

# In pari delicto; als de pot de ketel verwijt

*Prof. mr. A.L.M. Keirse en mr. dr. B.M. Paijmans\**

## 1 Inleiding

In het aansprakelijkheidsrecht gaat de (boze) aandacht vaak uit naar de schadeveroorzaker. Niet altijd terecht, want niet iedere benadeelde is een volledig onschuldig slachtoffer, met een smetteloos blazoen. Veel voorkomend is in dat geval de toepassing van art. 6:101 van het Burgerlijk Wetboek (BW), als de benadeelde – in de neutrale bewoordingen van de wetgever – zelf heeft bijgedragen aan zijn eigen schade; als hem – in de minder neutrale volksmond – ‘eigen schuld’ treft. Minder vaak voorkomend, maar in het kader van dit themanummer meer aandacht verdienend, is de situatie dat de benadeelde niet zozeer heeft bijgedragen aan zijn eigen schade, maar hem een soortgelijk verwijt treft als de schadeveroorzaker. De pot verwijt den ketel dat hij zwart is:

‘Pot en ketel, die te vuur gaan, worden beiden zwart: de een gelijk den anderen. Dus is de een niet boven den anderen te stellen: zij hebben gelijke kleur. (...) De pot moge den ketel verwijten, dat hij zwart is; maar de pot is zoo zwart als de ketel.’<sup>1</sup>

Als gedaagde en eiser op vergelijkbare wijze verwijtbaar hebben gehandeld, komt juridisch de vraag op of het verwijt van eiser in die onderlinge verhouding doel treft of zou moeten treffen. Kan de gedaagde dader ter afwering van zijn aansprakelijkheid een beroep doen op het eveneens onbetamelijke handelen van de benadeelde eiser? Een juridische versie van het spreekwoord over de pot en de ketel is het adagium *In pari delicto potior est conditio defendentis*:<sup>2</sup> bij gelijke onbetamelijkheid is de situatie van de gedaagde sterker. In de context van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht waarop wij ons in dit artikel vooral zullen concentreren, komt dit adagium

naar onze mening op verschillende manieren tot uiting bij de vestiging van aansprakelijkheid. Het adagium is alsdan instrumenteel bij de beoordeling van de relatieve onrechtmatigheid van het handelen van de dader, de schuld, het causaal verband of de relativiteit.

Aangezien er, voor zover ons bekend, nog geen artikel is verschenen dat volledig is gewijd aan dit adagium, lijkt dit themanummer ons een mooie gelegenheid om dat wel te doen. Wij zullen in dit artikel in paragraaf 2 eerst de herkomst van *in pari delicto* bespreken, mede in het licht van de soortgelijke adagia *nemo auditur* en *unclean hands*, vervolgens in paragraaf 3 de aanvaarding van *in pari delicto* in Nederland, in paragraaf 4 de voorbeelden van het adagium in de jurisprudentie, en in paragraaf 5 de doorwerking van *in pari delicto* in het aansprakelijkheidsrecht. Wij sluiten af met een korte conclusie in paragraaf 6.

## 2 Herkomst *in pari delicto*; onderscheid met *nemo auditur* en *unclean hands*

### 2.1 *In pari delicto*

De wortels van het adagium dat wij kortweg *in pari delicto* noemen, reiken tot in het Romeinse recht. Deze vuistregel is weliswaar met zoveel woorden eerst in de Middeleeuwen geformuleerd, maar wordt rechtstreeks teruggevoerd op teksten van het *Corpus Iuris Civilis*,<sup>3</sup> in het bijzonder op het daarin neergelegde recht betreffende de condicties.<sup>4</sup> Zo kan een condictie om een prestatie die zonder rechtsgrond of vanwege een onzedelijke oorzaak is betaald, terug te vorderen, worden afgewezen als niet alleen de ontvanger, maar ook de geveer zelf onzedelijk heeft gehandeld. In Digesten 12,7,5 overweegt Papinianus: *In delicto pari potioem esse possessorum*: in het geval dat beide partijen gelijkelijk een delict begaan, is de posi-

\* Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) van de Universiteit Utrecht en parttime raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam. Mr. dr. B.M. Paijmans is advocaat bij Doelen Advocatuur en onbezoldigd universitair docent aan de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. De auteurs danken Geert Visser, student aan de Universiteit Utrecht en medewerker bij Doelen Advocatuur, voor zijn hulp bij het verzamelen van literatuur en jurisprudentie.

1. Verzameling van vaderlandsche spreekwoorden opgehelderd door J.F. Martinet, Ten gebruike der jeugd en in de scholen, Leyden: D. du Mortier en Zoon 1829, p. 55.  
2. Deze geveugelde woorden komen als zodanig niet in de Romeinse teksten voor, maar zijn in de middeleeuwen afgeleid uit verwante formuleringen in de Digesten en de Codex Justinianus van het Corpus Iuris Civilis. Zie hierna par. 2.

3. Zie J.M.J. Chorus, *Privaatrecht voor rovers en moordenaars*, in: *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht* (BW-Krant Jaarboek 1994), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 82, voetnoot 38; R. Feenstra, *Romeinrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden 1994, p. 31.  
4. Zie over de condicties o.a. Feenstra 1994, p. 168 e.v. Oorspronkelijk betekent *condictio* (vertaald als condictie) de aanzegging om een bepaalde dag voor de praetor te verschijnen.

tie van de bezitter het sterkst.<sup>5</sup> Ook overigens in de Digesten en de Codex Justinianus is de gedachte terug te vinden.<sup>6</sup>

In de Middeleeuwen is op basis van deze teksten het meer algemeen geldende adagium *in pari delicto potior est conditio defendentis* opgesteld; bij gelijk delict heeft de gedaagde de sterkste rechtspositie.<sup>7</sup> Indien partijen zich over en weer in gelijke mate ongeoorloofd hebben gedragen, is de positie van de gedaagde het sterkst. Treft aldus zowel de eiser als de gedaagde het verwijt van strijd met de goede zeden, en ook bij beiden in dezelfde mate, dan wordt de zaak op zijn beloop gelaten. De rechter trekt zijn handen van de zaak af en wijst de vordering af.

### 2.2 *Nemo auditur*

Vanaf de dertiende eeuw wordt het adagium *in pari delicto* in verband gebracht met het adagium *nemo auditur suam turpitudinem allegans*.<sup>8</sup> Dit tweede adagium, dat verder kortweg ook het *nemo auditur*-beginsel zal worden genoemd, houdt naar de letter in dat de rechter geen gehoor geeft aan iemand

die een beroep moet doen op zijn eigen onbetamelijkheid, op zijn eigen schending van de goede zeden. Dit stemt slechts op een van de partijen af; *nemo* oftewel niemand vindt gehoor die zich op eigen onzedelijkheid beroept. *In pari delicto* daarentegen vraagt om een vergelijking van beide partijen; daarvan is sprake als de benadeelde eenzelfde norm heeft geschonden als de dader en in dezelfde mate. Dit zet de fout van de eiser af tegen de fout van de dader.<sup>9</sup>

De formulering van dit jongere adagium *nemo auditur* dateert eveneens uit de Middeleeuwen. Anders dan *in pari delicto* kan het niet direct bogen op verwante uitspraken in het *Corpus Iuris Civilis* en is het niet met het oog op Romeinsrechtelijke condities geformuleerd.<sup>10</sup> Desalniettemin wezen de middeleeuwse juristen wel teksten in het *Corpus Iuris Civilis* aan, waarin de idee van dit adagium besloten ligt. Volgens sommige rechtsgeleerden is het adagium van de civilisten afkomstig, maar volgens andere moet de oorsprong van het adagium in het canonieke recht gezocht worden.<sup>11</sup>

Hoewel de herkomst van de beide adagia verschilt en zij in de eerste eeuwen waarin zij naast elkaar voorkomen niet voor dezelfde rechtsvraagstukken werden gebruikt,<sup>12</sup> worden zij in latere tijden veelal in één adem genoemd en wordt sinds de achttiende eeuw aan beide adagia min of meer dezelfde strekking toegekend. Ook in het huidige Europese recht geldt *nemo auditur* als een geldend beginsel, waarbij ook de *in pari delicto*-gedachte een rol speelt.<sup>13</sup>

### 2.3 *Unclean hands*

Een nog 'jonger' adagium, dat in de Engelstalige literatuur vaak in één adem wordt genoemd met *in pari delicto*, is de van oorsprong zeventiende-eeuwse Engelse rechtsfiguur 'unclean hands'. Het ontstond in de Equity Courts, maar verwierf later een bredere toepassing in Engeland, en bijvoorbeeld ook in de Verenigde Staten en Zuid-Afrika. Het adagium wordt voluit ook wel aangeduid met: *He who comes to equity must come with clean hands*, dat letterlijk betekent dat hij die billijkheid zoekt, met schone handen moet komen. Het wordt spiegelbeeldig wel aangeduid met *He that hath committed iniquity shall not*

5. Vertaling ontleend aan: J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling, Deel III, Digesten 11-24*, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/Sdu Uitgevers 1994, p. 129.

6. Zie Digesten 12,5 over de *condicione ob turpem (vel inustam) causam*, de conditie wegens een onzedelijke oorzaak, die verleend wordt aan degene die iets presteert op grond van een oorzaak aan de kant van de ontvanger die onzedelijk is en op basis waarvan hetgeen gepresteerd is kan worden teruggevorderd, onafhankelijk van de vraag of de tegenprestatie is gevolgd. Is de oorzaak voor zowel de ontvanger als de gever onzedelijk, dan is de positie van de bezitter het sterkst en kan daarom niet worden teruggevorderd. Aldus Paulus in Digesten 12,5,8: 'porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potior esse et ideo repetitionem cessae, tametsi ex stipulatione solum est.' Een bedrag dat betaald is om een rechter om te kopen, kan naar Romeins recht niet worden teruggevorderd, evenmin als een dief hetgeen hij heeft gegeven om te bereiken dat hij niet verraden wordt, kan terugvorderen. In deze gevallen is immers aan beide kanten sprake van onzedelijk gedrag en dit verlamt de *conditio ob turpem causam*. Ook in Digesten 3,6,5,1 lezen we in de woorden van Ulpianus dat daar waar sprake is van onzedelijk gedrag aan zowel de kant van de ontvanger als de kant van de gever, de positie van de bezitter het sterkst zal zijn. In de Codex Justinianus vinden we een vergelijkbare Romeinsrechtelijke stelregel bij de behandeling van de *conditio ob turpem causam* terug, alwaar Imperator Antonius in C. 4.7.2 declareert: 'Cum te propter turpem causam contra disciplinam temporum meorum domum adversariae dedisse profitearis, frustra eam restitui tibi desideras, cum in pari causa possessoris melior conditio habeatur', dat zoveel betekent dat bij een immorele overeenkomst de vordering tot herstel tevergeefs is, omdat in een gelijke situatie waarin beide partijen fout zijn, de positie van de bezitter het sterkst is. Vgl. de vertaling in Justice F.H. Blume e.a., *The Codex of Justinian*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 821.

