aansprakelijkheden en de gewone schuld aansprakelijkheid nader te verduidelijken er bij zijn geen schelen te zijn. Zie de uitwerking in de *Wilnis-zaak* (HR 17-12-2010, NJ 2012/155 (*Wilnis*)) waarvan wij hier althut Keit-derhull-olomonien de afgeping onder art. 6:174 benamdringen als het gaat om de erwing of er een gebrek is. Zie ook Hof Den Bosch 10-9-2013, JA 2014/2 r.k. Oudemhuts (*Bezuurvolsters*). Daarnaast wordt die afgeping mistaken veel makkelijker onder wij althut met dit soort factoren werken en daarmee dat ook kunnen werken. Zie ook HR 29-4-2011, NJ 2011/406 (*Melchemiel/DeBunock*) over 6:175, althut is bealst dat dit artikel (in stelling te brengen tegen de bevoormer van de later ontvande chemische stof) een beroep op art. 6:162 jegens een andere mogelijke verantwoordelijke (in coon de bevoormer) door een derde, niet uitdruk. Het laat zien dat schuld- en risico-aansprakelijkheid elkaar kunnen aanvullen en elkaar behoeven. Zie daarvoor ook de noot van F.T. Oudemhuts in JA 2014/2.

waarnaar. Het fenomeen is redelijk bekend: iemand ziet verslagen van een aantal gebeurtenissen van type X (treinramp, vliegramp, etc.) en denkt vervolgens dat dit type gebeurtenis veelvuldig voorkomt, veel vaker dan andere ongevallen.¹⁴ Dat er dus op eens enkele arresten van de Hoge Raad zijn geweest en de aandacht hebben getrokken, zegt niets over de populariteit en/of een eventuele toe- of afname van dit type zaken. Wij kunnen en willen dan ook niet, zoals in het artikel van Van Maanen c.s., over 'een algemeen gedeeld gevoelen' spreken 'dat er sprake is van een tendens naar een strenger aansprakelijkheidsregiem', want dat gevoel vraagt naar data, naar empirie, en de beantwoording van die vraag vergt empirisch onderzoek. En dus zijn wij op zoek gegaan naar een andere manier om zo voorzichtig mogelijk met de gestelde vraag om te gaan, en daarvan doen wij hierna kort verslag.

2.2. Een wetenschappelijk niet te verantwoorden test turven van uitspraken

De vraag naar het bestaan van een tendens richting meer risico-aansprakelijkheden laat zich ons inziens (in elk geval ten dele) vangen in de meer specifieke vraag of er tegenwoordig in rechte *naker* een beroep wordt gedaan op één van die risico-aansprakelijkheden. Daarbij bedoelen wij met 'vaker' dat er meer dan in het verleden gebruik wordt gemaakt van die risico-aansprakelijkheden. En dus zijn wij, om iets van empirische houvast te vinden, plat gezegd, gaan turven hoe vaak er in de gepubliceerde rechtspraak rechtszaken voorkomen waarin risico-aansprakelijkheden een rol spelen. Maar pas op, wij hebben dat gedaan zonder dat in dit stadium methodologisch correct te (kunnen) doen,¹⁵ en dus ook zonder dat wij hieruit enige algemenere

conclusie willen of kunnen trekken dan de vaststelling van dat enkele feitsonderdeel toelast. Wij zijn er echter toch aan begonnen, en doen er hier toch verslag van, hoe amateuristisch het ook is gedaan, omdat Gerrit het vast – wij hopen dat althans – aardig zou vinden als wij in ons werk niet aan de 'vellige kant' blijven maar de grenzen opzoeken, en omdat het ons wellicht de kans biedt om kritisch te zijn, iets dat Gerrit zeer zeker zal toegunnen.

Ons 'onderzoek' betreft slechts een kleine 'trekking' (dat op de aanhangstekens; het woord steekproef durven wij in dit verband zeker niet te gebruiken), die is gedaan via www.rechtspraak.nl. Met name willen wij op basis van die bron bezien of, en zo ja, in hoeverre de rol van de risico-aansprakelijkheden toegenomen is de laatste jaren, als je methodologisch onverantwoord turf ten minste. Daarbij geldt als waarschuwing overigens ook maar meteen dat op de site rechtspraak.nl niet alle uitspraken gepubliceerd worden, zodat langs die route nooit een 'echt' beeld geschept kan worden;¹⁶ ook is in de praktijk niet altijd aanstonds duidelijk wie op welke basis een uitspraak wel of niet voor publicatie geselecteerd heeft.¹⁷

Bovendien zal bij deze en gene tevens meisen de gedachte postvaten dat de risico-aansprakelijkheden een geringe rol zullen spelen, juist omdat de gedachte daarbij is dat heel harder is wie aansprakelijk te stellen is en wat de criteria voor aansprakelijkheid zijn zodat daarover niet geprocedeerd hoeft te worden. Dat zou een eerste hypothese kunnen zijn ('risico-aansprakelijkheden spelen een geringe rol in de gepubliceerde rechtspraak') die getoetst zou kunnen worden, bij voorkeur in een later nog uit te voeren, echt goed opgezet empirisch onderzoek. Daarbij zou dan

¹⁴ Wij denken overigens dat uitspraken over een risico-aansprakelijkheid voor eenzijdig eerder geïntereceerd worden voor publicatie dan andere civiele vonnissen omdat deze uitspraken eerder iets 'nieuws' veroorzaken, gezien de stand van de ontwikkelingen van de risico-aansprakelijkheden. Maar die gedachte is louter speculatief.

