

Handelingen

Verhullend argumenteren in het vermogensrecht

Preadvies Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, Springen met lemen voeten, vergadering van 12 december 2003

J.B.M. Vranken*

1 Ter inleiding

Over argumenteren in het burgerlijk vermogensrecht, het onderwerp van het preadvies, schrijft men meestal in termen van juridische techniek. Het gaat dan om de betekenis en onderlinge verhouding van de wetsgeschiedenis, rechtsbeginselen, het systeem van het recht, precedenten en de tientallen andere hulpmiddelen die samen de gereedschapskist van de jurist zo rijkelijk vullen. Over elk van deze hulpmiddelen kan veel gezegd worden. Over hun onderlinge verhouding nog meer, want het aantal potentiële botsingen is groot. Er is eens berekend dat vijftien hulpmiddelen, waarvan er vier kunnen botsen, al een kleine duizend varianten opleveren.

In het preadvies blijft de juridische techniek goedgeels buiten beeld. Voor uiteenzettingen daarover kan men elders terecht. Evenmin zoek ik het in abstract-filosofische beschouwingen over bijvoorbeeld argumentatietheorieën, de rechtvaardiging van juridische oordelen of de rol van retorica, taal en logica. Ik kies een andere invalshoek. Ik stel mij op als een geëngageerd toeschouwer die ziet hoe juristen met het burgerlijk recht omgaan en die zich daarbij soms verbaast en soms amuseert. Kritiek, ook scherpe kritiek, is niet uitgesloten, maar gaat niet vergezeld van giftige pijlen. Daarvoor ben ik zelf een te groot liefhebber en te hartstochtelijk beoefenaar van het vak. Alleen is op zeker ogenblik bij mij het besef gegroeid dat mijn collega's en ik ons bedienen van een manier van argumenteren en redeneren, die bij enig nadenken lang niet zo dwingend en overtuigend is als wij meestal stilzwijgend aannemen, noch voor onszelf en zeker niet voor anderen dan juristen. 'Lawyers, like artists, tend to become prisoners of their own creations.' Dit

* Hoogleraar Grondslagen van het privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

bracht mij op het spoor van wat Edward de Bono ooit heeft genoemd de vaargeul van het denken. Hij bedoelde daarmee, deftig gezegd, het geheel van door opleiding en ervaring ingeslepen uitgangspunten, vanzelfsprekendheden en vooronderstellingen, waarvan men zich na verloop van tijd niet of nauwelijks nog bewust is, maar die in feite de wijze van denken en doen bijna volledig bepalen. Bepaalde argumenten en benaderingswijzen worden geaccepteerd en nagevolgd, andere niet of slechts mondjesmaat. Hoe komt dat? Welke processen zijn hierbij aan het werk?

Het verschijnsel is natuurlijk niet onbekend en ook niet typisch juridisch. Het geldt voor iedere professional en in iedere wetenschap. Vroeger sprak men van paradigma of *Vorverständnis*, soms ook heel eenvoudig van interpretatiekader of denkraam. Tegenwoordig, in de lingua franca van de huidige tijd, heet het *frame of mind*. Het denkraam – ik prefereer de Nederlandse term – heeft twee belangrijke functies, een aansporende en een verhinderende. De aansporende functie zorgt voor gemeenschappelijkheden, herkenning en begrip. Het waarnemen en interpreteren van feiten en gebeurtenissen, de aanpak van zaken, het redeneren en argumenteren vinden plaats op een wijze waar de vak- of groepsgenoten mee vertrouwd zijn. Ze zitten op dezelfde golflengte en hoeven niet eerst elkaars taal te leren. Dat vergemakkelijkt het gesprek. De verhinderende functie houdt in dat dit resultaat bereikt wordt en ook alleen bereikt kán worden, doordat het denkraam andere manieren van kijken, redeneren en argumenteren radicaal afkapt. Het denkraam kanaliseert als het ware de stroom van gedachten en ideeën in een vrij strakke, soms meanderende, maar altijd duidelijk begrensde loop. Alles wat erbuiten valt of tegen de stroom ingaat, telt niet mee, althans niet totdat het tegendeel is waargemaakt. Zo bezien is sprake van een reductie van de werkelijkheid, van een selectief raster.

Het is dit denkraam dat mij intrigeert. Welke zijn de onuitgesproken vooronderstellingen, uitgangspunten en vanzelfsprekendheden van de jurist wanneer hij argumenteert in het burgerlijk recht? Tot welke aardigheden en eigenaardigheden geven ze aanleiding? De vragen lenen zich niet voor snelle antwoorden of haastige conclusies. Inzicht in het denkraam moet worden bevochten. Niets is moeilijker dan dat, omdat men zich moet laten terugzakken in de achterkamer van het denken, daar waar standpunten nog niet zijn uitgekristalliseerd en al in keurig gescheiden laatjes zijn opgeborgen, gereed voor gebruik. In de achterkamer is het nog rommelig en onzeker en donker. Lichtstralen van zelfinzicht zijn schaars. Ik realiseer mij dit, maar denk dat juist hierin de fascinatie van het onderwerp is gelegen. In het preadvies tast ik wege af om tot het denkraam van de jurist in het burgerlijk recht door te dringen en iets van zijn verborgenheid, zijn enigma te ontsluiten. Dit gebeurt niet door een stap voor stap deductie. Dat kan ook

niet. Ik schets in het preadvies zes taferelen die men kan beschouwen als intuïtieve, verkennende, zo men wil kubistische experimenten. Achtereenvolgens zijn dit: De kunst om met casus om te gaan; Volg het spoor terug; Verhullend argumenteren; Het ontbreken van een deugdelijke feitelijke grondslag; Afstandelijkheid; en Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. In het hierna volgende wordt alleen het hoofdstuk over Verhullend argumenteren gepubliceerd. Het geheel wordt, aangevuld met nog enkele andere onderwerpen, medio 2004 in boekvorm gepubliceerd.

2 Enkele voorbeelden van verhullend argumenteren

In het burgerlijk recht worden oplossingen van casus en problemen veelal gepresenteerd als het resultaat van uitleg van rechtsregels, precedënten en overeenkomsten, schreef ik in de vorige paragraaf. Ik voegde eraan toe dat het ook gebeurt in gevallen waarin (over)duidelijk andersoortige overwegingen doorslaggevend of belangrijker zijn.¹ De jurist klampt zich kennelijk met graagte vast aan de overeenkomst of aan de toepasselijk geachte rechtsregel of precedent en gaat daarmee aan de slag. Hij denkt en argumenteert meteen in juridische categorieën in plaats van als uitgangspunt te nemen de vraag: waar gaat het eigenlijk om?

Vaak is dit niet bezwaarlijk, omdat er niets bijzonders aan de hand is. Wanneer men dan kan teruggrijpen op algemeen erkende categorieën waarvan iedere jurist weet wat ermee bedoeld wordt, leidt dat alleen maar tot een vereenvoudiging van het debat. Het is niet nodig in iedere zaak het wiel geheel opnieuw uit te vinden. Sterker nog, het zou zelfs niet goed zijn als het wel zou moeten gebeuren, omdat het zou betekenen dat de voorspellende waarde van rechtsregels en precedënten nagenoeg nihil is. Men zou steeds opnieuw moeten wachten totdat de rechter uitspraak heeft gedaan om te weten of men het beoogde resultaat bereikt heeft. Een dergelijk stelsel veroordeelt zichzelf.² Er wordt nu al veel, en zeker niet altijd ten onrechte, geklaagd dat regels en precedënten te weinig precies zijn om

1 Zie voor eenzelfde typing van de Franse rechtspraak, Eva Steiner, *French Legal Method*, 2002, p. 164: 'French judges are known to reach their decisions relying only on "legal" arguments (*arguments juridiques*), as opposed to policy arguments (*arguments d'opportunité*). Arguments juridiques mean that they justify their decisions solely by showing how the solution they have adopted fits within the prescription of the law, and this is the case even when code provisions and principles do not provide a clear answer to the case before them.' [laatste cursivering toegevoegd door mij, JBMV]