7. Het adagium kent verscheidene verschijningsvormen en is ook als regula 65 geformuleerd van het in 1298 door paus Bonifatius VIII uitgevaardigde Liber Sextus (een verzameling pauselijke decretalen, oftewel pauselijke vonnissen in briefvorm). Het luidt aldus: 'In pari delicto vel causa potior est conditio possidentis.' Een andere veelvoorkomende vorm is 'in pari turpitudine melior est causa possidentis'. Zie R. Feenstra, *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*, in: J.E. Spruit & M. van de Vrugt (red.), *Brocardica in honorem C.C.J.J. van den Bergh*, Deventer: Kluwer 1987, p. 31; Feenstra 1994, p. 171.

8. Naar verluidt zijn beide adagia voor het eerst met elkaar verbonden in de Brocardica van de decretalist Damasus (tussen 1210 en 1215; althans in de bewerking van Bartholomaeus Brixiensis, tussen 1240 en 1250). Aldus Chorus 1994, p. 83, voetnoot 40.

9. Zie Chorus 1994, p. 82-83; S.D. Lindenbergh, *Ore stabit*. Het Engelse recht verkiest het Latijn als leverancier van puntige wijsheden, in: A.G. Castermans (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 579; D.F.H. Stein, *Relativiteit, eigen schuld en de collectieve actie*, MvV 2016, afl. 10, voetnoot 14; I. Haazen, *Schade in een niet-rechtmatig belang*, WPNR 2009/6816, p. 831.

10. Chorus 1994, p. 83, voetnoot 39.

11. Zie over de herkomst van het *nemo auditur*-beginsel met verdere verwijzingen: Feenstra 1987.

12. De humanisten legden meer de nadruk op *in pari delicto*, dat immers direct op de teksten van het *Corpus Iuris Civilis* kon steunen. Zie Feenstra 1987, p. 34.

13. H.J. van Kooten, *De beginselen nemo auditur en fraus omnia corrumpit in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie*, WPNR 2011/6901, p. 828-835.

*have equity*,<sup>14</sup> dat zoveel betekent dat degene die onbillijk gedrag heeft vertoond, geen billijkheid zal krijgen.

De drie voormelde adagia hebben als gemeenschappelijk vereiste dat het onbetamelijke gedrag van de benadeelde, op basis waarvan het adagium toepassing vindt, in verband moet staan met de grondslag van de vordering van de benadeelde. Zij gaan derhalve niet zover dat alle zondaars moeten worden geweerd van toegang tot de rechter en vereisen evenmin dat eisers van onberispelijk gedrag moeten zijn.<sup>15</sup> 'If he is not guilty of inequitable conduct toward the defendant in that transaction, his hands are as clean as the court can require.'<sup>16</sup>

De rechtvaardiging om het adagium *unclean hands* toe te passen en een vorderingsrecht aan een eisende partij te ontzeggen lijkt echter niet zozeer te liggen in bescherming van de rechten van de gedaagde partij noch in vergelding of straf, als wel in het behoud van rechterlijke integriteit, rechtvaardigheid en de openbare orde.<sup>17</sup> De lastige positie van de rechtspraak in deze situaties blijkt uit de volgende overweging van *Lord Justice Bingham* in *Saunders v. Edwards*:

'Where issues of illegality are raised, the courts have to steer a middle course between two unacceptable positions. On the one hand it is unacceptable that any court of law should aid or lend its authority to a party seeking to pursue or enforce an object or agreement which the law prohibits. On the other hand, it is unacceptable that the court should, on the first indication of unlawfulness affecting any aspect of a transaction, draw up its skirts and refuse all assistance to the plaintiff, no matter how serious his loss or how disproportionate his loss to the unlawfulness of his conduct.'<sup>18</sup>

Dit citaat werd vermeld in de context van de bespreking van de uitspraak *Tinsley v. Milligan*,<sup>19</sup> waarin twee partners de koopprijs van hun huis weliswaar gezamenlijk betaalden, maar het huis slechts op één van hun beider namen zetten om frauduleus een sociale uitkering te kunnen ontvangen op naam

van de ander. Aan de ander wordt ondanks haar *unclean hands* – welk verwijt ook de andere partner trof – toch mede-eigendom toegekend.

*In pari delicto* wordt door Amerikaanse auteurs ook wel gezien als loot aan de stam van dezelfde *unclean hands*-boom met alle varianten daarop.<sup>20</sup> *In pari delicto* heeft echter een minder groot bereik; niet elke situatie die *unclean hands* meebrengt, kwalificeert tevens als *in pari delicto*. Daar waar *unclean hands* zich richt op het onbetamelijke gedrag van de eiser en de vraag of hem niettemin een vordering toekomt, veronderstelt *in pari delicto* vergelijkbaar onbetamelijk gedrag van zowel eiser als gedaagde, is hun gedrag in feite spiegelbeeldig onbetamelijk aan elkaar.<sup>21</sup> *In pari delicto* is voorts niet van toepassing daar waar de zorgplicht van de gedaagde zwaarder is dan die van de benadeelde; in dat geval handelen partijen immers niet gelijkwaardig onzorgvuldig.<sup>22</sup>

Vanwege het bredere bereik van *unclean hands* ten opzichte van *in pari delicto* wordt in de Verenigde Staten ook wel bepleit om niet uitsluitend *in pari delicto* toe te staan bij schadevergoedingsacties, maar tevens *unclean hands*:

'The clean hands doctrine offers judges a proven rationale for refusing a plaintiff relief where principles of fairness indicate that the plaintiff should not receive relief. At the very least, courts should not disregard the doctrine merely because it developed in equity courts. The clean hands doctrine represents values that should be of the utmost concern to our courts, whether they hear a claim for equitable or legal relief.'<sup>23</sup>

### 3 Aanvaarding van het adagium *in pari delicto* in Nederland?

Het adagium *in pari delicto* vond erkenning in het oud-Romeinse recht, het canonieke recht, het gemene *ius commune* en het Rooms-Hollandse recht.<sup>24</sup> In de Verenigde Staten (en in andere *common law*-landen) verwerd *in pari delicto* in de twintigste eeuw voorts tot een doctrine, die bovendien niet beperkt is tot onverschuldigde betaling, maar zich ook uitstrekt tot bijvoorbeeld schadevergoedingsvorderingen.<sup>25</sup>

Dat verliep anders in het huidige Nederland, waarin het adagium door de codificatie vanaf 1809 verdween, zoals dat identiek gebeurde in Frankrijk en België. De rechters in die twee laatste landen lieten zich hierdoor niet weerhouden en pasten

14. F.F. Lawrence, *A Treatise on the Substantive Law of Equity Jurisprudence*, Matthew Bender and Company 1929, p. 1167; E.N. Fadeley, *The Clean-Hands Doctrine in Oregon*, *Oregon Law Review* (37) 1958, p. 160.  
15. Lawrence 1929, p. 1169; B.E.A., *Application of the 'Clean Hands' Doctrine*, *Temple Law Quarterly* (9) 1934-1935, p. 226; J.N. Pomeroy, *A Treatise on Equity as Administered in the United States of America* (S.W. Symons (red.); 5de druk), San Francisco/New York: Bancroft-Whitney/Lawyers Cooperative 1941, p. 95-100; W.J. Lawrence, *The Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions*, *Notre Dame Law Review* (57) 1982, afl. 4, p. 674.  
16. Pomeroy 1941, p. 97 met verdere verwijzingen.  
17. Lawrence 1929, p. 1169; Fadeley 1958 p. 167; Lawrence 1982, p. 673-675.  
18. *Saunders v. Edwards* [1987] 2 All ER 651, ook aangehaald door G. Kodilinye, *A Fresh Approach to the Ex Turpi Causa and 'Clean Hands' Maxims*, *Denning Law Journal* (7) 1992, p. 94-95.  
19. *Tinsley v. Milligan* [1992] 2 W.L.R. 508. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze uitspraak ook W.J. Zwolve, *De zaak Tinsley v. Milligan. Over schone handen en vuile was*, AA (44) 1995, afl. 1, p. 63-70.

20. Zie aldus B.E.A. 1934-1935, p. 220.  
21. Chorus 1994, p. 82-83; Lawrence 1982, p. 676.  
22. F. Hilliard, *The Law of Torts*, Boston: Little, Brown, and Company 1866, p. 145.  
23. Lawrence 1982, p. 683-684.  
24. Feenstra 1987, p. 31-36; W.J. Zwolve, *Boekbespreking. Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie. Enige beschouwingen aan de hand van een tweetal recent verschenen proefschriften*, WPNR 2002/6501, p. 609.  
25. Note, *Antitrust – The Defenses of Pari Delicto and Unclean Hands*, *New York University Law Review* (29) 1954, p. 1463; Lawrence 1982.

het adagium onverminderd toe,<sup>26</sup> bij terugvorderingsacties op basis van een onzedelijke overeenkomst waarin dit verweer werd gevoerd. De Hoge Raad deed dit niet vanwege de ontbrekende basis in de wet.<sup>27</sup> Een overeenkomst die 'uit ongeoorloofde oorzaak' was aangegaan, was in Nederland 'krachteloos', zodat een vordering uit onverschuldigde betaling slaagde, waarbij de Hoge Raad niet relevant achtte of beide partijen in strijd met de wet, goede zeden of openbare orde hadden gehandeld, of slechts één van hen.<sup>28</sup> In de woorden van Van Oven: 'Het geven en ontvangen was strijdig met de rechtsorde en slechts door het teruggeven wordt de rechtsorde hersteld.'<sup>29</sup> Dus ook als de eiser willens en wetens onverschuldigd had betaald, slaagde de vordering, zoals in het arrest *Gemeenschappelijk Eigendom/Oosterhout*,<sup>30</sup> onder welk arrest Meijers aanoteerde dat de Hoge Raad hiermee voor ons recht elke betekenis ontzegde van de adagia *nemo auditur* en *in pari delicto*. De stelling dat de heersende leer in Nederland het beginsel van *in pari delicto* niet aanvaardt, vindt ook steun in de (oudere) literatuur.<sup>31</sup>