¹⁵ Zie over de publiekrechtelijke toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken zeer recent en zeer uitvoerig H. van Ophoven, *Op en in het web*, diss. Uva, Den Haag: RZA, 2014, en met name p. 327 e.v. over selectie van uitspraken. Zie ook al H. van Ophoven, 'Jurisprudentiecontrole: Over de publiekrechtelijke aansluiting op de rechterlijke uitspraken', NJB 2011, 1658; als alle rechterlijke uitspraken gepubliceerd zouden worden, dan zou er pas echt getruft kunnen worden en statistisch onderzoek goed mogelijk worden.

¹⁴ Over die 'verschillende' bias: D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, London: Allen Lane, 2011, p. 139 e.v.; J. Berka, *Thinking and Deciding*, 4th ed., Cambridge: CUP, 2008, p. 153 e.v.

¹⁵ Om de eenzijdige reden dat wij zelf hierover niet gevraagd zijn, en wij nu te weinig tijd hadden om die deficiënte weg te werken (door senke, het turven van links, of anderszins).

wel helder moeten worden wat bedoeld wordt met 'een geringe rol' en wat daarvoor de maatstaf zou zijn: waar zou mee vergeleken (kunnen) worden?

Men zou hier wat ons betreft kunnen denken aan een vergelijking met zaken waarin art. 6:162 BW, de reguliere schuldaansprakelijkheid, aan de orde komt. Blijkens de hierna opgenomen *Tabel 1* gingen in 2008 bijvoorbeeld 252 van de in totaal 7484 gepubliceerde uitspraken (binnen de hierna nog nader te duiden paragraafs) over art. 6:162 BW. In 2013 gaat het dan om 328 van de 8810 volgens dezelfde parameters gevonden uitspraken, en in 2003 om 77 van de 2758 zaken. Zet daar de 21, respectievelijk 27 en 6 rechtszaken over risico-aansprakelijkheden in die jaren naast, en een soort van vergelijk (met alle daaraan inherente beperkingen) is mogelijk. Het aandeel 'risico' is dus grofweg minder dan 10% van het aandeel 'schuld'.

Als zodoende inderdaad geconstateerd zou kunnen en moeten worden dat de gepubliceerde rechtspraak slechts een gering aantal zaken laat zien, is het mogelijke nut van uitspraken 'tussen' overigens nog niet voorbij. Want als zich bijvoorbeeld gedurende de 'onderzochte' jaren een (exorbitante) stijging van het aantal zaken zou voordoen, zou dat zeker ook weer interessant kunnen zijn.

Wij zijn onze 'trekking' dan ook begonnen met het idee, onze tweede hypothese derhalve, dat het aantal rechtszaken waarin een risico-aansprakelijkheid blijkt de uitspraak een rol speelt, de laatste jaren is toegenomen, zowel ten opzichte van het totaal aantal gepubliceerde uitspraken (hypothese 2a) als ten opzichte van het aantal uitspraken over art. 6:162 BW (hypothese 2b). De reden daarvoor is dat de risico-aansprakelijkheden inmiddels toch wel de aanvankelijke onbekendheid (rondom de invoering van het nieuwe BW) van zich afgeschud zouden moeten hebben, zeker ook na de jaren 2011 en 2012 waarin een aantal risico-aansprakelijkheden de Hoge Raad haalden, zoals wij al bespraken.

De kaders bij onze zoektocht waren de volgende. Wij hebben gezocht op www.rechtspraak.nl op 16 en 17 januari 2014, onder 'uitgebreid zoeken' waarbij de volgende gegevens ingevoerd zijn:

- 'Uitspraak':
- Tussen 01-01-'jaartal' en 31-12-'jaartal', waarbij steeds drie jaren vergeleken zijn, namelijk 2013, 2008 en 2003;
- Instanties: Hoge Raad, Gerechtshoven, Rechtbanken, Kantongerechten;
- Rechtsgebied: 'civiel';
- met als zoektermen 'risico-aansprakelijk' en 'kwaltadvie aansprakelijk'.

Ter toelichting op dat laatste: die termen zijn gebruikt omdat dat de twee meest gebruikte termen zijn voor wat wij hier steeds risico-aansprakelijkheden noemen. De zoekmachine van de website zoekt bij gebruik van deze termen overigens meteen naar vergelijkbare trekkers zoals 'risico-aansprakelijkheid' en 'kwaltadvief' in plaats van 'kwaltadvie'.

Met beide zoektermen is vervolgens in de gedurende drie jaar gewezen uitspraken gezocht, namelijk 2003, 2008, en 2013.¹⁸ Wij wilden het meest recente, afgeronde jaar kiezen, en twee eerdere jaren, en dat met enige tussenpozen, omdat het ons te doen is om een mogelijk 'effect' op de middellange termijn. Het jaar 2008 was wat dat betreft geschikt als een jaar dat voor de hausse aan Hoge Raad uitspraken ligt, terwijl 2013 ver genoeg daarna valt, en 2003 is een mooi tijdspunt dat ook weer een tijdsperiode van 5 jaar verwijderd is.

Lastig is uiteraard dat een absoluut aantal uitspraken nietszeggend is, omdat het aantal gepubliceerde uitspraken elk jaar anders is (lees: toeneemt) en dus is hierna ook aangegeven om welk percentage van het totaal aantal uitspraken binnen onze zoekopdracht het gaat.