2 In feite betekent het dat rechterlijke uitspraken geen meerwaarde, geen precedentwerking meer hebben. Recht is dan de optelsom van de beslissingen in concrete gevallen. Dat is een denaturering van de aanspraak dat recht gericht is op veralgemening, herhaalbaarheid, gelijkheid in gelijke gevallen. In de beschreven zienswijze wordt de casuïstiek tot norm verheven.

betrokkenen werkelijk hulp te bieden bij het vormgeven van hun rechtsbetrekkingen of het oplossen van hun problemen. Er is geen enkele reden deze klacht nog nieuw voedsel te geven ook. Integendeel. Meer precisie is gewenst, zij het dat men hierbij niet mag doorslaan naar de andere kant. Degene die bijvoorbeeld meent dat sprake moet zijn van volledig transparante, voor ieder concreet geval passende regels of precedënten, dient te beseffen dat dit ideaal, zo al bereikbaar, allerminst nastrevenswaardig is. Het leidt tot een ondoordringbaar woud van gedetailleerdheid³ en een vervaagende verstarring. Daar is niemand mee gediend. Kortom, zolang juridische categorieën in het concrete geval niet geïmpliciteerd hoeven te worden,⁴ is het verstandig ze te gebruiken. Ook al vormen zij voor niet-juristen wellicht geheimtaal, er is geen sprake van verhullend argumenteren als bedoeld in dit hoofdstuk.

Dit is anders in situaties waarin iets nieuws aan de hand is. Dan leidt de ingesleten houding om oplossingen te presenteren als het resultaat van uitleg van rechtsregels, precedënten en overeenkomsten vaak tot ingewikkelde of nietszeggende redeneringen. Ik durf de stelling wel aan dat hoe ingewikkelder of nietszeggender men te werk gaat, hoe waarschijnlijker het is dat het echte argumentatieniveau zich elders bevindt. Ik licht dit met enkele voorbeelden toe.⁵

3 Johanna

Sprekend is het arrest inzake Johanna, het elfjarig meisje dat door fouten van haar school ernstige brandwonden opliep.⁶ Wanneer zij niet in het ziekenhuis was voor een van de zeer vele behandelingen of operaties, werd zij door haar ouders thuis verzorgd. De ouders slaagden erin dit voor een groot deel in hun vrije tijd te doen. Hebben ze recht op vergoeding voor de in die jaren opgeofferde vrije tijd of kan de aangesprokene stellen dat ouders verplicht zijn hun kinderen te verzorgen en dat ze dat altijd in hun vrije tijd

3 Een afschrikwekkend voorbeeld bieden J. de Mot & G. de Geest, De toekomst van het Europees privaatrecht na het Groenboek, NJB 2002, p. 881-890 die geen bezwaar hebben tegen een wetboek voor het Europese civiele recht met vele honderdduizenden artikelen.

4 Ik zeg uitdrukkelijk: 'niet hoeven te problematiseren.' Alvorens deze conclusie te kunnen trekken, is soms een nader onderzoek nodig, waarbij expliciet wordt getoetst of de bestaande regel inmiddels niet achterhaald is door nieuwe ontwikkelingen of gewijzigde inzichten. HR 28 mei 1999, NJ 2000, 220 (Heep/Heep) is hiervan een fraai voorbeeld. In de conclusies van het parket bij de Hoge Raad geschiedt deze toets bijna standaard. Interessant in dit verband is ook de situatie in België en Frankrijk waar het lagere rechterlijke colleges verboden is hun beslissingen te baseren op uitspraken van het Hof van Cassatie respectievelijk de Cour de Cassation.

5 Verhullend is ook het veelvuldig gebruik van constructies in het recht. Ik besteed daar niet afzonderlijk aandacht aan.

6 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna).

doen? Over verlies van vrije tijd als schadepost is veel interessants te zeggen. Er zijn inhoudelijke argumenten pro en contra, zoals de conclusie van advocaat-generaal Spier laat zien. In de uitspraak van de Hoge Raad vindt men hiervan evenwel niets terug. De Hoge Raad schiet meteen in het spoor van het in dit geval nog toepasselijke regel van artikel 1407 BW (oud) en de daarop betrekking hebbende precedenter. De regel houdt in dat bij letsel in beginsel⁷ alleen de schade van het slachtoffer zelf voor vergoeding in aanmerking komt. Daarmee brengt de Hoge Raad de problematiek terug tot de technisch-juridische vraag of de door de ouders aan de verpleging en verzorging van het kind bestede tijd wel schade van het kind is. Ja, luidt zijn antwoord, en hij hanteert daarbij een redenering met een drievoudige abstractie. Hij vertrekt vanuit de in eerdere rechtspraak neergelegde regel dat degene die aansprakelijk is voor letselschade, de gewonde in staat moet stellen zich van de noodzakelijk verpleging en verzorging te voorzien. Vervolgens buigt hij de regel in één ogenschijnlijk vloeiende beweging toe naar het geval van Johanna, waarin (a) de ouders in natura de verzorging op zich nemen, terwijl verzorging en opvoeding hun wettelijke plicht is, (b) zij daarvoor geen aanspraak op een geldelijke vergoeding jegens hun dochter hebben en (c) zij bovendien geen inkomensschade lijden, omdat ze de verzorging in hun vrije tijd doen.⁸ De Hoge Raad oordeelt dat in het concrete, bijzondere⁹ geval van deze drie omstandigheden moet worden geabstraheerd en dat daarom Johanna de tijd die de ouders besteed hebben aan haar verzorging, als haar eigen schade kan vorderen (tot het bedrag van de bespaarde kosten aan professionele hulp). Enige inhoudelijke argumentatie voor de drievoudige abstractie geeft hij niet, behalve als men een verwijzing

- 7 Omdat art. 1407 BW (oud) als te knellend werd ervaren, zijn in de rechtspraak soms kosten die ten behoeve van het slachtoffer door derden waren gemaakt, op vordering van het slachtoffer als zijn eigen schade toegewezen. In art. 6:107 en 107a BW zijn thans op beperkte schaal derden als zelfstandig gerechtigden erkend.
- 8 Ten aanzien van een andere schadepost, het verlies van vakantiedagen van de ouders, onder meer om Johanna te begeleiden bij de vele, vele onderzoeken in ziekenhuizen of om haar te bezoeken als ze tweehonderd kilometer van huis in een ziekenhuis lag, is de Hoge Raad, anders dan het hof en de advocaat-generaal, heel wat minder toeschietelijk en niet bereid tot een drievoudige abstractie. Het kost (mij) moeite dit verschil te verklaren. In de praktijk vergoeden verzekeringsmaatschappijen wel binnen bepaalde grenzen bezoekkosten van naaste familieleden.
- 9 Hierin schuilt een belangrijke beperking. In HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krüter-Van de Pol/Wilton-Feyenoord) vat de Hoge Raad in r.o. 3.3 zelf samen welk type geval het Johanna-arrest betrof: 'Het ging om aansprakelijkheid voor ernstig letsel, waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergde, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, en de ouders hebben op redelijke gronden zelf de voor genezing en herstel van het kind noodzakelijke verpleging en verzorging op zich genomen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen (rov. 3.3.2).'

naar de redelijkheid als zodanig wil opvatten, maar dat lijkt mij niet. Annotator Bloembergen, misschien puttend uit eigen ervaring als raadsheer in de Hoge Raad, toont begrip voor ‘deze karige motivering’. Hij schrijft: ‘Vermoedelijk was het al moeilijk genoeg om tot een beslissing te komen; de motivering schiet er dan wel eens bij in. Bovendien is er een doorwrochte motivering te vinden in de conclusie van de A-G Spier.¹⁰ Ik geloof niet dat de motivering er om de redenen die Bloembergen noemt bij is ingeschoten. Ik denk dat de motivering welbewust is nagelaten, omdat zij zich te sterk bevond op het niveau van de wenselijkheid van het resultaat. De Hoge Raad heeft mijns inziens een rechtspolitieke keuze gemaakt die in hoge mate gedragen is door de gedachte dat een andere beslissing in de huidige tijd niet meer uit te leggen zou zijn geweest.¹¹ Maar dergelijke overwegingen omtrent ‘the ends sought to be attained’ geven rechters in Nederland niet gemakkelijk in alle openheid toe, laat staan dat ze een poging wagen ‘the reasons for desiring them’ toe te lichten.¹²

4 Mevrouw Krüter

Nauwelijks meer zicht op het echte argumentatieniveau van het Johanna-arrest biedt een latere uitspraak.¹³ In dat geval was een asbestpatiënt, Krüter, de laatste zes weken van zijn leven thuis verzorgd door zijn echtgenote. Zij vorderde een vergoeding van f 50,- voor elke dag dat zij dit gedaan had.¹⁴ De vordering was gebaseerd op artikel 6:107 BW, de opvolger van artikel 1407 BW (oud). Anders dan naar oud recht geeft artikel 6:107 BW sommige derden een eigen, zelfstandige aanspraak jegens de aansprakelijke. De omweg van het Johanna-arrest, waarin het kind vergoeding moest vragen

¹⁰ In zijn noot onder het arrest in NJ 1999, 564, p. 3138, l.k.