Wij zijn het daarmee niet eens en menen dat het adagium wel degelijk betekenis toekomt. Er zijn weliswaar aanwijzingen dat Nederland nuchter – en in vergelijking tot andere landen nuchterder – staat tegenover deze morele pennenstreek, maar de discussie hierover is niet in de volle breedte gevoerd. Zowel in de parlementaire geschiedenis<sup>32</sup> als in de oude literatuur en de rechtspraak heeft het beginsel namelijk vrijwel uitsluitend expliciete aandacht gekregen in de specifieke problematiek van de voormelde terugvorderingsactie na het sluiten van een onzedelijke overeenkomst (bijvoorbeeld op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking). In die context wordt in Nederland al van oudsher primair waarde gehecht aan de nietigheid van deze overeenkomst, ook al wordt daarmee het onzedelijke handelen van één of van beide

partijen zonder gevolg gelaten;<sup>33</sup> het algemeen belang prevaleert aldus boven het individuele belang.<sup>34</sup>

Deze rechtspraak en discussie laten derhalve onverlet dat ook in Nederland (de gedachte achter) *in pari delicto* zichtbaar is, en wat ons betreft: zou moeten zijn.<sup>35</sup> In de context van de terugvorderingsactie kan ten eerste met toepassing van de redelijkheid en billijkheid (in de huidige art. 6:211 en 6:212 alsook in art. 6:2 BW)<sup>36</sup> hetzelfde resultaat worden bereikt, waarmee bovendien meer maatwerk mogelijk is in het concrete geval.<sup>37</sup> Zoals Zwolve in die context opmerkt:

'Het Nederlandse recht beschikt, kortom, sinds kort over een rechtsmiddel waarmee het rechtspolitieke doel kan worden gediend dat ten grondslag ligt aan de "in pari delicto"-regel.'<sup>38</sup>

Ten tweede is het gedachtegoed ook buiten deze specifieke context in het BW terug te vinden, bijvoorbeeld in art. 6:235 lid 3 (algemene voorwaarden), waarin is bepaald dat een contractspartij geen beroep toekomt op de bevoegdheid algemene voorwaarden van haar wederpartij te vernietigen op grond van onredelijke bezwarendheid, indien zij meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar eigen overeenkomsten gebruikt. In de toelichting bij deze bepaling wordt gemeld dat sprake is van het 'algemene beginsel' dat men zich niet tegenover een ander kan beklagen 'over gedragingen die men ook zelf verricht'.<sup>39</sup> Een ander voorbeeld biedt art. 4:3 BW betreffende erfgenamen die van rechtswege onwaardig zijn om uit een nalatenschap voordeel te trekken, gelet op hun onbetamelijke gedrag tegenover de erflater.<sup>40</sup> Ten derde is de gedachte achter *in pari delicto* in de rechtspraak zichtbaar, zoals ten aanzien van de onrechtmatige daad zal blijken uit de volgende paragraaf. En ten vierde noemen ook hedendaagse auteurs in de literatuur over aansprakelijkheidsrecht *in pari delicto* als een adagium dat in Nederland beteke-

26. Ten aanzien waarvan Van Oven – Frankrijk, Nederland en Duitsland vergelijkend – opmerkt: 'Bij ons een te verregaande voorzichtigheid en starheid, angst om buiten den wetstekst eigen regelen te zoeken; in Duitsland een tot in het ridicule doortrekken van consequenties langs theoretisch schijnbaar logische lijnen; in Frankrijk durf en vaak praktische zin, maar zonder lijn, wild, zooals ook een leek op den rechtersstoel het zou kunnen doen.' J.C. van Oven, *De condictio ob turpem causam* in het Nederlandsche recht, WPNR 1933/3328-3332, p. 465.

27. C.J.J.M. Petit, noot onder HR 4 december 1953, AA 1954-1955, p. 144-149; M.J. Chorus, *Illegality and Restitution*, *European Review of Private Law* 2006, afl. 3, p. 452; Schrage 2011, par. 10.

28. HR 4 mei 1923, NJ 1923/920 (Lotisico-polis).

29. Van Oven 1933, p. 437.

30. HR 25 februari 1926, NJ 1926/361 m.nt. Meijers (*Gemeenschappelijk Eigendom/Van Oosterhout*). Zie ook HR 10 maart 1933, NJ 1933/804 m.nt. P. Scholten en HR 19 december 1946, NJ 1947/139 m.nt. E.M. Meijers (*Mol/Verbove*), waarin de gedaagde zijn verweer had ingestoken vanuit de rechtmatige daad, maar de vordering uit onverschuldigde betaling niettemin werd toegewezen.

31. Zie o.a. W.J. Slagter, *De relativiteit van de onrechtmatige daad, in het bijzonder in het verkeersrecht*, *Verkeersrecht* 1982, p. 305-306; Jansen (*Onrechtmatige daad I (oud)*), nr. 233, onder 4; Feenstra 1987, p. 31; Asser/Hartkamp 4-III 2002/346.

32. Parl. Gesch. Bock 6, p. 819-820.

33. Vgl. HR 4 mei 1923, NJ 1923/920 m.nt. De Jong (Lotisico) en HR 28 juni 1991, NJ 1992/787 m.nt. Brunner (*Verkerk/Van der Veen q.q.*). Zie hierover ook C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1920, p. 140, die schrijft dat volledige nietigheid een belang van de rechtsorde zelf is.

34. Vgl. Asser/Rutten, *Verbintenissenrecht*. Deel II. *Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 375.

35. Zie in gelijke zin Zwolve 2002, p. 610-611, die de redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 BW, ziet als een rechtsmiddel waarmee het rechtspolitieke doel kan worden gediend dat ten grondslag ligt aan de 'in pari delicto'-regel.

36. Vgl. H.J. van Kooten, *Artikel 6:211 BW en de Engelse law of restitution*, AA (41) 1994, afl. 5, p. 47-56; H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, p. 78 e.v.

37. Chorus 2006, p. 452.

38. Zwolve 2012, p. 610.

39. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 238.1 (online, laatst bijgewerkt op 15 juli 2014).

40. Zie ook H.J. van Kooten, *De beginselen nemo auditur en fraus omnia corrumpit* in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, WPNR 2011/6901, p. 828; Stein 2016, voetnoot 13.

nis heeft,<sup>41</sup> of noemen ze het ‘de pot verwijt de ketel’-argument. Zo spreekt Hartlief zich in zijn noot onder het – hierna in paragraaf 4.2 nog te bespreken – Hangmat-arrest<sup>42</sup> zeer kritisch uit over het oordeel van de Hoge Raad, onder meer omdat eiseres haar partner met succes kan aanspreken op een punt dat haar evenzeer treft.<sup>43</sup> Vranken is juist kritisch over de adagia, want hij is van mening dat *in pari delicto, nemo auditur* en *unclean hands* geen plaats verdienen in het Nederlandse systeem, omdat men in de relevante gevallen zijns inziens prima met (het ontbreken van) de relativiteit zoals vereist in art. 6:163 BW uit de voeten kan. Hij onderkent echter ook dat de zeggingskracht van deze adagia desalniettemin groot te noemen is, omdat ze in één zin helder maken waarom iemands vordering niet mag slagen, en ze in die zin onuitroeibaar zullen zijn.<sup>44</sup> Met dat laatste zijn wij het volledig eens; men kan zich niet aan het rechtsgevoel onttrekken dat een benadeelde die zich onbehoorlijk gedraagt in rechte minder bescherming verdient dan de benadeelde van onbesproken gedrag,<sup>45</sup> alsook dat een benadeelde zich door eigen gedrag kan onttrekken aan de bescherming van een norm. Dat ook rechters die mening zijn toegedaan, volgt uit de volgende paragraaf met jurisprudentie.

#### 4 *In pari delicto* in de rechtspraak

##### 4.1 *Inleiding*

Hoewel het adagium in de rechtspraak zelden bij naam wordt genoemd, is de feitelijke situatie van *in pari delicto* of daarmee vergelijkbare gevallen desondanks zichtbaar in uitspraken over het aansprakelijkheidsrecht, waarvan in deze paragraaf een bloemlezing volgt. Wij delen deze jurisprudentie niet scherp in aan de hand van de afzonderlijke leerstukken voor de vestiging van aansprakelijkheid. De reden hiervoor is tweërlei. Enerzijds is de classificering van arresten op zichzelf al vaak een bron van discussie in de literatuur; de interessante geschillen spelen zich meestal niet netjes af binnen de kaders van een specifiek vereiste, maar op grensvlakken hiervan.<sup>46</sup> Anderzijds wordt ook los van concrete arresten stevig gediscussieerd over de afbakening van de (sub)vereisten van aansprakelijkheid.<sup>47</sup> Beide discussies vallen (ver) buiten het bestek van dit artikel. De arresten worden daarom aldus ingedeeld dat in paragraaf 4.2 aan bod komen de relatieve onrechtmatigheid en de relativiteit, in paragraaf 4.3 de toerekenbaarheid en de causale toerekening en in paragraaf 4.4 enkele gevallen van verbod of gebod, die raakvlakken hebben met het aansprakelijkheidsrecht.

##### 4.2 *De (relatieve) onrechtmatigheid en het beschermingsbereik van de geschonden norm*

Onrechtmatigheid is in de eerste plaats een relatief begrip. Zo is een daad die onrechtmatig is jegens de een dat niet zonder meer ook jegens ieder ander.<sup>48</sup> Art. 6:162 BW vereist dat ‘jegens’ een ander een onrechtmatige daad wordt gepleegd. Het antwoord op de vraag of een gedraging jegens een bepaalde persoon onrechtmatig is, is afhankelijk van de concrete context, waaronder de hoedanigheid van de persoon van de benadeelde en diens eigen gedragingen. Binnen sport en spel geldt bijvoorbeeld een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid: gedrag tussen spelers onderling wordt niet snel onrechtmatig geacht, omdat deze afweging draait om ‘de vraag of de gedraging in de gegeven omstandigheden jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt’.<sup>49</sup> De onrechtmatigheid van gedrag kan in de tweede plaats worden weggenomen door een rechtvaardigingsgrond. In de derde plaats kan het relativiteitsvereiste, inmiddels neergelegd in art. 6:163 BW,<sup>50</sup> in de weg staan aan een schadevergoedingsplicht.