Van belang is verder nog dat alleen tussen op de gekozen termen een verkeerd beeld zal geven, want de site rechtspraak.nl plaatst bijvoorbeeld ook de conclusies van het Parquet bij de Hoge Raad op de site, maar die tellen voor ons niet mee (het zijn immers geen uitspraken). En als de gevonden uitspraken (kort) geanalyseerd worden, zoals wij gedaan hebben, dan blijkt de term risico-aansprakelijkheid soms onjuist gebruikt te zijn, zodat de gevonden

¹⁸ Wij zoeken op datam van de uitspraak, en niet op datam van publicatie, welke hier gelogen kan zijn.

treffer toch niet kon worden meegeteld.¹⁹ Verder hebben wij wel een ruim begrip 'risico-aansprakelijk' gehanteerd, in die zin dat bijvoorbeeld zaken over onrechtmatig beslag als een risico-aansprakelijkheid zijn beschouwd²⁰ en dat een zaak waarin als verweer wordt gevoerd dat er in deze geen risico-aansprakelijkheid geldt, ook meegenomen zijn, net als een zaak over een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor waarbij een kwalitatieve aansprakelijkheid als grondslag werd aangevoerd.²¹ De rechtvaardiging daarvoor is dat het concept van risico-aansprakelijkheid blijkt ook in die zaken, op die wijze, een rol speelde, en dat is precies het type zaak dat wij zochten.

Om er zeker van te zijn dat wij niet teveel zaken zouden turven, zijn als gezegd alle treffers van de zoekmachine op de ingevoerde trefwoorden apart bekeken. Het aantal hits per trefwoord staat hieronder in *Tabel 1* tussen haakjes, na het aantal 'echte' (na de analyse) treffers. In 2003 vonden wij bijvoorbeeld op het trefwoord 'risico-aansprakelijk' 11 hits, maar daarvan bleken er slechts 3 zilverere treffers te zijn (onder andere omdat in die set 7 maal een conclusie van het Parket bij de Hoge Raad naar boven kwam). Vooral bij de term 'kwalitatieve aansprakelijk' ontstond er zeer veel ruis op de lijn omdat het zoekstelsel dan ook treffers

19 In één van de uitgerubten wordt art. 6:162 lid 2 BW aangehouden als een risico-aansprakelijkheid terwijl het daarbij om een schuld aansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast gaat. Zie Rb. Rotterdam 3-7-2013, ECLI:NL:RBROT-2013-6177. En art. 6:194 BW is geen risico-aansprakelijkheid maar is wel min of meer zo benoemd ('een zekere risico-aansprakelijkheid') door Rb. Arnhem, 23-12-2003, ECLI:NL:RBARN-2003-02174. Ook art. 6:166 BW hebben wij niet als risico-aansprakelijkheid gezien.

20 Dit is een vernameerde keuze omtrent, omdat een ontbrekend beslag zonder verdere beoordeling van het onderliggende gedrag als onrechtmatig wordt bestempeld. Zie het oordeel bij M. Meijer, *Onderzoekingen in het civielrechtelijke consumenten beslag in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 209 e.v.

21 Wij hebben dus gezocht hebben op 'uitgeruben' waarin een risico-aansprakelijkheid een rol speelt, bijkna de uitgerube. Dit heeft dus niet te betekenen dat de zaak op grond van een risico-aansprakelijkheid (alleen) beslist is, het kan ook zijn dat de rechter aangeeft dat een risico-aansprakelijkheid als grondslag is ingeroepen door de eiser. Als verder die grond dan niet besproken wordt in de uitgerube, est deze toch mee want de risico-aansprakelijkheid heeft in deze zaak 'een rol gespeeld'.

22 Die zaken waarin de kern alleen voortaan in een brief tussen procespartijen in de voorfase van de procedure, zijn echter niet meegerekend.

geeft op juridische termen als 'kwalitatieve rechten', 'kwalitatieve plichten' en op feitelijk in de rechtspraak vaak spelende onderwerpen als 'kwalitatief goede diensten of producten, etc.'²³

Gegeven een en ander ziet het totaalplaatje van onze zoektocht er dan zo uit:

TABEL 1: Jurisprudentie: overzicht gepubliceerde rechtspraak via www.rechtspraak.nl

Zoekterm en percentage uitgeruben	2003	2008	2013
Totaal aantal gepubliceerde uitgeruben	2756	7484	8810 ²⁴
Zoekterm: 'kwalitatieve aansprakelijk'	3 (17)	4 (84)	9 (97)
Zoekterm: 'risico-aansprakelijk'	9 (11)	18 (26)	18 (23)
Beide zoektermen in een uitgerube (overlap)	-	1 ²⁵	-
Totaal aantal gevonden uitgeruben	6	21	27
In % van totaal gepubliceerde uitgeruben ²⁵	0,22	0,28	0,31
Zoekterm: '6:162' ²⁷	77	252	328
In % van totaal gepubliceerde uitgeruben	2,79	3,37	3,72
In % van Totaal c.o.v. '6:162'-uitgeruben	7,79	8,33	8,23

23 De treffers op de zoekterm '6:162' zijn niet allemaal gescoord zoals dat wel gebeurd is bij de zoektocht naar zaken waarin de term 'risico-aansprakelijk' en/of 'kwalitatieve aansprakelijk' voorkomt, omdat het zoeken in de database op een specifiek woordtief zoals art. 6:162 niet de soort en hoerbaarheid nu oplovert die eerder benutte zoektermen (in voordeel) wel genereren.

24 De werking is gedaan op 16 en 17 januari 2014. Op 17 januari kwam het totaal aantal zaken over 2013 hoger uit dan op 16 januari, omdat ook in 2014 nog zaken zijn bageveerd aan rechtspraak.nl waarin het venans al werd gegeven in 2013. Uitendelijk zijn wij van de stand van zaken van 17 januari om 17.00 uur uitgegaan.

25 Het gaat om Rb. Brede, sector Kamion, 16-1-2008, ECLI:NL:RBBRE-2008-BC2035.

26 Afgeleid op 2 decimalen.

27 Aanvankelijk verden dat er overlap bestaat tussen deze zaken en die zaken waarin een risico-aansprakelijkheid een rol speelt.