¹¹ In deze zin overigens ook zowel de advocaat-generaal Spier (volgende noot) als annotator Bloembergen (p. 3140, l.k.).

¹² Oliver Wendell Holmes, geciteerd bij Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, 1992, p. 141 uit Holmes' *The Path of the Law*, 1897. Advocaten-generaal voldoen soms beter aan wat Holmes wenste. Advocaat-generaal Leijten ging daarin voor. In het onderhavige geval is ook advocaat-generaal Spier heel open geweest. Hij heeft uitdrukkelijk en uitvoerig de vraag naar de wenselijkheid besproken. Zie zijn conclusie, nr. 3.22-3.32, waaruit ik nr. 3.25.1 citeer: ‘Het is in mijn ogen aan benadeelden niet uit te leggen waarom allerhande schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen, waaronder luttele zaakschades, kabelschades, de kosten van het schrijven van een brief houdende aansprakelijkstelling, de kosten van bloemen voor het slachtoffer, renteneuroses en zoveel meer, terwijl in casu geen enkel vorderingsrecht zou bestaan.’ Hij had ook nog kunnen noemen de vergoeding van de opvoedingskosten van een kerngezond kind dat geboren is als gevolg van een wrongful conception (HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145).

¹³ HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krüter-Van de Pol/Wilton-Feyenoord).

¹⁴ De immateriële schadevergoeding van f 90.000,- voor Krüter en de overige materiële schade van mevrouw Krüter waren in cassatie niet meer aan de orde.

van door haar ouders geleden schade, is niet meer nodig. Derden, zoals in casu mevrouw Krüter, hebben echter alleen een eigen aanspraak als het gaat om kosten die zij, anders dan krachtens een verzekering, ten behoeve van de gewonde hebben gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van de aansprakelijke had kunnen vorderen. Daarvan was volgens de Hoge Raad bij mevrouw Krüter geen sprake, omdat het inschakelen van professionele hulp in gevallen als het hare niet normaal en gebruikelijk is.

Met dit laatste kan de Hoge Raad alleen het oog hebben op particuliere hulp, want op grond van met name de AWBZ bestaan aanspraken op onder meer thuiszorg (huishoudelijke hulp, verpleging gedurende een aantal uren per week), dagverzorging of nachtopvang in een verzorgingstehuis dan wel dagopvang in een verpleegtehuis. Bij het vaststellen welke hulp geïndiceerd is, speelt de gebruikelijke zorg die huisgenoten en familieleden kunnen bieden een rol. Ook de zogenoemde mantelzorg wordt meegewogen, dit is de zorg die partner, gezinsleden, familie, en vrienden hebben besloten te zullen verlenen en die naar aard en duur uitstijgt boven wat gebruikelijk is. Daarnaast is het beleid erop gericht mensen zo veel mogelijk in hun eigen omgeving te laten en daar te ondersteunen. Of dit het beste is dan wel, vanwege de beperkte beschikbare middelen, uit nood is geboren, laat ik in het midden. Het feit ligt er.

Het arrest van de Hoge Raad geeft geen uitsluitsel over de vraag of mevrouw Krüter ook AWBZ-zorg heeft ontvangen en zo ja welke. Het is bekend dat als gevolg van capaciteitsproblemen en de vaak enorme bureaucratie niet altijd ondersteuning wordt ontvangen waar dat nodig is, dan wel dat de ondersteuning die men krijgt bescheiden of regelrecht onvoldoende is.¹⁵ Toch lijkt enige hulp eerder regel dan uitzondering. De daarvoor verschuldigde eigen bijdrage kan als materiële schade bij de aansprakelijke gedeclareerd worden. De f 50,- van mevrouw Krüter en de vergoeding die de ouders van Johanna vroegen, hebben daarop dan ook geen betrekking. De vergoeding zullen zij ook niet gevraagd hebben om de vrije tijd die zij aan verzorging en verpleging van hun naasten hebben besteed, voor zichzelf economisch rendabel te maken. Ik denk veeleer dat zij op enigerlei wijze genoegdoening wilden voor de zware last die op hun schouders was gelegd door fouten van anderen. De last kan bestaan uit verdriet, maar ook (mede) uit het opgedrongen krijgen van zorgtaken. De behoefte aan genoegdoening is in de huidige tijd groeiende, maar het geldende systeem

15 Vergelijk onder meer het Zwartwitboek 'Vastgelopen in de zorg', te vinden op <<http://www.opkopzorg.nl>> (geraadpleegd op 14 juli 2003). Op deze site vindt men ook de per 1 april 2003 vernieuwde nieuwe AWBZ en het daarbij behorende Zorgindicatiebesluit, alsmede veel informatie over hoe de regeling wordt uitgevoerd.

biedt weinig openingen om hieraan tegemoet te komen, te weinig volgens velen. Pas langzaam worden de grenzen wat opgerekt, maar het blijft behelpen. ‘Gewoon’ verdriet, hoe ernstig ook, is nog steeds onvoldoende. Vereist is een shock die leidt tot een psychiatrisch erkend ziektebeeld.¹⁶ Opgedrongen zorgtaken moeten dermate omvangrijk en intensief zijn dat het normaal en gebruikelijk is daarvoor professionele hulp in te roepen. Voor de ouders van Johanna viel deze laatste toets positief uit, voor mevrouw Krüter niet. Wanneer het wetsvoorstel affectieschade¹⁷ wordt aanvaard, komt er nog een tegemoetkoming bij in de vorm van een vast bedrag aan immateriële schadevergoeding voor naaste verwanten van gewonden en overledenen. Hoewel nu al vaststaat dat de regeling tot nieuwe onevenwichtigheden zal leiden, sluit ik niet uit dat na aanvaarding van het wetsvoorstel in een geval als dat van mevrouw Krüter geen behoefte meer zal bestaan om – moeizaam zoekend in het bestaande, beperkte systeem – een vordering te construeren teneinde de aansprakelijke duidelijk te maken dat zijn fout niet alleen tot de dood van Krüter heeft geleid,¹⁸ maar ook het leven van diens echtgenote heeft verwoest of diepgaand overhoop heeft gehaald.

5 De echte argumenten

Zoekend naar de echte argumenten van de Hoge Raad, denk ik dat de afwijzing van de vordering van mevrouw Krüter niet voortkomt uit een moreel oordeel over waartoe echtgenoten jegens elkaar gehouden zijn. Evenmin meen ik dat de uitspraak een miskenning inhoudt van het feit dat het fysiek en emotioneel uitputtend en soms te veel gevraagd kan zijn een doodzieke echtgenoot tot zijn overlijden te verzorgen. Ik vermoed dat andersoortige argumenten de boventoon hebben gevoerd. Eerst en vooral is dit volgens mij de vrees voor een vloedgolf aan claims van al degenen die ter ondersteuning van hun gewonde naasten of vrienden, meer hulp bieden dan waartoe zij volgens gangbare maatstaven gehouden zijn. Dat moet niet in de hand gewerkt worden. Op de achtergrond hiervan staat het debat over dejuridisering.¹⁹ Voorzover hier van belang is het de onwenselijkheid om

16 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Taxibus). Zie ook A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), 2002, p. 115-187, waarin ook veel rechtsvergelijkende gegevens.

17 Kamerstukken 28 781.

18 Krüter was jarenlang welbewust blootgesteld aan de gevaren van asbest. Wilton-Feyenood heeft dit erkend en de aansprakelijkheid voor de gevolgen aanvaard.