41. Zie bijv. C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 55; I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 380; A.L.M. Keirse, Schadebepenkingsplicht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 12-13; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Vuilen handen en relativiteit, BB 2007/19, die overigens wel bepleit dat het adagium beperkt moet worden toegepast; G.N. van Kooten, De ‘in pari delicto’ verkerende eiser komt geen bescherming toe, MvV 2007, afl. 4, p. 83; C.H. Sieburgh, PETL: Defences, Defences in General and Contributory of Activity, AV&S 2008, afl. 8, par. 4; S.D. Lindenberg, De betrekkelijkheid van de geschonden norm, TPR 2008, p. 909; Haazen 2009, p. 831-832; Lindenberg 2009, p. 578-581; B.M. Pajmans, De zorgplicht van scholen, Deventer: Kluwer 2013, p. 240; Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 238.1 (online, laatst bijgewerkt op 15 juli 2014); Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 3.6 (online, laatst bijgewerkt op 10 oktober 2016); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/90; P.A. Fruytier, Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmat-jurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte, MvV 2016, afl. 5, p. 154; C.G. Breedveld-de Groot & P.W. den Hollander, Het Imagine-arrest en het voorstellingsvermogen van de Hoge Raad, NTBR 2016/51, par. 3; Stein 2016, p. 272; P.W. den Hollander, De relativiteit van wettelijke normen (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 164; P.W. den Hollander, De relativiteit van wettelijke normen, AA 2016, afl. 9, p. 994.

42. HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (Hangmat). In gelijke zin eerder over de rechtbankuitspraak T. Hartlief, Een eenvoudige casus stelt het recht voor problemen, NJB 2010/1691.

43. Zie in dezelfde zin R.D. Lubach, Opstalaansprakelijkheid tegenover de medebezitter: een nieuwe loot aan de stam van het aansprakelijkheidsrecht, MvV 2010, afl. 12, p. 317-320 en F. Leopold, Kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitter, TVP 2010, afl. 4, p. 107-113.

44. J.B.M. Vranken in zijn noot onder HR 23 februari 2007, NJ 2008/492 (Io Vivat). Overigens noemde Vranken *nemo auditur* in een eerder artikel wel als bestaand adagium, ook in Nederland. Vgl. J.B.M. Vranken, De strijd om het nieuwe verrijkingsrecht. Literatuur versus rechtspraak, NJB 1998/33, p. 1500.

45. Stein 2016, p. 272.

46. Zie ook Sieburgh 2008, par. 3; Stein 2016, p. 273.

47. Zie bijv. Den Hollander (diss.) 2016, hoofdstuk 2, waarin hij betoogt dat het relatieve onrechtmatigheidsvereiste zou moeten worden vergeten en in plaats daarvan voorstelt het relativiteitsvereiste eenduidig te definiëren als het *Schutznorm*-vereiste.

48. Aldus ook Sieburgh 2000, p. 54.

49. Zoals volgt uit het voormelde arrest Dekker/Van der Heide en HR 19 oktober 1990, VR 1991/21 (Heeck/Nijgh). Zie voorts in gelijke zin vele auteurs, zoals aangehaald in B.M. Pajmans, Sport en spel. In de verlening?, L&S 2015, afl. 4, par. 4.

50. Het relativiteitsvereiste geldt al sinds 1928, het arrest Graaf Marchant et d’Ansembourg, en is in het nieuwe BW in 1992 gecodificeerd. Vgl. G.H. Lankhorst, Principles of European Tort Law, AV&S 2007/32.

Zonder (verder) een standpunt in te nemen over de (bewerkelijke) definiëring en afbakening van deze drie aspecten van aansprakelijkheid stellen wij vast dat naar het oordeel van de Hoge Raad in beginsel onrechtmatig gedrag van een gedaagde dader in sommige gevallen niet tot aansprakelijkheid leidt vanwege het gedrag van de benadeelde eiser. In deze arresten menen wij duidelijk de gedachte achter *in pari delicto* te zien. Wij geven hiervan de volgende voorbeelden.

Een bedrijf dat zelf niet rechtmatig handelt ten aanzien van zijn handelsnaam kan niet met succes ageren tegen een bedrijf dat (ook) onrechtmatig gedrag vertoont ten aanzien van de handelsnaam.

In het arrest *Blitz en Co*<sup>51</sup> verzoekt Evers, die handelt onder de naam Ln. Blitz en Co, om verwijdering van een deel van de handelsnaam van verweerder Van Krimpen, die handelt onder de naam J. Blitz en Co. De Hoge Raad laat in het midden of het voeren van deze handelsnaam een onrechtmatige daad is jegens concurrenten, en overweegt dat dit zeker niet het geval is indien deze concurrent zich aan een gelijke overtreding van de wet schuldig maakt. Annotator Meijers vertaalt deze overweging aldus dat het voor toewijzing van het verzoek niet voldoende is dat verweerder in abstracto onrechtmatig handelt; het handelen van verweerder moet jegens verzoeker onrechtmatig zijn. Daarvoor moet worden onderzocht of het gebruik van de handelsnaam door verzoeker in abstracto rechtmatig is, hetgeen niet het geval is.

De brillenwinkel die in een concurrentiestrijd zelf de grenzen van het betamelijke opzoekt, moet datzelfde gedrag van zijn concurrent tolereren.

Foto-Quelle ‘verstoort’ de opening van de naastgelegen nieuwe brillenwinkel van Hans Anders door grote reclameborden en flyers ter promotie van haar eigen winkel. Hans Anders verspreidt vervolgens honderdduizend folders waarin onder meer is opgenomen – in lijn met een onderzoek van de Consumentenbond – dat Foto-Quelle haar monturen ten onrechte aanprijst als kwaliteitsproducten. Foto-Quelle vordert rectificatie en een verbod. Ten aanzien van de vraag of Hans Anders met haar folder de grenzen van het toelaatbare overschrijdt, overweegt de rechtbank in hoger beroep dat niet eraan kan worden voorbijgegaan dat Hans Anders pas tot deze folder is overgegaan nadat Foto-Quelle de opening ‘verstoorde’. ‘Wie op deze fijnzinnige wijze het verschil tussen collega en concurrent aan het publiek duidelijk wil maken moet er niet verbaasd over zijn dat zijn buurman gelijke munt in de

winkellade blijkt te hebben.’ In de door Foto-Quelle geopenende concurrentiestrijd waarin Foto-Quelle zelf de grenzen van het maatschappelijk betamelijke ruim wenste te bemeten, kan de reactie van Hans Anders niet als onrechtmatig worden aangemerkt.<sup>52</sup>

VSM, die een verbod vordert dat Bional in reclame-uitingen haar niet-geregistreerde fytotherapeutische producten aanduidt als ‘geneesmiddel’, vangt bot, omdat VSM haar niet-geregistreerde homeopathische middelen eveneens als ‘geneesmiddel’ aanduidt. De rechtbank overweegt letterlijk: ‘Het door Bional in dit kader gevoerde “in pari delicto”-verweer (de pot verwijt de ketel) treft dan ook doel.’<sup>53</sup>

De man die stiekem in de laadruimte van een auto gaat zitten, kan de bestuurder van de auto die een verkeersfout maakt hierop niet succesvol aanspreken; jegens hem is de fout geen onrechtmatige daad.

In het Verstekeling-arrest<sup>54</sup> kruipt Jansen in de laadruimte van de bestelauto van Van den Akker, zonder dat Van den Akker daarvan op de hoogte is, en loopt door een verkeersfout van Van den Akker letsel op. Zijn vordering wordt afgewezen. Van den Akker hoefde namelijk niet bedacht te zijn op de aanwezigheid van mensen in de laadruimte van zijn auto, en hoefde in zijn verkeersgedrag daarmee dus ook geen rekening te houden; de verkeersfout van Van den Akker leverde tegenover Jansen geen onrechtmatige daad op.

Potten en ketels zijn er ook op aandeelhoudersvergaderingen.

Het gegeven dat – verkort weergegeven – commissarissen en de directie van een bedrijf driehonderd niet-geplaatste aandelen wilden uitgeven om een stemming met stromanen te manipuleren, kan onrechtmatig zijn; naar het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Scholten’s Aardappelmeelfabrieken*<sup>55</sup> niet jegens eenieder, maar wel jegens degenen die door de stromanen in een rechtmatig belang worden getroffen. Dat geldt echter niet voor de agerende Scholten, die zichzelf namelijk ook bediende van stroman-

51. HR 24 januari 1936, NJ 1936/427 m.nt. E.M. Meijers (Blitz en Co). De overwegingen van de Hoge Raad worden enigszins genuanceerd in HR 15 december 1950, NJ 1951/492 (Wessanen/Mercurius), waarin het door Wessanen tekortschieten in het waken tegen verwarring onverlet liet dat zij mocht ageren tegen Mercurius, die met haar gedrag de verwarring juist vergrootte.

52. Rb. Rotterdam (pres.) 19 juli 1983, KG 1983/243 (Foto-Quelle/Hans Priesoptiek). Dat geldt overigens maar deels voor de concurrentiestrijd in het vonnis *Gerritsen/Nutrivital*, waarin beide partijen in een concurrentiestrijd misleidende reclame uitbrengen. De rechtbank stelt slechts een van de partijen in het gelijk: gelet op de ernstige mate van onrechtmatigheid aan de zijde van Nutrivital en de veel geringere mate van onrechtmatigheid zijdens Gerritsen kan in redelijkheid niet worden geoordeeld dat Gerritsen jegens Nutrivital onrechtmatig heeft gehandeld. Nutrivital heeft zich door haar eigen onrechtmatige gedrag onttrokken aan de bescherming van art. 1416a oud BW oud. Zie Rb. Arnhem 22 februari 1989, BIE 1991/18 (Gerritsen/Nutrivital).

53. Rb. Leeuwarden 21 maart 2002, ECLI:NL:RBLEE:2002:AE0612 (VSM/Bional).

54. HR 27 januari 1984, NJ 1984/536 (Verstekeling). Zie ook HR 10 april 1970, NJ 1970/292 (Van Adrichem/Rotterdam).

55. HR 4 januari 1963, NJ 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (Scholten’s Aardappelmeelfabrieken e.a.).

nen. Jegens Scholten handelden de commissarissen en de directie niet onrechtmatig.

Een gast van een restaurant die zodanig onhebbelijk is en de indruk wekt zonder te betalen het restaurant te verlaten, heeft geen vordering uit onrechtmatige daad op de restauranteigenaar die hem – getergd – een klap geeft.