Te constateren valt dat het er alle schijn van heeft dat het aantal zaken dat om een risico-aansprakelijkheid draait, meevalt (of, afhankelijk van iemands perspectief: tegenvalt) en ook dat er een zeer lichte stijging lijkt plaats te vinden over de jaren, in elk geval ten opzichte van het totaal aantal gepubliceerde uitspraken (Hypothese 2a). Afgezet tegen het aantal uitspraken inzake art. 6:162 BW, is er aanvankelijk een lichte stijging van het aantal uitspraken over risico-aansprakelijkheid te zien, maar die vlak in het tijdvak daarna weer wat af (Hypothese 2b). Onze 'hypotheseën' worden dus deels 'bevestigd'. Daarbij durven wij niet eens te speculeren over de vraag of die stijging significant zou kunnen zijn, maar zelfs als dat zo zou zijn, is hier weinig spectaculairs aan de hand. De risico-aansprakelijkheden spelen waarschijnlijk meer een rol daar waar ze beoogd werden een rol te spelen, namelijk in de pre-judiciële fase, in de schikkingstrajecten tussen slachtoffers en mogelijk aansprakelijke partijen waar deze aansprakelijkheden de nodige zekerheid over de stand van zaken van het recht bieden (maar dat is dan alweer een niet onderbouwde speculatie van onze kant). Gehukkig was en is het ook niet ons doel om te kunnen wijzen op significante veranderingen. Wat ons wel voor ogen stond, en daarvoor volstaat het voorgaande hopelijk, is te laten zien dat het soms best mogelijk is om iets meer houvast te geven aan het juridisch gevoel als het om een gepercipieerde ontwikkeling (maar meer risico-denken) gaat. Wij voegen daar enkel nog dit aan toe dat de geconstateerde lichte stijging zou kunnen wijzen (maar dat is wederom een nog te toetsen hypothese) op enige onzekerheid bij de toepassing van en de omgang met die risico-aansprakelijkheden, anders dan verwacht. Maar die onzekerheid kan ook duiden op wat wij 'groei-stuipen' zouden willen noemen: in den beginne wordt even precies liggen. Het eerder genoemde *Hangmat*-arrest is een treffend voorbeeld daarvan.

2.3. Hoe nu verder? Een vooruitblik

Men zegt vaak dat het BW geen rustig bezit is, maar als het om de risico-aansprakelijkheden gaat, lijkt 'huize Avondrood' al bijna een voorbeeld van dynamiek. Ja, er lijkt iets van groei in het gebruik van de risico-aansprakelijkheden te zien te zijn, maar als er al daadwerkelijk van een stijging sprake zou zijn, is die toch echt niet meer dan minimaal te noemen. Dat is overigens ook passend en goed, omdat deze vorm van aansprakelijkheid nu eenmaal bedoeld is om vooral buiten rechte te werken. Geef de burger zekerheid en dan komt men er wel uit via een buitengerechtelijk traject, dat idee. De voorspelling dat het ook in de toekomst met die risico-aansprakelijkheden wel niet zo een vaart zal lopen, durven wij dan ook wel aan, zowel juridisch als 'amateurs-empirisch'.

3. Een gevoel van sommigen becijferd: overheidsvriendelijke rechtspraak?

3.1. Meer en strengere overheidsaansprakelijkheid, of juist niet?

Is dat beeld, dat het uiteindelijk wel meevalt met het veronderstelde strenger worden van het aansprakelijkheidsrecht, ook typerend voor de wijze waarop de aansprakelijkheid van de overheid zich in de rechtspraak ontwikkelt en daar vorm krijgt? We zullen ons, om dit nog enigszins behapbaar te houden, beperken tot de onrechtmatige overheidshandeling, het type aansprakelijkheid dat al lange tijd Gertis bijzondere aandacht heeft en waarover hij ook diverse publicaties heeft voortgebracht. In zijn voornoemde co-publicatie met Spier en Sterk, het opstel 'Van schuld naar risico?', wordt precies op dat punt de tweede in onze inleiding besproken verwachting uitgesproken, wanneer de auteurs stellen dat

*'Vrij algemeen wordt aangenomen dat de rechtspraak ten opzichte van de overheid (in toenemende mate) strenge normen aanlegt.'*²⁸

²⁸ Van Maanen, Spier & Sterk 1990, a.m., p. 82.

Uit hun bespreking blijkt dat het hierbij vooral gaat om, naar de mening van de auteurs, 'strengere' gedragsnormen. Zo constateren de auteurs dat er, naast terughoudendheid, die er volgens hen óók is (bij uitstak waar het rechtelijk overheidsoptreden betreft), met name²⁹ in zoverre sprake is van een 'streng' aansprakelijkheidsregime voor de overheid dat er voor de overheid 'zeer strenge gedragsnormen' gelden, naar hun indruk 'strenger' dan ten aanzien van particulieren', waarbij door de auteurs wordt toegegeven dat dit niet altijd eenvoudig te bewijzen is. De overheid wordt, zo stellen ze, door de rechter niet met zijden handschoenen aangepakt.³⁰ Dat is een stelling die om nader onderzoek vraagt aangezien hierbij geen melding wordt gemaakt van al die gedragsnormen waarin (*mutatis mutandis*) dezelfde of sterk vergelijkbare maatregelen gelden voor overheid en burger of, sterker nog, waarin de overheid aan minder strenge gedragsmaatregelen wordt onderworpen dan de particulier, hoewel het toch in de rede ligt om aan te nemen dat er best wat van zulke gedragsnormen zijn (daargelaten dat zo lastig in kaart zijn te brengen, laat staan kwantificeerbaar zijn).