19 Hierover onder meer het themanummer over Juridisering in het NJB 1997, p. 924-968 en in Justitiële verkenningen 1997, p. 3-69; het kabinetsstandpunt Juridisering in het openbaar bestuur, Kamerstukken 1988/99, 26 360, met op p. 41-47 een overzicht van de discussie over juridisering tot dan toe. Vergelijk ook de in noot 22 te noemen literatuur.

maatschappelijke ongenoegens, belangenconflicten en behoeften meteen te vertalen in juridische aanspraken op genoegdoening, bijvoorbeeld schadevergoeding.²⁰ De onwenselijkheid ligt op twee niveaus. Het eerste is heel praktisch: de torenhoge en op de duur wellicht onbetaalbare prijs die hieraan is verbonden voor iedereen die erbij betrokken is.²¹ Het tweede graaft dieper en verwijst naar de sociaal-culturele dimensie van juridisering.²² Kort gezegd, wordt hiermee bedoeld op het verschijnsel dat als gevolg van met name de voortgaande individualisering, privatisering, verzakelijking, secularisering, pluriformiteit en emancipatie – excuseer de vlakke opsomming²³ – het onderlinge vertrouwen tussen burgers en hun solidariteit, onder druk zijn komen te staan. Dit verlies aan sociale cohesie – aan gemeenschapszin voor degenen die dergelijke termen niet besmet achten²⁴ – moet op de een of andere manier worden gecompenseerd. De weg die men daarbij is ingeslagen en waartegen de dejuridisering zich keert, is die van de

- 20 In het bijzonder de zeer ruime opvatting over onrechtmatige daad in ons recht, maakt het mogelijk, neutraal gezegd, de opening naar de juridisering en naar de rechter te vinden. Zoals T. Koopmans opmerkte in zijn noot onder het arrest over de inzet van kernwapens (HR 21 december 2001, NJ 2002, 217), wordt ‘de actie uit onrechtmatige daad langzamerhand geschikt geacht om elk onopgelost maatschappelijk vraagstuk, ongeacht de aard ervan, aan het oordeel van de civiele rechter te onderwerpen’. Interessant is de verschuiving die hiermee plaatsvindt in de arena van het debat. Als de politiek niet het gewenste resultaat oplevert, kan men op grond van een onrechtmatige daad het debat voor de civiele rechter (of soms de strafrechter) heropenen. Denk aan Sebreñica, Pim Fortuyn, Enschede, en Volendam, de bouwfraude, en het optreden van de overheid gedurende de varkens- en kippenpest. Over het onderwerp in brede zin ook C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, preadvies NJV 2003-1, nr. 41-57 en Gerrit van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, 2003.
- 21 Voor het aansprakelijkheidsrecht wordt dit met name door J. Spier voortdurend benadrukt, onder meer in zijn preadvies voor de NJV 1996 over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, in zijn afscheidsrede in Tilburg over Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?, 1999 en in zijn oratie in Maastricht over Rampscenariòs, 2002. Empirische gegevens waaruit zou blijken dat de vrees werkelijkheid wordt (of al is), ontbreken.
- 22 Ik baseer mij hierbij met name op de sociologen C.J.M. Schuyt, Bronnen van juridisering en hun confluente, NJB 1997, p. 925-930 en A.C. Zijderveld, Maatschappelijke juridisering, AA 1999, p. 634-638. Zij vinden de beperking in de juridische literatuur tot juridisering in de verhouding burger en openbaar bestuur, niet juist. Vergelijk ook het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, De toekomst van de nationale rechtsstaat, 2002, hoofdstukken 4 (Individualisering, burgerschap en rechtsstaat) en 5 (De veranderingen in de civil society).
- 23 Ik besef dat ik hier ongelijke grootheden naast elkaar plaats, maar het voert te ver al deze factoren precies uit te werken en onderling af te bakenen. Het gaat erom een idee van de achtergrond te geven. Meer hierover, met verdere verwijzingen, in de literatuur, vermeld in de vorige noot.
- 24 In de huidige tijd is deze term politiek niet meer correct, lijkt het. Met gemeenschapszin doel ik op de erkenning van het belang van persoonlijke, langdurige relaties en sociale contacten in bepaalde, meestal kleinere verbanden (familie, buurt, school, bedrijf, woonplaats, verenigingsleven) waar men op elkaar aan kan en men elkaar helpt als dat nodig is.

vlucht in juridische posities. Dit wil zeggen dat men bescherming zoekt in wettelijke kaders, normeringen, procedures en rechterlijke beslissingen. In het algemeen creëren die geen betrokkenheid tussen burgers. Integendeel. Wanneer in een samenleving de leden elkaar bij het minste of geringste bestoken met juridische claims en met een 'see you in court', wordt de aandacht ten onrechte gericht op de ander en op wat die moet doen, terwijl juist meer nadruk gelegd zou moeten worden op de eigen verantwoordelijkheid en de bereidheid elkaar te helpen.

Geplaatst tegen deze achtergrond ging het in Johanna en Krüter om de vraag hoe de kennelijke, groeiende behoefte in de maatschappij aan enige vorm van genoegdoening voor naaste verwanten van gewonden die door fouten van anderen zware zorgtaken krijgen opgedrongen, dient te worden afgewogen tegen de op een algemener niveau gelegen belangen van dejurisering. En ook: is de rechtszaal de meest geschikte arena voor een debat hierover? De materie is in beweging en heeft inmiddels de aandacht van de wetgever getrokken. Die kan in beginsel de problematiek op een meer structurele manier aanpakken dan de Hoge Raad.²⁵ De Hoge Raad heeft de zaken niet zelf voor het uitzoeken. Ook op de volgorde waarin de zaken aan hem worden voorgelegd, heeft hij geen invloed. Hij moet hoppen van de ene casus naar de andere en maar hopen dat de zaken die hem bereiken de gelegenheid bieden de problematiek voldoende breed en in de kern aan te pakken. In zo'n situatie wordt het in het algemeen verstandiger gevonden als hij de wetgever niet voor de voeten loopt met uitspraken die wellicht onvermoede gevolgen hebben, dan wel een richting inslaan die deze uiteindelijk niet zal kiezen. Alleen in extreme gevallen kan de Hoge Raad dan nog iets doen. Dat is dan ook wat de afgelopen paar jaar gebeurd is. Ik refereer aan de gevallen van de man die zijn zoontje vermoordde om te verhinderen dat het na echtscheiding aan de vrouw zou worden toegewezen, aan de moeder die haar net dodelijk verongelukte kind van de straat moest oprapen (Taxibus), aan Johanna, en aan de comateuze patiënt die in een moment van helderheid immateriële schadevergoeding vorderde.²⁶ Helaas heeft de Hoge Raad het laten afweten in het geval van Joost, een baby van enkele maanden die door een medische fout een menselijk wrak werd en wiens ouders besloten de levenslange zorg zelf op zich te nemen.²⁷

Aan deze gevallen gemeten, is het lot dat mevrouw Krüter door toedoen van Wilton-Feyenoord getroffen heeft niet zo extreem dat ook daar ingrijpen

25 Al lijkt het er niet op dat dit gebeurt. Het wetsvoorstel affectieschade (Kamerstukken 28 871) getuigt als eerder gezegd niet van een brede heroriëntatie op de problematiek.

26 Achtereenvolgens HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (opzettelijke doodslag); HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Taxibus); HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna) en HR 20 september 2002, RvdW 2002, 142 (comateuze patiënt).