In het welbekende arrest Taams/Boudeling<sup>56</sup> eten twee artsen, onder wie Taams, in een tweesterrenrestaurant en gedragen zij zich onhebbelijk, onder meer door diverse flessen dure wijn – deels leeggedronken – terug te sturen. Nadat zij bezwaar maken tegen het in rekening brengen van enkele van die flessen (van totaal f 725), begeven zij zich naar de uitgang. Restauranthouder Boudeling veronderstelt dat zij de rekening niet zullen betalen, vraagt aan zijn medewerker om de politie te bellen, en pakt Taams vast bij de kraag om te voorkomen dat hij het restaurant verlaat. Taams draait zich om en raakt Boudeling met een armbeweging in het gezicht, waarna Boudeling reageert door Taams een klap te geven, met ernstig letsel tot gevolg. Achteraf blijkt dat het volledige bedrag van de rekening, vermeerderd met f 50 fooi, op tafel is gelegd. Taams krijgt in alle instanties ongelijk. Boudelings veronderstelling dat de gasten van plan waren om zonder te betalen te vertrekken, wordt gerechtvaardigd geacht en zijn gedrag – hoewel in beginsel een onrechtmatige daad – is zozeer uitgelokt door Taams dat het tegenover Taams niet onrechtmatig is.

Als de ene vervoerder de andere aanspreekt vanwege het, in de branche gangbare, in rekening brengen van een – in strijd met de wet – te laag tarief, dan slaagt de vordering niet; de schending van dit voorschrift brengt alsdan geen aansprakelijkheid mee jegens de branchegenoot, omdat deze zich heeft onttrokken aan de bescherming van het voorschrift.

In het arrest Maas/Willems<sup>57</sup> vordert Willems van Maas schadevergoeding vanwege ongeoorloofde mededinging. Maas brengt tarieven in rekening die lager zijn dan de wettelijk vastgestelde minimumtarieven, waarna een belangrijke cliënt van Willems een opdracht aan Maas verstrekt. Het gegeven dat vervoerders het minimumvoorschrift plegen te overtreden, brengt naar het oordeel van de Hoge Raad niet mee dat het voorschrift zijn rechtskracht verliest. Een overtreding van het voorschrift brengt echter evenmin reeds op zichzelf en zonder meer aansprakelijkheid mee jegens de concurrenten. Als de stelling van Maas juist is dat zijn berekening van de vrachtprijs algemeen gangbaar is onder de vervoerders, onder wie Willems, dan

heeft Maas zich jegens Willems niet onbehoorlijk gedragen. In dat geval hebben de vervoerders zich immers, door zich niet aan het wettelijke tariefvoorschrift te houden, op grond van hun eigen gedrag onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming die zij aan dat tariefvoorschrift hadden kunnen ontleenen.

De man die participeert in een hypotheekfraude verkrijgt geen vordering op de notaris, omdat de man de notaris onjuist heeft geïnformeerd; de man heeft zich aan het beschermingsbereik van de norm onttrokken.

Een man participeert in een ABC-transactie door twee woningen te kopen voor een (veel) te hoge koopprijs, waarna een even hoge hypotheek wordt gevestigd. Zijn vorderingen jegens diverse betrokkenen worden afgewezen. Zijn vordering jegens de notaris wordt afgewezen omdat – hoewel het de rechtbank verbaast dat de notaris niet meer vragen heeft gesteld – de man jegens de notaris een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven. Indien de notaris niet zou hebben gehandeld als redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris, dan heeft eiser zich aan de bescherming van die norm onttrokken door zijn rol bij de dubieuze transacties. Er is dan ook geen sprake van een onrechtmatige daad.<sup>58</sup>

Een lid van een studentenvereniging kan de vereniging niet aanspreken op (een gebrek aan) het toezicht waarvoor hij zelf (mede)verantwoordelijk is. Naar het oordeel van het hof is de normschending niet onrechtmatig jegens De Groot; naar het oordeel van de Hoge Raad ontbreekt de relativiteit, zo blijkt uit het arrest De Groot/Io Vivat.<sup>59</sup>

De Groot is lid van de studentenvereniging Io Vivat Nostrorum Sanitas. Binnen de vereniging is hij lid van de commissie Watersport ADAM, die onder meer een jaarlijks zeilweekend organiseert. In 1995 vaart De Groot tijdens het zeilweekend mee met een motorboot, waarvan de opvarenden de boot zodanig laten schommelen dat de motor uitvalt. Als De Groot in de kajuit naar de motor gaat kijken, ontstaan een explosie, steekvlam en brand, als gevolg waarvan De Groot ernstige brandwonden oploopt. De Groot spreekt de vereniging aan en maakt in de kern het verwijt dat onvoldoende toezicht is gehouden, enerzijds met betrekking tot de gasflessen en anderzijds ten aanzien van het hevig schommelen op de motorboot. Het hof overweegt dat De Groot aan Io Vivat niet een gebrek aan toezicht kan verwijten, daar hij als deelnemer van het weekend en varende op de boot als commissielid zelf niet heeft gedaan wat hij Io Vivat verwijt te hebben nagelaten. Het hof oordeelt dat niet gesproken kan worden van een onrechtmatige daad die aan Io Vivat is toe te rekenen. De Hoge Raad overweegt dat uit deze overweging duidelijk

56. HR 31 maart 1995, NJ 1997/592 (Taams/Boudeling). Het arrest wordt geclassificeerd als rechtvaardigingsgrond (zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 167.2.1 (online, laatst bijgewerkt op 15 juli 2014), die het arrest schaart onder noodweer) of het ontbreken van relativiteit (zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/137), maar kan ook op andere wijze worden ingepast in ons recht (zie Sieburgh 2008, par. 4).

57. HR 16 februari 1973, NJ 1973/463 m.nt. H.E. Bröring (Maas/Willems).

58. Rb. Rotterdam 24 november 2010, RCR 2011/18.

59. HR 23 februari 2007, NJ 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (De Groot/Io Vivat).

wordt dat het hof van oordeel is dat, voor zover sprake was van onvoldoende toezicht, de aldus geschonden norm niet strekt tot bescherming van De Groot, nu deze zich als (mede)organisator van het zeilweekend zelf ook niet naar deze norm heeft gedragen.

De vrouw die ernstig gewond raakt nadat de gemetselde pilaar van haar *eigen* hangmat breekt, heeft desondanks een vordering van 50 procent op haar partner, die voor de helft mede-eigenaar is van de gebrekkige opstal.

In het zogenoemde Hangmat-arrest<sup>60</sup> loopt een vrouw een dwarslaesie op als gevolg van de gebrekkige opstal waarvan zij samen met haar partner eigenaar is. Zij spreekt (de verzekeraar van) haar partner aan voor schadevergoeding. De vrouw is dus zowel benadeelde als – samen met haar partner – de kwalitatief aansprakelijke partij ex art. 6:174 BW. Beoordeeld wordt daarom of het relativiteitsvereiste in de weg staat aan toewijzing van de vordering. De Hoge Raad overweegt dat dit afhangt van het doel en de strekking van de aansprakelijkheidsnorm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. Hoewel de wetgever primair derden op het oog had bij art. 6:174 BW, blijkt niet dat de wetgever de risicoaansprakelijkheid hiertoe wilde beperken. De vraag of art. 6:174 BW bescherming behoort te verlenen aan degene die medeverantwoordelijk was voor de gebrekkige opstal hangt af van hetgeen naar de maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174 BW, en die keuze valt uit ten gunste van de vrouw.

De relativiteit staat echter wel in de weg aan een succesvolle vordering van een vrouw die haar man aanspreekt als zij gewond raakt door een paard, ter zake waarvan zij beiden ex art. 6:179 BW kunnen worden aangesproken.

In het Imagine-arrest ('Hangmat II')<sup>61</sup> drijft een vrouw samen met haar man een manege met ongeveer 45 paarden, waarvan zij bezitter of bedrijfsmatig gebruiker zijn. De vrouw raakt gewond als zij paardrijles geeft en een paard – Imagine – op hol slaat en haar omverloopt. De vrouw spreekt haar man en de verzekeraar van de manege aan. In het kader van een prejudiciële vraag onderzoekt de Hoge Raad het beschermingsbereik van art. 6:179 BW en oordeelt in het nadeel van de vrouw. Daar waar art. 6:174 BW berust op een risicoverdeling ter bescherming van de benadeelde, komt art. 6:179 BW vooral hieruit voort dat de bezitter van een dier tegenover anderen een risico in het leven roept, waardoor de (mede)verantwoordelijkheid van de bezitter bij art. 6:179 BW een aanzienlijk sterkere rol speelt dan bij art. 6:174 BW. De medebezitter die door

toedoen van een dier schade lijdt, heeft ook voor zichzelf een kenbaar gevaar in het leven geroepen of in stand gehouden. Het ligt minder voor de hand dat de norm van art. 6:179 BW ook zou strekken tot bescherming van de benadeelde die als medebezitter bewust bijdraagt tot het scheppen of handhaven van het voor hem kenbare gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt, waarbij de Hoge Raad verwijst naar het Van Dijk/Io Vivat-arrest.

#### 4.3 Toerekening: toerekenbaarheid en causaliteit

Het gedrag van de benadeelde kan ook zodanig van invloed zijn op het ontstaan van de schade dat geen sprake kan zijn van toerekening aan de aangesproken partij of haar onrechtmatige daad. Het gaat in deze paragraaf om toerekening in tweeërlei zin: als toerekening van de daad (toerekenbaarheid) en als toerekening van de schade (causaliteit). Ten aanzien van de causaliteit geldt dat als de benadeelde zich zo onvoorzichtig, onoplettend of zo niet te verwachten heeft gedragen, en de invloed van de omstandigheden die voor zijn rekening komen daarmee zo groot is, dit het vereiste verband tussen de fout van de dader en het ongeval kan verbreken.<sup>62</sup> Ook bij deze beide toerekeningen is *in pari delicto* zichtbaar.

Benadeelden die tot het begin van een executoriale veiling wachtten met de melding dat bepaald hout hun eigendom was, konden de executerende deurwaarder niet verwijten dat deze het hout had geveild.

De deurwaarder legt executoriaal beslag op hout in een fabriek, waarin Müller en Dallmann een ruimte huren; hun hout bevindt zich in dezelfde opslagruimte als waarin beslag wordt gelegd. Vier maanden later vindt de executoriale verkoop plaats. Eerst na aanvang toont Müller enkele facturen aan de deurwaarder en meldt hij dat het hout zijn eigendom is. De deurwaarder laat de verkoop desondanks doorgaan. De vordering van Müller en Dallmann wordt door het hof afgewezen, omdat de deurwaarder erop mocht rekenen dat Müller en Dallmann hem vooraf zouden hebben gewaarschuwd om misverstanden te voorkomen. Nu zij dit niet hebben gedaan, maar tot aanvang van de veiling hebben gewacht, kan het de deurwaarder niet euvel worden geduid dat hij tot veiling is overgegaan, ook omdat het enkele tonen van facturen niet voldoende was voor een beoordeling, maar dit nader onderzoek vergde, waardoor de veiling zou moeten worden uitgesteld. Als de deurwaarder inderdaad hout van Müller en Dallmann heeft geveild, hebben zij dit aan zichzelf te wijten en kan dit niet aan de deurwaarder worden verweten.<sup>63</sup>

De (verzekeraar van de) automobilist wiens auto slipt, half op het trottoir terecht komt en wordt beschadigd door een twee-

60. HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief (Hangmat).

61. HR 29 januari 2016, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (Imagine; Hangmat II).

62. Zie bijv. J. van Schellen, Juridische causaliteit (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972, p. 187; C.A. Streefkerk, Risico-aanvaarding (I), WPNR 1980/5505, p. 124; Keirse 2003, p. 11.