Maar interessanter met het oog op onze onderhavige bijdrage is dat er in de waardering van de rechtspraak tegenwoordig toch een heel ander geluid klinkt als het gaat over de onrechtmatige overheidsdaad, en wel een kritisch geluid. Stellen de auteurs in hun opstel uit 1990 nog dat de rechtspraak 'streng' is, althans ten aanzien van de gedragsnormen die voor de overheid gelden (in verhouding tot die voor particulieren), de laatste jaren klinkt juist vooral de klacht dat de rechtspraak inzake de onrechtmatige overheidsdaad 'overheidsvriendelijk' zou zijn.³¹ Zo is tamelijk recent nog vanuit het bestuursrecht erop gewezen dat 'de' burgerlijke rechter in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad

²⁹ Naast hun constatering dat door de vernietiging van een beschikking 'de onrechtmatigheid van het gedrag van de Staat in beginsel gegeven is, omdat voor de Staat zeer strenge gedragsnormen gelden (ans curial). Kennelijk zien zij in de vernietiging van de beschikking de schending van een gedragsnorm, een robe die aansluit bij de dogmatische bedoeling in art. 6:162 BW, maar ons toch wat gekunsteld voorkomt.

³⁰ Van Meenen, Spier & Sient 1990, a.w., p. 82.

³¹ R.P.M. van Raepen, *Bravot! Schadetvergoeding (n.o. onrechtmatige overheidsdaad)*.

NJB 2012/30; B.J. Schuur, 'Waar zit de bestuurverrechter van de toekomst', *NJB 2012/1217*, p. 1458-1461.

met het relativiteitsvereiste, beleidsvrijheid, formale rechtskracht en eigen schuld een systeem heeft opgebouwd dat als een bescherming van de overheid de geschiedenis in zal gaan.³² Nu kan men dit verschil in waardering nog wijzen aan het uiteenlopende referentiekader tussen (juristen uit) het bestuursrecht en het privaatrecht, maar ook vanuit het privaatrecht is (nota bene) de Hoge Raad de laatste jaren vertoet dat zijn artsen *Duubak Linda* en *Ivanse bluskieling* blijken geven van een enigszins willekeurige of, zo stellen anderen het, 'activistische' toepassing van het relativiteitsvereiste als instrument om de omvang van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad in toom te houden.³³ Sterker nog, in den brede - voor overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en zelfs ook voor het terrein van nadeelscompensatie³⁴ - is de verwachting uitgesproken dat het schadevergoedingsrecht, 'meer nog dan in de afgelopen jaren', zal tenderen richting het uitgangspunt 'ieder draagt in beginsel zijn eigen schade' en dat er 'belemmeringen' sprake zal zijn van een uitdijende overheidsaansprakelijkheid.³⁵ Anders gezegd, waar twintig jaar geleden het accent vooral lag bij rechtsbescherming in de vorm van strenge (gedrags)normen die de rechter de overheid zou opleggen, ligt het accent tegenwoordig op het te

³² Schuur 2012, a.w., p. 1458-1461; A.T. Mourwille & C.J. Hartman, *Afwijking van schadevergoedingen over overheidskandelen in de praktijk*; in: *Conclan compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspraak*, T. Bontingsson e.a. (red.), Deventer: Kluwer, 2012, p. 49-69 komen op basis van 46 face-to-face interviews met betrokkenen uit het veld, bij hun vroegste er in de procedure voor de rechter vaak aan het langste eind trekt met name voor wat betreft vernietigde besluiten tot de conclusie dat de formele rechtskracht en het causaalbetreffende vereiste van succesvolle schadeclaims van burgers tegen de overheid in de weg zouden staan (p. 64).

³³ Aldus L. Dilbeck, 'Het relativiteitsvereiste en de vergoeding van vermogensschade bij overheidsaansprakelijkheid', *NJB 2013/1390*.

³⁴ Het bleek nog niet in werking te treden dat van de Wit nadeelscompensatie voorziet nekkoren in een uitdrukking grond voor overheidsaansprakelijkheid bij rechtmatige daad (concept-juridisch 4:185 Awb. Zie hierover R.P.D. Engelenhart, G.M. van den Broek, P. de Jong, A.L.M. Kétoe & H. de Kater, 'Let's Think Twice Before the Ratchet', *ILR 2014* (nog te verschijnen). Maar die laatste voor de burger dan weer niet op voorzet het de beperkingen van zijn claimmogelijkheden door (met name) de leer van formele rechtskracht en causaalbetreffend. zie de eerdergenoemde bijdrage van Mourwille & Hartman, a.w., 2012, p. 66.

³⁵ Van Raepen 2012, a.w., in zijn inleiding.

overheidsvriendelijk zijn van de rechter en dus op het (kannelijke) tekort aan rechtsbescherming.

Dat roept allereerst de vraag op of dit verschil in accent eenvoudigweg verklaard moet worden door het feit dat deze stellingen afkomstig zijn van verschillende auteurs of dat hierbij wellicht juridische, persoonlijke, sociaaleconomische en/of andere factoren een rol spelen die dit verschil kunnen verklaren. Laatste-doelde, niet strikt juridisch-technische benadering keert ook terug in verreweg de meeste van Gerrits publicaties, bij het ontcrachten van aannames en bepalingen die ten grondslag liggen aan de centrale leerstukken van de onrechtmatige daad, rechtmatige daad en eigendom, veelal ook aan de hand van rechtshistorische inzichten. We noemen, onder meer, de door hem als 'mythe' betitelde betekenls die is (en soms nog wordt) gegeven aan het *Lindenbaum/Cohen*-arrest, de 'ontmanteling' van het centrale argument voor toevoeging van het woord 'onrechtmatig' aan de onrechtmatige daadbepaling van ons vorige Burgerlijk Wetboek (nl. de - volgens hem ongefindeerde - veronderstelling van onze toenmalige wetgever dat de Franse regeling inzake schuld aansprakelijkheid tot 'menigvuldige twisgedingen' zou hebben geleid),³⁶ en verder bijvoorbeeld de idee (en wettelijke bepaling) dat eigendom het meest volledige recht is.³⁷