27 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (baby Joost).

door de Hoge Raad geboden was, hoe zeer men ook met haar kan meevoelen en begrip hebben voor de zware taak die ze heeft moeten dragen en waar ze niet om gevraagd heeft. Hoewel? Wat zou de Hoge Raad hebben beslist indien mevrouw Krüter wél particuliere, professionele hulp had ingeroepen, bijvoorbeeld voor nachtopvang, omdat zij dat zelf absoluut niet aankon en AWBZ-zorg niet beschikbaar was? Indien zij dit voldoende aannemelijk zou hebben gemaakt, zou de Hoge Raad haar dan vergoeding van die kosten onthouden hebben met het argument dat in haar omstandigheden hulp niet normaal en gebruikelijk is? Ik ben er vrij zeker van dat de kosten als directe materiële schade van Krüter zouden zijn aangemerkt en vergoed. Ook wanneer Krüter op grond van een verzekering aanspraak had kunnen maken op particuliere, professionele hulp, zou de verzekeringsmaatschappij zonder twijfel de kosten op Wilton-Feyenoord hebben kunnen verhalen. Dit wijst erop dat het criterium van de Hoge Raad dat het inroepen van professionele hulp normaal en gebruikelijk moet zijn, niet juist is.²⁸

6 De weerspannige, vierjarige ruin

In de arresten van Johanna en Krüter valt meteen bij eerste lezing op dat de echte argumenten niet genoemd zijn. Andere keren is het minder evident en wordt het pas zichtbaar bij nadere doordenking of studie. Met name stijlfiguren als aard en strekking van regels of overeenkomsten, verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid lenen zich bij uitstek voor verhullend argumenteren.²⁹ Ze verdienen een forse dosis scepsis. Hun kracht is de suggestie, niet de precieze analyse en scherpe redenering. Bij mij gaan inmiddels alarmbellen rinkelen zodra ik ze lees of ze zelf wil gebruiken. Tegelijk moet ik vaststellen dat het soms moeite kost hun verleiding te weerstaan: ze klinken vertrouwd, bieden volop ruimte voor eigen gedachten, interpretaties en overtuigingen, en ik kan ze navoelen. Ik vrees echter dat dit vooral het gevolg is van mijn in de loop van de jaren door opleiding en ervaring gevormd denkkader.

Laat ik deze ambivalentie illustreren aan de hand van het arrest inzake de weerspannige vierjarige ruin.³⁰ Scholten, vaste dierenarts voor het bedrijf

28 Ook al omdat het zelden voorkomt dat mensen dit op particuliere basis doen, gewoon omdat het voor de meeste onbetaalbaar is. Veel beter zou zijn een redelijkheidstoets op de manier als voorgesteld door C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2003-1, p. 136-137.

29 Vergelijk ook de afscheidsrede van M.M. Mendel, *Motiveren met: 'de aard van de overeenkomst' en 'de aard van de rechtsregel'?*, 2003, die ervoor pleit dat de Hoge Raad en andere rechters wanneer zij op deze manier argumenteren, uitleggen wat zij bedoelen. Een enkele keer doen ze dat al, zoals Mendel laat zien, maar meestal niet.

30 HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 (Donkers/Scholten).

van Donkers en gespecialiseerd in paarden, werd op zeker ogenblik door Donkers gevraagd zijn paarden in te enten tegen tetanus en influenza. Scholten had de dieren al vaker ingeënt en nooit problemen ontmoet. Deze keer echter ging het bij het vierde paard mis, hoewel Donkers uit voorzorg het dier al de halster had aangedaan en Scholten, merkend dat het paard erg nerveus en gespannen was, eerst de neuspraam was gaan halen. Een neuspraam is een knijper die op de (uiterst gevoelige) neus van het paard wordt geplaatst als het onrustig is, waardoor het beter in toom kan worden gehouden. Op het moment dat Scholten, met de neuspraam in de linkerhand langs zijn lichaam hangend, de drempel van de stal bereikte, steigerde het paard en trapte hem. Scholten raakte zwaar gewond en werd uiteindelijk voor 75% arbeidsongeschikt verklaard. De reactie van het paard was totaal onverwacht, ook volgens de door de rechtbank aangewezen deskundige. Die oordeelde dat Scholten met een van een dierenarts, gespecialiseerd in paarden, te verwachten bekwaamheid en voorzichtigheid te werk was gegaan.

Wie draait voor de letselschade van Scholten op? De vraag is nieuw, in de zin dat het geval nog niet eerder aan de Hoge Raad is voorgelegd en ook geen duidelijke oplossing vindt in wet, overeenkomst of literatuur. Desondanks is het juridisch kader waarbinnen de oplossing moet worden gezocht, niet moeilijk. Aan de ene kant is er de mondelinge overeenkomst tussen Scholten en Donkers, die echter bij gebreke van een wettelijke regeling of van toepasselijke algemene voorwaarden,³¹ slechts inhoudt dat Scholten tegen betaling de paarden inent. Aan de andere kant staat artikel 6:179 BW, dat de bezitter van het paard in beginsel aansprakelijk stelt voor de door het dier aangerichte schade, ook als hem zelf geen enkele blaam treft.

De vraag is hoe artikel 6:179 BW en de behandelingsovereenkomst op elkaar inwerken bij het toerekenen van het risico van letselschade. Ik formuleer de vraag met opzet zo open, omdat men al meteen voor de keuze staat waar te beginnen: met de aansprakelijkheid van Donkers ingevolge artikel 6:179 BW, die dan kan worden opzijgezet door de overeenkomst, of omgekeerd? Dat is in de kern ook het nieuwe van de casus waarover de Hoge Raad moest beslissen. De Hoge Raad laat zich echter aan het nieuwe niet veel gelegen liggen. Zonder motivering gaat hij uit van artikel 6:179 BW en oordeelt dat de behandelingsovereenkomst hieraan niet afdoet. Hij kleedt zijn beslissing in als uitleg van de overeenkomst en van de wet. Volgens hem brengen noch

31 Dierenartsen hanteren geen algemene voorwaarden. Dit betekent dat overeenkomsten tussen dierenartsen en cliënten meestal niet meer inhouden dan de afspraak om tegen betaling zekere, al of niet specifiek omschreven, diergeneeskundige handelingen te verrichten. Ik vraag mij af of in de huidige tijd niet van beroepsbeoefenaren uit hoofde van een jegens hun cliënten in acht te nemen informatie- en zorgvuldigheidsplicht mag worden verlangd dat zij algemene voorwaarden hanteren, waarin allerlei regelingen over informatie, aansprakelijkheid, betaling, klachten, verzekering en dergelijke zijn opgenomen.

de aard en strekking van de overeenkomst, noch de verkeersopvattingen mee dat in een geval als het onderhavige de dierenarts het risico van letsel moet dragen. Donkers is aansprakelijk. Maar op welke aard en strekking van de overeenkomst hij het oog heeft en aan welke verkeersopvattingen hij refereert, maakt hij niet duidelijk. Daardoor blijft verborgen wat voor hem doorslaggevend is geweest.

Elders heb ik een poging ondernomen wél inzicht te verschaffen in het wat en waarom van de beslissing in dit geval. Ik heb daarbij de vorm van het arrest van de Hoge Raad behouden, maar inhoudelijk de uitspraak geheel herschreven. Daarbij heb ik zo open en inzichtelijk mogelijk de van belang zijnde gezichtspunten besproken en tegen elkaar afgewogen. Uiteindelijk kom ik tot een andere beslissing dan de Hoge Raad. Dat was niet wat ik beoogde en ik beschouw het ook niet als wezenlijk voor verhullend argumenteren dat een andere manier van argumenteren ook tot andere oplossingen moet leiden, maar nu het eenmaal zo is, voegt het aan de vergelijking van zijn en mijn arrest vanzelfsprekend wel iets extra's toe.³²

7 De uitspraak over de weerspannige, vierjarige ruïn herschreven

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Uitspraak

in de zaak van Donkers/Scholten

...

1. Het geval dwingt de Hoge Raad tot het maken van een duidelijke keuze. Waar het op aankomt, is een gemotiveerde en beredeneerde afwijging van de in aanmerking komende belangen om de aansprakelijkheid voor de letselschade van de dierenarts in de uitoefening van zijn beroep ófwel krachtens artikel 6:179 BW in beginsel op de bezitter van het dier (Donkers) te leggen, ófwel in beginsel tot het contractuele beroepsrisico van de dierenarts (Scholten) te rekenen.

32 J.B.M. Vranken, Het paard en de dierenarts (HR 27 april 2001, NJ 2002, 54), in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment, 2003, p. 31-40. Ik citeer hieruit niet letterlijk, omdat er ook allerlei organisatorische snufjes en voorstellen in verweven zijn die in het kader van het onderwerp 'verhullend argumenteren' niet relevant zijn. Vergelijk de Inleiding in de bundel voor een uitleg over het waarom, wie, wat en hoe van het experiment. Het boek bevat nog twaalf andere herschreven uitspraken van de Hoge Raad. Vrijwel alle auteurs illustreren dat een minder verhullende manier van motiveren en redeneren zeer wel mogelijk is.