63. Hof Amsterdam 3 januari 1940, NJ 1940/778 (Dauma/Müller).



de auto die hetzelfde overkomt, krijgt geen schadevergoeding vanwege niet-toerekenbaarheid.

De eerste auto slipt bij het nemen van een bocht met geringe snelheid en komt, naar rechts glijdend, half op het trottoir tot stilstand. Even later komt er een tweede auto aan, die op dezelfde wijze slipt en tot stilstand komt, daarbij schade toebrengend aan de eerste auto. De vordering van de verzekeraar van de eerste auto wordt afgewezen. Het enkele feit dat de tweede auto is weggeleden, betekent nog geen verwijtbaar nalaten de snelheid aan te passen. Nu beide auto's in dezelfde omstandigheden met geringe snelheid in dezelfde richting zijn weggeleden, wordt het ervoor gehouden dat beide bestuurders gelijk zijn verrast en dat geen van beiden redelijkerwijs kan worden toegerekend dat zij hun voertuig tijdelijk niet onder controle hadden.<sup>64</sup>

De kalvermester die dramatisch overdoseerde met een op onzorgvuldige wijze voorgeschreven medicijn kreeg geen schadevergoeding, omdat de kalverensterfte niet als gevolg van de fout van de dierenarts kon worden aangemerkt.

In het arrest *Alpuro/Dijkhuizen*<sup>65</sup> heeft mester Westerlaken een groot aantal mestkalveren van Alpuro. Vanwege een ziekte die onder deze dieren uitbreekt, belt Westerlaken dierenarts Dijkhuizen, die telefonisch furazolidon voorschrijft aan Westerlaken en – onzorgvuldig – niet de afgifte van het medicijn door de groothandel aan Westerlaken controleert alsook slechts telefonisch een gebruiksvoorschrift geeft. In de volgende dagen sterven 297 kalveren aan furazolidon-vergiftiging. Westerlaken dacht – volgens de hem mondeling voorgeschreven dosering – 1170 gram furazolidon te hebben toegediend, maar dat bleek 2725 gram te zijn geweest, hetgeen op een feitelijke toedieningsfout van Westerlaken wijst. Het hof wijst de vordering af vanwege het ontbrekende causaal verband; de kalveren zijn gestorven door de dramatische overdosering, die slechts kan worden toegeschreven aan de ernstige toedieningsfout van Westerlaken. De Hoge Raad legt dit oordeel van het hof aldus uit dat de overdosering in de gegeven omstandigheden niet aan Dijkhuizen als gevolg van zijn fout kan worden toegerekend.

Hoewel niet onbetamelijk gedrag van de benadeelde centraal staat, is het arrest *Vermaat/Staat*<sup>66</sup> niettemin relevant. Hierin wordt het causaal verband tussen een ongeval en de (letsel)schade doorbroken door een hartinfarct van de benadeelde.

64. Rb. Den Haag 14 februari 1982, VR 1984/142 (Nieuw Rotterdam/Bast). Vrijwel dezelfde casus speelt in Hof Amsterdam 13 januari 1960, VR 1961/41 (Opel Rekord). Het hof wijst die vordering echter af vanwege het ontbreken van onrechtmatigheid. Zie hierover Van Schellen 1972, p. 188-189, die vijf routes geeft om de afwijzing van aansprakelijkheid dogmatisch vorm te geven.

65. HR 25 september 1992, NJ 1992/751 (*Alpuro/Dijkhuizen*).

66. HR 2 februari 1990, NJ 1991/292 m.nt. C.J.H. Brunner (*Vermaat/Staat*).

de. Het biedt een voorbeeld van hoe een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde qua storend karakter in de causale keten de onrechtmatige gedraging van de dader in de schaduw kan stellen.

Van Ruijven, ambtenaar, raakt in 1976 ernstig gewond bij een verkeersongeluk, dat te wijten is aan Vermaat. De Staat betaalt de uitkeringen arbeidsongeschiktheid en neemt regres op Vermaat. In 1983 krijgt Van Ruijven een hartinfarct. De Hoge Raad overweegt dat als bij een voortdurende inkomensschade blijkt dat de benadeelde, ook zonder het verkeersongeval, op enig moment arbeidsongeschikt zou zijn geworden als gevolg van een omstandigheid die voor zijn risico komt – zoals een ziekte die geen verband houdt met het ongeval – er geen reden is om de inkomensschade vanaf dat moment nog toe te rekenen aan degene die voor het ongeval aansprakelijk is. De verplichting tot schadevergoeding gaat niet zo ver dat degene die voor de schade aansprakelijk is, de benadeelde ook moet behoeden voor schade die zonder dat ongeval voor zijn eigen rekening zou komen.

De nabestaanden van de man die plotseling rennend de straat oversteekt en dodelijk wordt geraakt door een voorbijrijdende auto krijgen geen schadevergoeding. Overmacht wordt aangenomen, niet omdat de bestuurder geen verwijt treft, maar omdat niet aan te nemen is dat als de bestuurder de juiste snelheid had gereden, het gevolg van de aanrijding veel anders zou zijn geweest; het causaal verband ontbreekt.

Staal staat op het trottoir en holt, nadat hij een voor hem van links komende auto heeft laten passeren, achter deze auto de weg over, terwijl de voor hem van rechts komende automobilist, Van de Beek, op zeer korte afstand was genaderd. Van de Beek remt onmiddellijk, maar kan hem niet meer ontwijken. Het hof overweegt dat, ook als aangenomen wordt dat Van de Beek 54 km/uur reed, en niet de veilig geachte 40 km/uur, het gevolg van de aanrijding niet veel anders zou zijn geweest, zodat de conclusie dat de aanrijding en de dood van Staal door de schuld van de automobilist is veroorzaakt, niet gewettigd is. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand in het arrest *Zoutman/Van de Beek*.<sup>67</sup>

#### 4.4 Rechtsplicht in het kader van een verbod of bevel

Hoewel een verbod of gebod doorgaans niet direct wordt geschaard onder het aansprakelijkheidsrecht, is jurisprudentie ter zake voor het aansprakelijkheidsrecht wel degelijk relevant. Een verbod of gebod is immers gebaseerd op een rechtsplicht, waarvan schending kan leiden tot aansprakelijkheid, en duidt de grenzen daarvan. Ook in deze context is (de gedachte achter) *in pari delicto* zichtbaar.

67. HR 10 mei 1974, VR 1975/10 (*Zoutman/Van de Beek*).

Berntsen, die eerst ervoor zorgt dat een door buurman Van Remmen op de erfgrens gebouwd muurtje deels instort en vervolgens jegens Van Remmen ageert, kan zich niet met succes beroepen op art. 702 oud BW.

In het arrest Berntsen/Van Remmen<sup>68</sup> is een door Van Remmen op de erfscheiding geplaatst muurtje onderwerp van geschil. Het muurtje valt deels op het erf van Berntsen, dreigt ook overigens in te storten en hangt grotendeels over het erf van Berntsen. Berntsen vordert veroordeling van Van Remmen tot het opruimen van de stukken muur op het erf van Berntsen, tot het afbreken van het muurtje en tot schadevergoeding. Van Remmen voert als verweer dat het Berntsen is geweest die voortdurend tot aan en onder de fundamente van het muurtje heeft gespit en gegraven, waardoor het deels is ingestort en nog verder dreigt in te storten. Nadat de rechtbank de vordering toewijst, wijst het hof deze af, omdat art. 702 oud BW uit de aard van de zaak niet kan worden ingeroepen door de buurman, die door zijn eigen onrechtmatige gedrag heeft veroorzaakt dat het muurtje deels is ingestort en op instorten staat. De Hoge Raad bekrachtigt dit oordeel en overweegt dat het niet strookt met de aard van de in art. 702 oud BW geregelde verplichting, die de eigenaar is opgelegd in het belang van de nabuur en tegenover deze, om het bestaan van deze verplichting in een concreet geval ook aan te nemen indien de nabuur zelf de gewraakte toestand heeft veroorzaakt door zijn onrechtmatige gedrag.

Het bedrijf WE, dat ervoor zorgt dat het naastgelegen bedrijf Henselmans zijn recht van erfdiensbaarheid niet meer kan uitoefenen, kan op zijn beurt niet van Henselmans verlangen dat zij de spiegelbeeldige erfdiensbaarheid (wel) respecteert.

In het arrest WE/Henselmans<sup>69</sup> zijn in 1850 twee erfdiensbaarheden van elk 1,5 meter breed gevestigd inclusief het recht op ramen, aan beide zijden van de erfgrens, oorspronkelijk fungerend als een gang tussen de percelen. WE bouwt in 1985 haar winkelpand uit tot aan de erfgrens, met een etalage aan die kant. Als Henselmans in 2000 haar pand spiegelbeeldig op dezelfde wijze uitbouwt, waardoor de etalage van WE niet meer zichtbaar is voor het publiek, vordert WE veroordeling van Henselmans, onder meer tot afbraak van de uitbouw. De Hoge Raad overweegt onder meer dat het hof kennelijk van oordeel is dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als WE eerst, door uitbouw van haar pand, het Henselmans onmogelijk zou maken om de ten behoeve van haar pand gevestigde erfdiensbaarheid uit te oefenen, om vervolgens van Henselmans te verlangen dat deze de ten behoeve van het pand van WE gevestigde, spiegelbeeldige, erfdiensbaarheid zou blijven respecteren.

De vrouw met een villa op Aruba, die afbraak van de garage vordert van haar burens omdat de plaats van deze garage in strijd is met een kettingbeding, krijgt ongelijk omdat haar eigen garage (spiegelbeeldig) identiek is geplaatst.