Het lijkt ons niet eenvoudig en in het kader van dit bestek (en) veelomvattend om (ook nog) de stellingen van Van Maanen c.s., dat de rechter de overheid niet met zijden handschoenen zou aanpakken en dat de rechter juist te overheidsvriendelijk is, op een methodologisch verantwoorde wijze empirisch te benaderen en/of te onderbouwen. Ten eerste omdat die eerste stelling negatief geformuleerd is (immers: 'De rechter pakt de overheid niet met zijden handschoenen aan') en zij alleen al daardoor niet goed

36 G.E. van Maanen, 'Onrechtmatige daad tussen BW en NBW, Overeenkomsten en overschillen in de wettelijke structuur van de art. 1401 en 1402 BW 1838 en art. 6:3.1.1 NBW', *Groninger ommetkingen en mededelingen* 1985, p. 1-56.

37 G.E. van Maanen, 'De mythe rond het arrest Lindenbaum-Cohen (31 januari 1919): Recht en kritiek 1983, p. 51-57 en dezelfde, *Eigendomsrechtsoverwegingen, juridische, historische en politiek-filosofische ommetkingen over eigendom in handig en homend recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987.

empirisch te toetsen is. Maar ook omdat het terrain van overheidsaansprakelijkheid, zelfs als dit wordt beperkt tot 'de' onrechtmatige overheidsdaad, zodanig breed is, dat (representatief) onderzoek daartoe al gauw te veelomvattend is en het laetig is algemene conclusies daarvan te verbinden. Laat staan om op die basis generaliserende uitspraken te doen in de tram van dat 'de' rechtspraak op dit terrain 'overheidsvriendelijk' is of juist niet, nog los van de niet minder belangrijke vraag wat dat dan precies is, 'overheids(ou)vriendelijk'. Op dit terrain bestaan er zeer uiteenlopende vormen van optreden van 'de' centrale of gedecentraliseerde overheid in wisselende context en hoedanigheid. Dat gezegd zijnde, wij voelen ons wel opnieuw geprikkeld tot het doen van een wat simpeler onderzoekje, op de hiervoor al gevulde onwetenschappelijke wijze - namelijk wederom door eens wat 'turfes' te maken...

3.2. Een tweede wetenschappelijk niet te verantwoorden test wederom turven...

We hebben willen kijken of het huidige beeld dat de rechtspraak 'overheidsvriendelijk' is waar het de beoordeling van vorderingen tot schadevergoeding (in financiële zin)³⁸ op grond van onrechtmatige overheidsdaad betreft, bevestigd wordt door gepubliceerde feitenrechtpraak van de afgelopen vijf jaar. Gezocht werd op uitspraken van Hoven en Rechtsbanken, en ook de kantonnrecht en uitspraken in kort geding hebben we zonder onderscheid meegenomen. We hebben in totaal 31 uitspraken gevonden die aan deze zoekcriteria voldeden en waarbij het daadwerkelijk tot een toe- of afwijzing kwam van de schadeclaim op de voornoemde grondslag (onrechtmatige overheidsdaad, berustend op art. 6:162 BW). Daarbij hebben we weer gezocht op www.rechtspraak.nl, ditmaal op de data 17 en 18 maart 2014, onder 'uitgebreid zoeken' waarbij de volgende gegevens ingevoerd zijn:

- 'Alle uitspraken';
- Tussen 01-01-'jaartal' en 31-12-'datzelfde jaartal', waarbij er steeds per jaar werd gedurfd over de totale periode lopend van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2013;

38 En dus niet bijv. strakend tot het vertiigen van strafvermindering (in strafprocces-suele context), woonover Engelhard c.s., a.w., 2014 (nog te verschijnen).

- Instanties: Gerechtshoven, Rechtbanken, Kantongerechten;
- Rechtsgebied: 'civiel' met als zoekterm 'overheidsaansprakelijkheid'.

De zoekterm 'overheidsaansprakelijkheid' leverde, zoals te verwachten was, vooral de 'klassieke' vorderingen op grond van overheidsaansprakelijkheid op, met name betrekking hebbend op vernielde besluiten (zoals een besluit op de aanvraag van een milieuvergunning, een besluit tot herinrichting van een straat en een besluit tot handhaving van de Wet BIG) en op andere evidente missers bij het publiekrechtelijk optreden, bijvoorbeeld wetgeving die in strijd is met het Europese Unierecht en de meer feitelijke missers in uitvoerende sfeer (zoals het zoek raken van documenten van een aselectzoeker, respectievelijk het verlies van bomen ten gevolge van een wegverbreding). In mindere mate, dit betreffen slechts 2 van de 31 gevonden uitspraken, ging het om vorderingen wegens een (in essentie) *rechtmatige* daad die, zoals bekend, door de civiele rechter (vooralsmog veelal)³⁹ met enig en kunst- en vliegwerk eveneens op grond van art. 6:162 BW worden beoordeeld.⁴⁰ In deze zoektocht ging het om die uitspraken waarin de vordering tot schadevergoeding van de desbetreffende burgers of (particuliere) organisaties werd toe- of afgewezen. Daartoe hebben wij ook de toewijzingen van vorderingen tot vergoeding van schade 'op te maken bij staat' getrekkend, alsmede de uitspraken waarbij de vordering (voorshands) weliswaar toewijsbaar werd geacht, maar waarbij er nog een comparitie op een ander punt werd gelast, bijvoorbeeld om de precieze hoogte van de schade(vergoeding) te kunnen bepalen. Ook rekenden wij tot een toe- of afwijzend vonnis het rechterlijk aldoordeel waarbij het toe- of afwijzend vonnis in