2. De Hoge Raad stelt voorop dat voor beide opvattingen verdedigbare argumenten zijn aan te voeren en dat de advocaten van partijen dit ook hebben gedaan. De Hoge Raad bespreekt beide opvattingen achtereenvolgens.

3. De aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 6:179 BW voor de door het dier veroorzaakte schade vindt haar grondslag in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat daarin ligt besloten. Vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 763 en HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 (Bardoel/-Swinkels). Dat is precies wat in dit geval blijktens de door de rechtbank onderschreven mening van de deskundige aan de hand was: het paard ging totaal onverwacht 'door het lint'.

4. Op zichzelf is het *in de verhouding tot derden* allerm minst onredelijk om het risico dat een dier schade veroorzaakt, in beginsel voor rekening te laten van de bezitter. Wanneer deze het gedrag van het dier had behoren te voorkomen, spreekt dit voor zich, maar het gaat ook op als hij er, zoals Donkers, niets aan kon doen. Dit laatste is wat de wetgever in artikel 6:179 BW heeft bepaald. De achtergrond ervan is, kort samengevat, dat iedereen weet dat dieren onberekenbaar zijn. Het risico dat ze schade veroorzaken, is dus altijd aanwezig. De bezitter heeft dit risico welbewust aanvaard, zo niet in het leven geroepen. Hij is ook degene die plezier van het dier heeft (bij huisdieren) of er de geldelijke voordelen van plukt (bij beroeps- of bedrijfsmatig ingezette dieren). Dat schept verantwoordelijkheden. Derden hebben er niet om gevraagd met de onberekenbare nukken en grillen van het dier geconfronteerd te worden, en al helemaal niet om, zonder dat ze er iets aan kunnen doen, schade te lijden of gewond te raken. In zo'n geval ligt aansprakelijkheid van de bezitter eerder in de rede dan dat de derde de schade moet accepteren als iets dat hem nu eenmaal kan overkomen.

5. Dit geldt in nog sterkere mate indien de bezitter zich op aanvaardbare voorwaarden tegen het risico van schade kan verzekeren. Een belangrijk winstpunt van deze risicoverdeling is dat de benadeelde vrijwel meteen weet wie hij moet aanspreken en dat hij, dit doende, geen moeizame discussie hoeft te voeren over de vraag of de bezitter het gedrag van het dier had kunnen of behoren te verhinderen.

6. Door middel van een vergelijking van de voorwaarden van de meest gebruikte aansprakelijkheidsverzekeringen heeft de Hoge Raad kunnen vaststellen dat sinds enige tijd Aansprakelijkheidsverzekeringen voor

Particulieren de schade dekken die huisdieren aan derden berokkenen. De Aansprakelijkheidsverzekeringen voor Bedrijven deden dit al langer ten aanzien van dieren die bij de uitoefening van een beroep of bedrijf worden gebruikt. Voor beide verzekeringen geldt wel de eis dat de bezitter van het dier jegens de derde civielrechtelijk aansprakelijk is. Of aan die eis voldaan is in gevallen als de onderhavige waarin de dierenarts gewond raakte tijdens een veterinaire behandeling, is juist de vraag die beslist moet worden.

7. Hieromtrent overweegt de Hoge Raad als volgt. Een dierenarts is niet een willekeurige derde die toevallig en ongevraagd met de nukken en grillen van dieren van anderen wordt geconfronteerd. Het is zijn beroep om met ze om te gaan. In zekere zin zoekt hij ze op. Hij verdient er zijn levensonderhoud mee. Op basis van een afspraak met de bezitter onderzoekt hij de dieren, gaat na wat aan de hand is en behandelt ze, indien dat nodig mocht blijken. Dat hij de dieren daarbij soms opzettelijk pijn moet doen, is onvermijdelijk, maar als geen ander behoort hij de extra risico's te kennen die hieraan in de sfeer van onberekenbaar gedrag zijn verbonden. Dieren reageren instinctief op wat ze aanvoelen als een gevaar of bedreiging. Maar wat ze op zeker ogenblik aanvoelen als een gevaar of bedreiging, is voor mensen niet altijd te voorspellen. In het onderhavige geval zijn er veel elementen die de onberekenbare reactie van het paard hebben kunnen uitlokken: halster, neuspraam, inentingsspuiten, het gedrag van de andere paarden die al ingeënt waren, spanning in de stal, een mogelijke herkenning van de situatie in verband met eerdere inenting en dergelijke meer. Ook al is Scholten geheel conform de van hem te vereisen bekwaamheid en voorzichtigheid te werk gegaan, hij weet dat dieren desondanks volledig uit de band kunnen springen. Het zijn de risico's die tot zijn beroep behoren. Sterker: bij de uitoefening van zijn beroep versterkt hij dit risico van onberekenbaar gedrag van dieren nog.

8. Het voorgaande wil niet zeggen dat de dierenarts alle tijdens de veterinaire behandeling van het dier veroorzaakte schade moet dragen, zoals zaaksschade of letsel aan derden (dat wil zeggen anderen dan bezitter en dierenarts). Dat zou alleen te rechtvaardigen zijn als de arts een fout heeft gemaakt en het dier als gevolg daarvan de schade heeft veroorzaakt. Dan wordt de schade gedekt door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering, welke verzekering door de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde verplicht is gesteld voor alle zelfstandig gevestigde dierenartsen. In het geval dat hier aan de orde is, heeft de dierenarts echter geen fout gemaakt. Dan dekt zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering de schade van derden niet. In de verhouding tot derden is het dan het meest

aanvaardbaar dat de bezitter van het dier aansprakelijk is, ook al heeft deze evenmin een fout gemaakt. Een ander standpunt zou dierenartsen met hoge en mogelijk onverzekerbare risico's opzadelen, waarvan de consequentie zou kunnen zijn dat de zorg voor dieren in gevaar komt, hetzij omdat het beroep van dierenarts financieel te belastend wordt, hetzij omdat dierenartsen bepaalde veterinaire behandelingen niet meer zullen verrichten of nog slechts onder zeer beperkende voorwaarden. Mede in aanmerking genomen dat de door de bezitter van het dier gesloten Aansprakelijkheidsverzekering, zowel voor Particulieren als voor Bedrijven, zo'n geval onder de normale dekking brengt, acht de Hoge Raad het niet nodig het risico van deze mogelijke, verreikende consequentie voor de zorg voor dieren, te lopen: niet de dierenarts, maar de bezitter is dan jegens derden aansprakelijk.

9. In de *verhouding tussen de bezitter en de dierenarts* ligt dit naar het oordeel van de Hoge Raad anders. Wanneer het dier de arts tijdens de veterinaire behandeling schade toebrengt, zonder dat de arts een fout heeft gemaakt, is dit een schade die op grond van het onder 7 gestelde tot het beroepsrisico van de arts behoort en in beginsel door hem zelf gedragen moet worden. De dierenarts kan zich tegen dit risico verzekeren, zowel voor de ziektekosten als voor de arbeidsongeschiktheid en het daaruit voortvloeiende verlies aan inkomen. Dat gebeurt ook. Het sluiten van een deugdelijke verzekering tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid behoort tot de verplichtingen die de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde aan zelfstandig gevestigde dierenartsen oplegt. Dierenartsen in loondienst kunnen een beroep doen op de sociale verzekeringen en zich desgewenst, net als ieder ander, particulier aanvullend verzekeren.

10. Het voorgaande leidt tot de regel dat een dierenarts in beginsel zelf de schade dient te dragen die het dier hem toebrengt tijdens een veterinaire behandeling, indien noch hij, noch de bezitter, noch één van degenen voor wie zij verantwoordelijk zijn, een toerekenbare fout heeft gemaakt. Op basis van de gegevens waarover de Hoge Raad nu beschikt, behoeft niet gevreesd te worden voor onverzekerbaarheid van het beroep. Daarvoor is het aantal keren dat een dierenarts zo zwaar gewond raakt als Scholten in het onderhavige geval, vermoedelijk te gering. Precieze cijfers ontbreken, maar het beroep van dierenarts staat in de publieke opinie niet bekend als opvallend gevaarlijk. Wel komen met enige regelmaat lichtere verwondingen voor, maar die leiden niet of nauwelijks tot inkomensverlies, slechts tot medische behandelkosten. De omvang hiervan lijkt niet veel groter dan bij andere beroepen waarin de aard van het werk risico's van (letsel)schade in zich bergt.