Appellante is eigenaar van een perceel op een villapark, waarvan de kavels zijn verkocht met het kettingbeding dat niet naar de straat toegekeerde gevels op een afstand van minimaal twee meter van de erfgrens moeten worden gebouwd. De ontwikkelaar heeft op beide percelen garages tegen de erfgrens aan gebouwd. Appellante vordert van haar buurman – bestuurder van de ontwikkelaar – afbraak van de garage omdat deze is gebouwd in strijd met het kettingbeding. Het hof oordeelt dat het beroep van appellante op het kettingbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, nu de garage van appellante eveneens in strijd daarmee is gebouwd.<sup>70</sup>

## 5 Confrontatie met in pari delicto

### 5.1 Inleiding

Op basis van het voorgaande willen wij in deze paragraaf de volgende drie stellingen innemen ten aanzien van *in pari delicto*:

1. Hoewel het adagium in Nederland niet expliciet als afwijzingsgrond voor aansprakelijkheid wordt gebruikt, is het niettemin zichtbaar in de jurisprudentie en vervult het daarin een waardevolle rol.
2. Het adagium is noodzakelijk daar waar de eisende partij onbetamelijk gedrag vertoont, maar dat gedrag geen relatie heeft met haar schade of met haar vordering jegens de gedaagde.
3. De rechtsgrond ‘eigen schuld’ wordt in Nederland soms toegepast in gevallen waarin op basis van *in pari delicto*, of gelijkelijk gedrag, de aansprakelijkheid had moeten worden afgewezen.

### 5.2 *In pari delicto als (on)zichtbaar adagium*

Voorop staat dat rechters het adagium *in pari delicto* vrijwel niet bij naam noemen of expliciet hanteren. Het enkele gegeven dat adagia in Nederland doorgaans niet op zichzelf een grondslag vormen voor een eis of verweer, betekent echter niet dat zij geen belangrijke rol (kunnen) spelen in onze wet of rechtspraak.<sup>71</sup>

Als voorbeeld kan het verschijnsel van risicoaanvaarding worden genoemd, dat – voordat de Hoge Raad de discussie expliciet beslechtte in het arrest Dekker/Van der Heide<sup>72</sup> – in de literatuur wel werd gezien als een apart leerstuk; een leerstuk dat in sommige verschijningsvormen lijkt op *in pari delicto*. Risicoaanvaarding<sup>73</sup> werd namelijk betoogd (maar door de Hoge Raad niet aanvaard) bij het meerijden met een dronken

68. HR 5 juni 1936, NJ 1937/67 m.nt. P. Scholten (Berntsen/Van Remmen).

69. HR 2 december 2005, NJ 2007/5 (WE/Henselmans).

70. Gem. Hof 11 februari 2014, NJF 2014/345.

71. Zie ook Lindenbergh 2009, p. 574.

72. HR 28 juni 1991, NJ 1992/622 m.nt. Brunner (Dekker/Van der Heide).

73. Zie uitgebreider Paajmans 2015, p. 6-8.

bestuurder,<sup>74</sup> het in een circus vrijwillig rondrijden op een ongezadelde ezel,<sup>75</sup> en tevens vaak bij sport- en spelsituaties.<sup>76</sup> Sport en spel lijkt in die zin op *in pari delicto* dat de deelnemers aan een sport of spel bewust kiezen voor deelname hieraan, ondanks de daaraan verbonden specifieke gevaren; de deelnemers vertonen over en weer – in beginsel: vergelijkbaar – risicoverhogend (maar niet onbetamelijk) gedrag.

In tegenstelling tot de aanname in de literatuur overweegt de Hoge Raad in Dekker/Van der Heide dat er in Nederland geen behoefte is aan risicoaanvaarding als ‘afzonderlijk rechtsfiguur’. Dit betekent echter niet dat risicoaanvaarding geen rol (meer) speelt bij de beslechting van een geschil. De Hoge Raad wijst het weliswaar af als een ‘rechtvaardigingsgrond van eigen aard’, maar overweegt vervolgens dat het, afhankelijk van de aard van het geval (in dat geval sport en spel), volledig opgaat in enerzijds de vraag naar onrechtmatigheid en anderzijds de vraag naar eigen schuld. Als de benadeelde zich in een situatie begeeft waarbij er een risico op schade bestaat, kunnen de omstandigheden van het geval grond geven voor het oordeel dat de dader niet onrechtmatig jegens de benadeelde heeft gehandeld, of voor de beoordeling dat de aansprakelijkheid dient te worden verminderd wegens eigen schuld van de benadeelde.

Deze systematiek geldt ook voor het adagium *in pari delicto*. Foutief gedrag van de benadeelde kan dogmatisch op verschillende wijzen worden ingebed. Zoals Meijers al in 1941 opmerkt, wijst de Hoge Raad aansprakelijkheid van een gedaagde voor schade die niet zou zijn ontstaan bij redelijkerwijs te verwachten gedrag van de benadeelde, af op uiteenlopende gronden: geen schuld, geen causaal verband, geen onrechtmatigheid van het gedrag.<sup>77</sup> De feitelijke situatie waarin de schade optreedt, is vanzelfsprekend bepalend voor de vraag in welke juridische context de discussie wordt gevoerd, maar het adagium klinkt steeds helder door in rechtspraak over de vestiging en omvang van aansprakelijkheid. *In pari delicto* vormt ons inziens in bepaalde gevallen de grond of de rechtvaardiging om – met gebruikmaking van onze bestaande wettelijke instrumenten hiervoor – de aansprakelijkheid af te wijzen.<sup>78</sup>

Dat geldt te meer daar waar het relativiteitsvereiste door het gedrag van de benadeelde als grondslag voor afwijzing wordt gehanteerd. Een benadeelde die op zichzelf wel wordt

beschermd door de norm waarop hij zich beroept, zodat het relativiteitsvereiste niet aan zijn vordering in de weg staat, kan zijn vordering toch zien stranden op het relativiteitsvereiste als een gevolg van zijn eigen foute gedrag.<sup>79</sup> In oudere arresten wordt dit vaak aldus geformuleerd dat de benadeelde ‘zich heeft onttrokken’ aan het beschermingsbereik van de norm; de grondslag en rechtvaardiging voor deze overweging en het daarop volgende oordeel dat om die reden de relativiteit ontbreekt, liggen naar onze mening in *in pari delicto*.<sup>80</sup>

Onrechtmatig gedrag van de benadeelde drukt ook een stempel op het leerstuk van eigen schuld. Om te beginnen is eigen schuld in het verleden wel als eigen onrechtmatigheid omschreven, een onrechtmatigheid tegenover zichzelf of een onrechtmatigheid tegenover een ander.<sup>81</sup> Hiertegen kan worden ingebracht dat men niet onrechtmatig handelt als men eigenbelang verwaarloost, en zelfs niet indien men zich opzettelijk benadeelt. Onrechtmatig is slechts de krenking van *andermans* belang, ter zake waarvan die ander het recht had te eisen dat het zou worden gerespecteerd. Daarvan is in de regel bij de kwestie van eigen schuld geen sprake.<sup>82</sup> Dit laatste kan echter onder omstandigheden anders zijn. De omstandigheid dat de benadeelde jegens een ander onrechtmatig handelt, kan aanleiding zijn om de hem daarbij overkomen schade op de voet van art. 6:101 BW deels voor eigen rekening te laten. Dit doet zich regelmatig bij verkeersongevallen voor, die vaak het gevolg zijn van schendingen van verkeersregels over en weer. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een automobilist, sneller rijdend dan ter plaatse is toegestaan, bij het uitwijken voor iemand die hem ten onrechte geen voorrang verleent, de macht over het stuur verliest en over de kop gaat. De automobilist handelt onrechtmatig, maar zal niet aansprakelijk zijn als alleen schade aan zijn eigen auto is ontstaan en geen schade aan een ander wordt toegebracht. Als de automobilist voorts zijn schade wil verhalen op de ander die hem geen voorrang

74. HR 28 september 1990, NJ 1992/619 m.nt. Brunner (Staat/Delta Lloyd), onder 620; HR 12 oktober 1990, NJ 1992/620 m.nt. Brunner (Geerts/Ten Dam).

75. HR 21 oktober 1988, NJ 1989/729 m.nt. Brunner (Spekman/Baetens).

76. HR 28 juni 1991, NJ 1992/622 m.nt. Brunner (Dekker/Van der Heide).

77. Meijers onder HR 18 april 1940, NJ 1941/130 (Cohen/Van Saane en Amsterdam IV).

78. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011/88, die menen dat argumenten om gedrag dat in beginsel onrechtmatig is (niet) gerechtvaardigd te achten, kunnen worden ontleend aan leerstukken als wanprestatie en contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en aan uitgangspunten als *nemo auditur, ex turpi causa non oritur actio* en *in pari delicto*.

79. Door Tjong Tjin Tai onderscheiden als enerzijds relativiteit in ruime zin (de vraag of de norm in algemene zin strekt tot bescherming van de groep personen waartoe de benadeelde hoort) en anderzijds relativiteit in strikte zin (de vraag of de norm ook in casu strekt tot bescherming van het type belang, het type persoon en de wijze van schade-intreding). Tjong Tjin Tai 2007, par. 3.

80. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/137, die menen dat de wezenlijke grond van deze overweging kan liggen in diverse rechtsfiguren en vervolgens *nemo auditur, ex turpi causa non oritur actio* en *in pari delicto* noemen.

81. F. Weiss, Mede-schuld nader bezien, VR 1958, afl. 3, p. 41 e.v.; H.J. Hommes, Enige beschouwingen over juridische causaliteit, toerekening, recht- en onrechtmatigheid, schuld en risico II, RMThemis 1965, p. 217. Zie ook P. Scholten, De ‘schuld’ in de leer der onrechtmatige daad, WPNR 1915/2350, p. 19. Hij is echter in 1921 deels op deze opvatting teruggekomen (P. Scholten, Eigen schuld, WPNR 1921/2665, p. 33 e.v.). Slagter, die in zijn proefschrift de opvatting verdedigde dat de benadeelde die eigen schuld heeft jegens zichzelf onrechtmatig heeft gehandeld (W.J. Slagter, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Leiden), Leiden: Luctor et Emergo 1952, p. 264-265), is daarop dertig jaar later teruggekomen (W.J. Slagter, De relativiteit van de onrechtmatige daad, in het bijzonder in het verkeersrecht, VR 1982, afl. 10, p. 312).