39 Zie nootnoot 33
 40 Het betreft één (ten dele) toewijzende uitspraak waarin de constructie wordt gevolgd van straf en het begrip van gelijkheid van operatie tussen, gelijkde deuren los changes publieke (het relatief grote aantal uitspraken van de Hoge Raad hierover zou de verwachting kunnen wekken dat het om meer zaken zou gaan) en één afwijzende uitspraak waarin een gewone verdachte vergoeding vordert voor in zoen rechtmatig strafbaarlijk optreden waarvoor nadere de rechterafwijzingsgrond komt te ontbreken.

eerste aanleg werd betrachtigd. Uitspraken waarin er noch een (al dan niet gedeeltelijke) toewijzing, noch een (al dan niet gedeeltelijke) afwijzing wordt gegeven, zoals bij een tussenvonnis (waarin de zaak bijvoorbeeld wordt aangehouden of, zonder dat het nog tot een oordeel over de gegrondheid van de vordering is gekomen, een comparitie wordt gelast), hebben wij buiten beschouwing gelaten en die zijn dus niet meegenomen in onze hieronder vermelde aantallen en de daarop gebaseerde evaluatie.

TABEL 2: overzicht gepubliceerde feitenrechtsspraak via www.rechtspraak.nl

Jaren	2009	2010	2011	2012	2013
Totaal aantal uitspraken met een toe- of afwijzing van de vordering tot schadevergoeding per jaar (01-01-2009 tot 01-01-2010, enz.)	4	5	4	8	10
Toewijzing van de vordering tot schadevergoeding	1	2	4	3	3
Afwijzing van de vordering tot schadevergoeding	2	3	0	5	5
Gedeeltelijke toe- en afwijzing van de vordering ⁴¹	1	0	0	0	2
Aantal toewijzingen in % van totaal aantal uitspraken over de gehele periode (2009 t/m 2013) ⁴²	51,61%				
Aantal afwijzingen in % van totaal aantal uitspraken over de gehele periode (2009 t/m 2013)	48,39%				

41 De in deze rij te vermelden aantallen zien op alle uitspraken uit de desbetreffende jaren waarin de vordering gedeeltelijk is toegewezen (overigens had de toe-, resp. afwijzing in elk van deze uitspraken niet slechts betrekking op een relatief zodanig gering deel dat dit nog zou kunnen tegen het afgewezen deel.

42 De gedeeltelijke toewijzingen tellen wij mee bij de toewijzingen, omdat er in elk geval gedeeltelijk toe een toewijzing gekomen is en de eiser dan niets gebroegen heeft voor hij uitbleef.

Dit een en ander brengt ons dan in ieder geval tot het navolgende beeld. Wij hebben in totaal 31 uitspraken gevonden die aan de hierboven vermelde criteria en zoekmaats van voldoen. In net iets meer dan de helft, te weten 16 van al deze (door ons op grond van de hiervoor vermelde zoekcriteria geselecteerde) uitspraken wordt de claim toegewezen (waarbij geldt dat de toewijzing in 13 uitspraken ziet op de volledige vordering en in een drietal uitspraken slechts op een gedeelte toewijzing, relatief voldoende groot om in aanmerking te nemen). Dat komt, afgerond op twee decimalen, neer op een percentage van 51,61% van de in totaal 31 uitspraken.⁴³

Interessant is verder dat in een zevental van de in totaal 31 uitspraken van de zijde van de overheid het relativiteitsverweer wordt gevoerd (en dat dit verweer wordt beoordeeld), waarbij we zien dat dit in zes van die zeven zaken *niet* slaagt (in één van die zes zaken slaagt het evenwel niet vanwege een andere route: daar wordt de zgn. correcte Langemeijer toegepast). Slechts in één zaak slaagt het relativiteitsverweer wél (op grond waarvan de schadeclaim wordt afgewezen).⁴⁴

Wat kan hieruit nu worden afgeleid? Met alle voorbehouden die we al maakten, laat dit beeld volgens ons zien dat noch de stelling dat de civiele rechter te overheveldvriendelijk oordeelt, noch de stelling dat de overheid (nu juist) niet met zijden handchoenen wordt aangepakt, op basis van de gepubliceerde uitspraken van de afgelopen vijf jaar kan worden onderschreven. Wat hoogstens kan worden gezegd, is dat vorderingen uit onrechtmatige daad in die rechtspraak net iets vaker worden afgewezen dan toegewezen.

⁴³ Overigens amount dit aantal van 15 toevoegende uitspraken een tweemaal uitspraken waarin de vordering gedeeltelijk werd toe- en afgewezen. We hebben dit getal en meegerekend als zijnde 1 toevoegende en 1 afwijzende uitspraak.

⁴⁴ De zes uitspraken waarin het relativiteitsverweer niet slaagt zijn: Hof Amsterdam 9-3-2010, ECLI:NL:GHAA:2010GB09235; Rb. Almelo 9-3-2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BR9410; Hof Den Haag 22-3-2011, ECLI:NL:GHSGR:2011JH0578; Hof Arnhem 27-9-2011, ECLI:GHARN:2011JH1446; Hof Leeuwarden 16-10-2012, ECLI:NL:GHSGR:2012JH24226; GHSGR:2012JH0469; en Rb. Den Haag 14-11-2012, ECLI:NL:GHSGR:2012JH24226. De waarin het wel slaagt is: Hof Arnhem 3-5-2010, ECLI:NL:GHARN:2010GB45137 (vermeend falend toezicht op een partnerbed).

met het jaar 2011 evenwel als (voor de geduppeerde) bije uitzondering.