11. De regel lijdt uitzondering, wanneer het dier abnormaal gevaarlijk of onberekenbaar is en de bezitter dit wist, maar het niet heeft gemeld aan de arts (en deze daarvan ook anderszins niet op de hoogte was of behoorde te zijn). In het onderhavige geval zijn partijen het erover eens dat van abnormaliteit geen sprake was.

12. De Hoge Raad realiseert zich dat de onder 10 gehanteerde term 'tijdens de veterinaire behandeling' in concrete gevallen interpretatieproblemen kan opleveren. Daarom stelt hij als vuistregel vast dat beslissend is het moment waarop de bezitter het dier tijdelijk aan de arts toevertrouwt en hem de leiding geeft over wat er met het dier gebeurt. Niet relevant is of de bezitter zelf bij de behandeling aanwezig is of er actief bij betrokken is, bijvoorbeeld door het dier vast te houden. Of de behandeling in de kliniek of praktijk van de dierenarts plaatsvindt, dan wel bij de bezitter thuis, is slechts in zoverre van betekenis dat bij een behandeling in de kliniek of praktijk het dier vrijwel zeker als aan de arts toevertrouwd zal hebben te gelden.

13. Met deze uitspraak geeft de Hoge Raad invulling aan een passage in de parlementaire geschiedenis over de beoordeling van gevallen als de onderhavige. 'Indien een dier tijdelijk aan iemand is toevertrouwd – bij voorbeeld een ruiter, jockey, dompteur, hoefsmid, dierenarts – en het dier aan die persoon schade toebrengt, moet in de eerste plaats worden nagegaan in hoeverre in de overeenkomst besloten lag een acceptatie van het risico dat door de schadetoebrenging verwezenlijkt is.' (Parl. Gesch. boek 6, p. 765) De Hoge Raad is van oordeel dat de eventuele risicoacceptatie door de dierenarts niet per individueel geval gezien kan worden. Het is niet reëel te veronderstellen dat de bezitter van een dier die een dierenarts inschakelt, tevoren gaat onderhandelen over de civiele aansprakelijkheid voor het geval het dier de arts verwondt of zaakschade berokkent zonder dat de arts (of de bezitter) een fout maakt. Natuurlijk zullen, wanneer partijen in een concreet geval wél afspraken hebben gemaakt, deze geldig zijn, voorzover ze blijven binnen de grenzen van wet en recht, maar de rechtsvraag dient naar het oordeel van de Hoge Raad op een algemener niveau te worden beslist.³³ Hierbij zijn verwijzingen naar 'aard en strekking van de overeen-

33 In HR 25 oktober 2002, RvdW 2002, 172 (Bunink/Manege Nieuw Amstelland) was opnieuw een geval aan de orde over de verhouding van art. 6:179 BW en een overeenkomst (over paardrijles, gesloten tussen een particulier en een manege). Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een deel van de schade die door het onberekenbaar gedrag van het paard tijdens de rijles was toegebracht aan degene die rijles had, in het algemeen voor diens eigen rekening kwam op grond van aard en strekking van de overeenkomst. Maar in welke mate dit gebeurt, hangt af van aard en inhoud van de overeenkomst en de overige omstandigheden van het geval. De eerste regel vind ik juist, maar daaraan wordt afbreuk gedaan door de tweede regel.

komst' en naar 'de verkeersopvattingen' even juist als nietszeggend, zo lang ze niet steunen op een openlijke afweging van in aanmerking komende belangen bij het vaststellen van reële en aanvaardbare risicoverdeling. Dat is wat de Hoge Raad in het voorgaande heeft geprobeerd.

14. De Hoge Raad heeft voor zijn beslissing inspiratie geput uit de, overigens schaarse en tegengestelde, rechtspraak en literatuur in andere landen waarin de kwestie al eerder is beslist. In Frankrijk en Duitsland is de bezitter van het dier aansprakelijk gesteld (Dalloz 2002, art. 1385, aant. 5, p. 1215, met verwijzingen naar rechtspraak, respectievelijk Palandt 1998, par. 833, Rd. 2 en BGH 28 mei 1968, NJW 1968, p. 1932-1933). In België hebben het Hof van Beroep te Gent in een uitspraak van 26 april 1995, RW 1996-1997, p. 1406-1407, en de rechtbank Brussel 11 april 1997, TBBR 1999, 643, de arts aansprakelijk gehouden voor zijn eigen schade. Dit is ook gebeurd in Engeland (Wallace v. Newton, [1982] 2 All ER, p. 106-111) en door de Courts of Appeals in Louisiana en South Carolina in de Verenigde Staten (Bowen v. Skillman, 3 april 1996, respectievelijk Henry v. Lewis 2 juni 1997, te vinden op <www.law.utexas.edu/dawson/cases/ground>, voor het laatst geraadpleegd op 27 juni 2002).

15. De vordering van Scholten tot vergoeding van de materiële en immateriële schade wordt afgewezen.

8 I keep six honest serving-men

Ik citeer de eerste strofe van een gedicht van Rudyard Kipling:

'I keep six honest serving-men
(They taught me all I knew);
Their names are What and Why and When
And How and Where and Who.
I send them over land and sea,
I send them East and West;
But after they have worked for me
I give them all a rest.'

De gebruikelijke uitleg van dit gedicht is volgens Jolowicz,³⁴ 'Don't ask too many questions'. Daar lijkt het in het recht ook vaak op. Met name vragen naar het wat en waarom schieten er bij in of worden afgedaan zoals in Johanna, Krüter en de weerspannige ruïn.

34 J.A. Jolowicz, On Civil Procedure, 2000, p. 1, bij wie ik dit gedicht geciteerd zag.

9 Het niet-vermelden van de achterliggende overwegingen en keuzen

Waarom is dit? Wat steekt er achter de houding om net te doen alsof men regels, overeenkomsten en precedentes uitlegt, ook wanneer dit geen inzicht verschaft of wanneer (over)duidelijk is dat in werkelijkheid de beslissing gedragen wordt door andere overwegingen en keuzen? Laat ik vooropstellen dat de houding niet specifiek is voor de rechtspraak, maar kenmerkend is voor alle omgang met het burgerlijk recht. Ook in de literatuur zijn er veel voorbeelden van te vinden. Het heeft alleen geen zin ze hier op te voeren, omdat ze, behoudens details, niets toevoegen aan het beeld van verhullend argumenteren waar het mij in dit hoofdstuk om gaat. Instructiever lijkt mij om enkele uitzonderingen op het algemene beeld te noemen. Zo lees ik in een beschouwing over de vraag of een stuwadoor zijn met de wederpartij (vervoerder) overeengekomen exoneratiebeding mag tegenwerpen aan een derde, die geen partij is bij het contract (te weten de eigenaar van de vervoerde goederen), de opmerking dat het antwoord uiteindelijk ervan afhangt hoeveel bescherming men wil van enerzijds de stuwadoor en anderzijds de derde. Dat is een rechtspolitieke keuze die mede gedragen wordt door andere overwegingen dan die welke tot nu toe in rechtspraak en literatuur gebruikelijk zijn: de vrije hand laten, bijzonder intensieve band en het stelsel van de wet.³⁵ Hetzelfde geldt in feite voor het aansprakelijkheidsrecht als geheel: wens en waarom of waarom niet? Discussies over de omkeringsregel, over relativiteit, causaliteit, bijzondere zorgplichten, en dergelijke hebben deze vraag naar de wenselijkheid van aansprakelijkheid als achtergrond. De vraag wordt echter zelden openlijk gesteld, ook niet naderhand bij wijze van reflectie. Interessante testcases in de nabije toekomst vormen de aansprakelijkstellingen van de gemeenten Enschede en Volendam wegens tekortschieten in hun taakvervulling, waardoor de rampzalige ontploffing respectievelijk brand mogelijk (mede) zijn veroorzaakt. In welke termen zal het debat hierover worden gevoerd?