82. A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid (Mon. Privaatrecht nr. 16), Deventer: Kluwer 2013, p. 29.

verleende, zal hem eigen schuld treffen. Dit illustreert dat dezelfde gedraging die tegenover een ander aansprakelijkheid kan vestigen, indien die ander daardoor in zijn belangen is geschaad, met betrekking tot de eigen schade eigen schuld oplevert. In de rechtspraak wordt de kwestie van het onrechtmatig gedrag van de benadeelde aldus langs verschillende wegen benaderd, enerzijds langs de weg van eigen schuld, zoals in het zojuist besproken voorbeeld, anderzijds langs de weg van de afwezigheid van aansprakelijkheid, zoals paragraaf 4 laat zien.<sup>83</sup>

### 5.3 *In pari delicto noodzakelijk*

*In pari delicto* komt voorts pregnanter naar voren als het oorzakelijk verband tussen het eigen gedrag van de benadeelde en het ontstaan van een toestand op grond waarvan een ander jegens de benadeelde tot iets is gehouden – bijvoorbeeld tot het vergoeden van schade –, ontbreekt. Is die link tussen het eigen gedrag en de schadelijke gevolgen wel aanwezig, dan reiken de rationales van de vereisten van aansprakelijkheid gepaste oplossingen aan. Zo blijkt uit de hiervoor in paragraaf 4 besproken rechtspraak dat als een feitelijke constellatie waaraan een rechtsregel in het algemeen een verplichting van de eiser jegens de ander verbindt, is ontstaan door wederrechtelijk gedrag van die ander die in beginsel aanspraakgerechtigd is, de desbetreffende verplichting desondanks niet intreedt of de eiser daarop niet met succes een beroep kan doen.<sup>84</sup> De aangesprokene kan met andere woorden ter afwering van een aanspraak met vrucht aanvoeren dat het rechtsfeit waaruit voor hem in het algemeen een verplichting voortvloeit, in het leven is geroepen door wederrechtelijk handelen van de benadeelde zelf. Dit zal eenieder kunnen bekoren, nu het toedoen van de benadeelde in het verloop van de gebeurtenissen dat van de dader volledig overschaduwde. Een concreet voorbeeld biedt de in paragraaf 4.4 aangehaalde uitspraak dat de eigenaar van een gedeeltelijk ingestort scheidingsmuurtje niet kan worden aangesproken door de buurman die zelf door gespit en gegraveerd de gebrekkige toestand van het muurtje heeft veroorzaakt.<sup>85</sup>

Minder voor de hand liggend is evenwel het antwoord op de vraag of het wederrechtelijk handelen van de benadeelde ook invloed heeft op de aanspraken die hij tegen anderen geldend kan maken, indien het oorzakelijk verband tussen zijn eigen gedrag en het ontstaan van een toestand op grond waarvan een ander in het algemeen jegens hem tot iets is gehouden, ontbreekt. Kan iemand zich tegenover een ander beklagen over gedragingen die hij zelf ook verricht? Als er geen causale link bestaat tussen het eigen onbetamelijke gedrag van de benadeelde en de schade, kan de afwezigheid of beperking van aansprakelijkheid niet worden verklaard aan de hand van de geijkte leerstukken, zoals die van toerekening of eigen schuld. De

redenering dat het toedoen aan de zijde van de aangesproken dader weliswaar *causa sine qua non* is, maar het toedoen van de benadeelde eiser *causa causans*, gaat dan niet op. Dat vergt immers een wederzijds causaal verband. Hetzelfde geldt voor toepassing van art. 6:101 BW, dat vereist dat zowel causaal verband bestaat tussen de gebeurtenis waarvoor de dader aansprakelijk is en de schade, als causaal verband tussen de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden en de schade. Als die laatste link ontbreekt, is de invloed van de gedragingen van de benadeelde op de vraag naar aansprakelijkheid van de dader nog niet gegeven met het langlopen van de vereisten van aansprakelijkheid, zoals onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, causaliteit en relativiteit. Een sprekend voorbeeld is het hierboven besproken Maas/Willems-arrest, waarin overtreding van een wettelijk minimumtariefvoorschrift niet onrechtmatig werd geacht jegens een concurrent die zelf ook het voorschrift placht te overtreden.<sup>86</sup> Deze had zich in de bewoordingen van de Hoge Raad onttrokken aan de bescherming die de overtreden norm beoogde te bieden. De grond en rechtvaardiging om tot dit oordeel te komen, liggen naar onze mening in *in pari delicto*.

### 5.4 *In pari delicto in plaats van eigen schuld*

Zonder hiervoor empirisch onderzoek te hebben gedaan, komt het ons voor dat verwijtbaar gedrag van de benadeelde in Nederland (soms te) snel leidt tot het oordeel dat de benadeelde eigen schuld ex art. 6:101 BW treft. Wij noemen hiervoor twee voorbeelden.

Als twee 17-jarige neven zelf een vuurwerkbom maken, die onbedoeld in hun handen tot ontploffing komt, oordeelt de rechtbank dat de gedaagde neef onrechtmatig heeft gehandeld jegens de eisende neef; vervolgens wordt 50 procent eigen schuld aangenomen.<sup>87</sup> Wij menen echter dat de gedaagde neef niet onrechtmatig handelde *jegens* de eisende neef, dan wel dat de eisende neef zich met zijn eigen gedrag aan het beschermingsbereik van de norm had onttrokken; de neven kozen immers beiden ervoor om zelf en samen een vuurwerkbom te maken, met alle daaraan verbonden gevaren.

Een tweede voorbeeld is het vonnis over een handelaar in veevoer die twee andere bedrijven aanspreekt nadat een hormoon in varkensvoer terecht is gekomen en hij zelf door varkenshouders tot schadevergoeding wordt aangesproken.<sup>88</sup> De rechtbank stelt vast dat alle drie de bedrijven een zorgvuldigheidsnorm met een soortgelijke beschermingsgedachte hebben geschonden, neemt onrechtmatig handelen van de gedaagden aan, en laat op grond van eigen schuld de schade volledig voor rekening van de eiser. In deze zaak geldt nog sterker dan in het vonnis over de neven dat aansprakelijkheid had moeten wor-

83. Aldus ook A.J.O. van Wassenae van Catwijck & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 46.

84. C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 242.

85. HR 5 juni 1936, NJ 1937/67 m.nt. P. Scholten (Berntsen/Van Remmen).

86. HR 16 februari 1973, NJ 1973/463 m.nt. H.E. Bröring (Maas/Willems). Vergelijkbare voorbeelden zijn HR 24 januari 1936, NJ 1936/427 m.nt. E.M. Meijer (Blitz en Co) en HR 4 januari 1963, NJ 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (Scholten's Aardappelmeelfabrieken e.a.).

87. Rb. 's-Hertogenbosch 18 december 2002, ECLI:NL:RBSHE:2002:AF2055.

88. Rb. Noord-Holland 23 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3627 (Rined/Wyeth en Cara).

den afgewezen; de rechtbank overweegt expliciet dat de eisende partij – in hun onderlinge verhouding – in grotere mate onzorgvuldig had gehandeld dan de gedaagde partijen.

Deze focus op eigen schuld is naar onze mening niet altijd zuiver. Alsdan wordt de aansprakelijkheid namelijk al gevestigd en komt pas daarna, bij bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid, het gedrag van de benadeelde in beeld. Dit gedrag zou in bepaalde situaties al bij de vestiging van aansprakelijkheid in de beoordeling moeten worden betrokken, zoals ook is gebeurd in de in paragraaf 4 besproken jurisprudentie. Dat geldt ook in gevallen die niet zuiver *in pari delicto* zijn, waarin dus niet spiegelbeeldig op dezelfde wijze onbetamelijk is gehandeld, maar die daarmee wel grote gelijkenis vertonen.

Voor de afbakening van de feitelijke situaties waarin enerzijds de afwijzing van aansprakelijkheid voorligt en anderzijds eigen schuld zou moeten worden aangenomen, staat vanzelfsprekend centraal welk gedrag de benadeelde vertoont, hoe onbetamelijk dat is, of hij daarmee slechts onbetamelijk handelt jegens zichzelf of tevens jegens een derde, enzovoort.<sup>89</sup> Die afbakening kan evenwel niet in enkele zinnen worden gemaakt, voert daarmee helaas te ver voor deze bijdrage en moet derhalve wachten op een eventueel vervolgartikel. Wel merken wij daarover op dat *in pari delicto* in elk geval niet is aangewezen indien de rechtsverhouding tussen beide partijen in die zin ongelijkwaardig is dat op de onzorgvuldig handelende gedaagde een bepaalde zorgplicht rust jegens de eveneens onzorgvuldig handelende benadeelde op wie niet een dergelijke zorgplicht rust. Alsdan kunnen de beide partijen immers niet gelijkwaardig onbetamelijk handelen en dient het geschil wel te worden beslecht met gebruikmaking van het leerstuk eigen schuld.

## 6 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt naar onze mening dat (ernstig) onbetamelijk gedrag van de benadeelde vaker reeds bij de beoordeling van de vestiging van aansprakelijkheid in beeld moet komen, en niet pas bij de omvang van aansprakelijkheid, alsdan in de vorm van eigen schuld. Het adagium *in pari delicto* wordt bij dergelijke afwijzingen van aansprakelijkheid slechts in een enkel geval bij naam genoemd, al dan niet in een noot; de uitspraken draaien veeleer om (een van) de vereisten voor aansprakelijkheid. Niettemin menen wij dat het adagium zijn waarde heeft, ook in Nederland, en wel als grond en rechtvaardiging voor de afwijzing van aansprakelijkheid, die vervolgens in de wettelijke vorm van een vereiste voor aansprakelijkheid wordt gegoten, meestal die van de relatieve onrechtmatigheid of het ontbreken van relativiteit. Het gaat dan vaak om gevallen waarin een verband bestaat tussen het gedrag van de

benadeelde en zijn schade waarvan hij vergoeding vordert. Daar waar deze link er is, kunnen de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden – in het licht van de bijdrage van de ander en het verloop van de gebeurtenissen – van zodanig gewicht zijn, dat voor de afwenteling van de schade op de ander geen grond bestaat. *In pari delicto* komt voorts pregnanter naar voren als het oorzakelijk verband tussen het eigen gedrag van de benadeelde en het ontstaan van een toestand op grond waarvan een ander jegens de benadeelde tot iets is gehouden, ontbreekt. Ook dan kan het gedrag van de benadeelde de verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid van de ander absorberen. Recht dat serieus te nemen is, behoort niet onverkort bescherming te bieden aan diegenen die zelf onrecht plegen. Al met al menen wij dat de pot het de ketel inderdaad – ook in Nederland – niet kan verwijten dat hij zwart ziet.

89. Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, die van mening is dat De Groot in De Groot/ Io Vivat onzorgvuldig handelde jegens zichzelf, zodat eigen schuld had moeten worden toegepast. Zie ook Stein 2016, p. 274. Ons inziens handelde De Groot evenwel ook onzorgvuldig jegens derden, maar vloede daaruit geen schade voort, zodat terecht geen toevlucht is gezocht tot het leerstuk van eigen schuld, maar is geoordeeld dat aansprakelijkheid ontbrak.