Is voor de analyse van dit beeld wellicht nog relevant dat er onderscheid wordt gemaakt naar gelang het gerecht, rechtbank of hof, dat tot de uitspraak kwam, althans naar gelang de uitspraak in eerste aanleg werd gegeven of in hoger beroep? Voor de categorie van zaken op het terrein van overheidsaansprakelijkheid betrekking hebbend op (vermeend) falend toezicht *schijnt* dat de laatste jaren wel relevant te kunnen zijn. Medio 2013 werd namelijk, naar wij hopen op basis van rechtspraakonderzoek (evenwel zonder enige referentie daaraan), erop gewezen dat '(d)le tendens van de afgelopen jaren op dit terrein was dat rechtbanken toezichthouders nogal eens aansprakelijk achten voor falend toezicht, maar dat de hoven/Hoge Raad daar uiteindelijk steeds een stolpje voor staken'. Als voorbeeld werden de *Befrv*-zaak en de *DSB*-affaire genoemd, over de aansprakelijkheid van de AFM.⁴⁵

Een dergelijk beeld, dat rechtshoven strenger zouden oordelen of *liberaliseren* dat rechtbank, respectievelijk hof verschil zou uitmaken, komt *niet* naar voren in ons onderzoek naar de onrechtmatige overheidsdaad in den brede (dus meer omvattend dan toezichtzaken⁴⁶). In tegendeel, van de in totaal 15 afwijzende uitspraken waren er 9 afkomstig van rechtbanken en de resterende 6 uitspraken van hoven. De verklaring daarvoor lijkt niet te kunnen worden gevonden in de verdeling van de uitspraken over de gerechten, aangezien die redelijk gelijk opgaat: van de 31 uitspraken over de periode 2009 t/m 2013 waren 14 uitspraken afkomstig van gerechtshoven en de resterende 17 uitspraken van rechtbanken. Wellicht past enige voorzichtigheid omdat deze in totaal 31 uitspraken telkens verschillende kwesities (en vorderin-

⁴⁵ *R.J. van Breehoeven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravenswaay e.o., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', OJA 2013, p. 49-101 (op p. 73). Overigens kunnen de desbetreffende uitspraken (in de *Befrv*-zaak en de *DSB*-zaak) niet naar voren in onze zoektocht als *overheidsaansprakelijkheid* worden gezien, omdat deze zoektocht verre van representatief is voor het volledige terrein van de onrechtmatige overheidsdaad.*

⁴⁶ Sterker nog, uit onze zoektocht komen slechts één toezichtzaken naar voren en die betref, voor wat het vorderen in, geen financieel toezicht, doch toezicht van de gemeente op de veiligheid van een partnerbed.

gen) betreffen, maar dat hoven stranger zijn kan op basis hiervan in ieder geval niet worden gezegd.

4. Slot

Wat leert Gerrit van Maanen nu van ons, van deze bijdrage? Hopelijk ten eerste dit dat de jurist in het algemeen iets voorzichtiger moet zijn met uitspraken over wat er in 'de echte wereld' speelt.⁴⁷ Te vaak nog worden er in juridische vertogen ongefundeerde stellingen in de lucht geslingerd die vervolgens als basis voor een juridische redenering en conclusie (het moet anders) dienen. Die betogen rusten in feite op drijfzand. De voorzichtigheid die de jurist normaal zo eigen is, is ook hier gepast.

En daarom stellen wij, doch slechts met alle mogelijke terughoudendheid, in de tweede plaats dat het ook in de toekomst met de groei van de risico-aansprakelijkheden wel niet zo een vaart zal lopen: wij verwachten geen claimcultuur op dit vlak. Ook het beeld dat de civiele rechter overheidsvriendelijk zou zijn wordt niet in de door ons geraadpleegde gepubliceerde uitspraken terug gevonden. Misschien dat de reden daarvoor is dat wij te weinig uitspraken onderzochten of dat juist de uitspraken die opgenomen zijn in het bestand van *www.rechtspraak.nl* een afwijkend beeld geven, maar dat hgt, denken wij, niet voor de hand: waarom zouden juist die uitspraken afwijken? Soms moet men het dan maar 'gewoon' aandurven om op die basis, en dus zonder een waterdichte empirische onderbouwing (of pretenties), tot bepaalde aannames en/of conclusies te komen (en dat deden wij hierboven dan ook).

Dit brengt ons tot een afronding. Zoals we in de inleiding stelden, vraagt de stelling over het 'algemeen gedeeld gevoelen' en de andere gevoelsuitingen van Van Maanen c.s. (1990) over het aansprakelijkheidsrecht tegenwoordig al gauw om een steviger, liefst empirische toetsing en onderbouwing. Met deze bijdrage hebben wij daartoe een aanzet willen geven. In de eerste plaats

⁴⁷ Zie *ibid.* al 118.M. *Vranken, Algemeen deel...*, Een vervolg, *Deventer: Kluwer, 2005*, voorwoord.

om zo het wetenschappelijk debat met Gerrit en anderen voort te zetten. Maar ook om onze waardering te laten blijken voor de bijdrage van Gerrit aan het denken over het (overheids)aansprakelijkheidsrecht, bijzondere ontwikkelingen die zich daarin voordoen en mogelijke vertakkingen voor die ontwikkelingen.

Hier, in dit *liber amicorum*, willen wij als vrienden uiting te geven aan ons *persoonlijk* gevoel dat geen enkele wetenschappelijke (of zelfs onwetenschappelijke) ondersteuning behoeft: Gerrit is een mooi en krachtig mens. De hem zo typerende directheid, openheid en gewaardheid hebben wij ieder afzonderlijk en op onze eigen wijze ontdekt in zijn geschriften, de vele gesprekken met Gerrit over juridische maar ook vele andere kwesties, onder andere in de Maastrichtse faculteitscafés Ma van Sloun en Tribunal. Dat gevoel, dat eveneens zijn wortels vindt in de vele jaren van samenwerking, is in het hier en nu nog steeds onverminderd aanwezig.