De idee van toerekeningsfactoren en rechtspolitieke keuzen geldt ook voor het overeenkomstenrecht. Wanneer gebondenheid ontstaat, in welke gevallen en met welke inhoud wordt het naar heersende opvatting in verband

35 C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), 1999, p. 337 (noot 851 waar hij instemmend C.H.J. Brunner aanhaalt). Dat is iets geheel anders dan het criterium dat hij aan het begin van het hoofdstuk over doorwerking van bedingen (p. 309) formuleerde: doorwerking moet haar grondslag vinden in een rechtsbetrekking tussen partij en derde, waarin omstandigheden zijn aan te wijzen die, mede in het licht van het autonomie- en vertrouwensbeginsel, het beroep op de relativiteit van de contractswerking ontnemen.

gebracht met partijautonomie, contractsvrijheid, wil en vertrouwen. Ik meen dat er iets anders aan de hand is en dat de vraag of een overeenkomst omtrent bijvoorbeeld draagmoederschap rechtens bindend is en waartoe ze verplicht, in hoofdzaak berust op een waardering van morele overtuigingen, sociaal-psychologische gegevens, fundamentele beginselen, economische gevolgen, praktische overwegingen en aan het bestaande stelsel van het (overeenkomsten)recht ontleende gezichtspunten over wat een samenleving op zeker ogenblik bereid is te accepteren of aan betrokkenen wenst op te leggen.³⁶

Ik beschouw het niet-vermelden van de echte, achterliggende overwegingen en keuzen als een derde³⁷ kenmerk van argumenteren in het burgerlijk recht, zowel in de rechtspraak als in de literatuur. Wel is de rechtspraak in zoverre bijzonder dat wanneer eenzelfde redenering als bijvoorbeeld in het Johanna-arrest zou zijn opgezet in een wetenschappelijk artikel, daaraan weinig tot geen overtuigingskracht zou zijn toegekend. Hooguit zouden de lezers het beoogde resultaat sympathiek hebben kunnen vinden. Nu de Hoge Raad het doet, is er een nieuwe norm geschapen, waarop in toekomstige, vergelijkbare gevallen een beroep zal worden gedaan. Beter: gegeven de in de nieuwe norm ingebouwde beperkingen en grenzen, bepalen deze het debat in toekomstige gevallen. Er wordt voortaan over de uitleg en de reikwijdte van Johanna gediscussieerd, niet meer over de problematiek ten gronde. Het Krüter-arrest vormt van deze gang van zaken een treffende illustratie. Zowel de advocaat-generaal als de Hoge Raad plaatsen het geval, zonder nadere toelichting, meteen en uitsluitend³⁸ in de sleutel van de in Johanna gemaakte keuze.³⁹ Daarin was sprake van een extreme situatie, bij Krüter niet. Zonder dat het met zoveel woorden gezegd wordt, blijkt deze omstandigheid doorslaggevend te zijn voor de uitkomst.

36 Dit is echter allerminst gemeengoed. Ik heb er, onder de titel *Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht*, over geschreven in J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Benita Nieskens-bundel), 2000, p. 145-155.

37 Ieder onderwerp, genoemd in de inleiding, heb ik als kenmerkend voor de omgang met het burgerlijk recht aangemerkt. Het onderwerp *Verhullend argumenteren* was het derde in het preadvies. Vandaar.

38 Voor de goede lezer: niet helemaal, want de Hoge Raad toetst in rechtsoverweging 3.4 de door de rechtbank aangelegde maatstaf en oordeelt deze, 'ook' in het licht van Johanna, niet onjuist. Het 'ook' wijst erop dat ook los van de maatstaf van Johanna de beslissing niet onjuist is. Op welke andere maatstaf hij hierbij het oog heeft, blijft verborgen.

39 Zie behalve het Krüter-arrest van HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 ook al HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (baby Joost). In die, deels met Johanna vergelijkbare zaak, vorderden de ouders (im)materiële schadevergoeding. Tevergeefs, maar ze werden door advocaat-generaal Langemeijer en annotator Bloembergen 'getroost' met de opmerking dat ze op basis van het Johanna-arrest toch recht hadden op een (beperkte) vergoeding voor de verzorgingstijd, zij het als schade van het kind. Die bestreek echter slechts een zeer klein deel van hun werkelijke materiële en immateriële schade.

Ik vraag mij af wat er gebeurd zou zijn als beide zaken in omgekeerde volgorde aan de Hoge Raad waren voorgelegd.⁴⁰ Hoe zou dan de beslissing in Krüter hebben geluid en hoe zou die hebben doorgewerkt in Johanna? Ik ben er vrij zeker van dat dan een eventuele vergoeding voor de ouders van Johanna geheel anders zou zijn gemotiveerd. De drievoudige abstractie, zoals nu als noodgreep is gebruikt, zou achterwege hebben kunnen blijven. Nog scherper zou de problematiek aan de orde zijn gekomen indien Krüter als eerste was geweest en indien mevrouw Krüter daadwerkelijk hulp had ingeschakeld, omdat ze de verzorging zelf niet aankon. Gesteld dat haar vordering tot vergoeding van de kosten van deze hulp zou zijn toegewezen – en daarvan ben ik vrij zeker⁴¹ –, langs welke lijnen en aan de hand van welke gezichtspunten zou dan zijn geargumenteed in het Johanna-arrest en in de literatuur?

10 Vier redenen

Terug naar het waarom. In een civil law-stelsel als het Nederlandse zie ik vier samenhangende redenen waarom argumenten zo veel mogelijk gepresenteerd worden als het resultaat van uitleg van regels, precedënten en overeenkomsten. De eerste is het regelkarakter van het recht. Object van studie en grondslag van het handelen in het recht is niet de feitelijke, maatschappelijke werkelijkheid, maar het hierop betrekking hebbende regelbestand.⁴² Regels doen meer dan zo maar iets 'in goede banen leiden'. Regels in het burgerlijk recht zijn de uitdrukking van wat voor mij de meest elementaire notie van recht is, te weten dat het niet gericht is op eenmaligheid, maar op herhaalbaarheid in gelijke gevallen. Oplossingen van casus en problemen moeten zich derhalve lenen voor veralgemening. Al het andere dat in dit verband wordt genoemd, zoals ordening, vertrouwen, zekerheid en bescherming, is volgens mij hiervan afgeleid.

De tweede reden voor de nadruk op uitleg, is dat in civil law-stelsels het burgerlijk recht qua structuur en inhoudelijk meestal vérgaand is gecodificeerd. De wetgever heeft op dit terrein het primaat. Codificatie is in

40 Op het belang van de volgorde waarin zaken aan de rechter worden voorgelegd en de rechter dus van casus naar casus moet hoppen, heb ik hierboven in de paragraaf over De echte argumenten al gewezen. In dit geval wordt dit belang nog versterkt doordat in Krüter op basis van de maatstaf van art. 6:107 moest worden geoordeeld, waarvan ik mij afvraag of die op dezelfde manier zou zijn ingevuld als de maatstaf die in Johanna is ontwikkeld. (en vervolgens, zonder op het verschil te letten, in Krüter is overgenomen, waardoor ook in Krüter niet aan art. 6:107 is getoetst).

41 Hierboven in de paragraaf over De echte argumenten, slot.

42 Vergelijk T. Koopmans, *Conserverende en activerende rechtsbegrippen*, 1972, opgenomen in T. Koopmans, *Juridisch stippeelwerk*, 1991, p. 166-172 (166). Onder regels versta ik ook precedënten.

Nederland zelfs grondwettelijk voorgeschreven (art. 107 GW). Hoewel de voorrangspositie van de wetgever inmiddels aan betekenis heeft ingeboet door de brede erkenning van de onmisbaarheid van rechterlijke rechtsvorming,⁴³ en door het dulden van soft law,⁴⁴ worden juristen nog steeds opgeleid in de structuur van het wetboek. Ze moeten leren te vinden waar 'iets staat'. Van daaruit beginnen ze te redeneren, waarbij ze de uitwerkingen en ontwikkelingen die in rechtspraak en literatuur hebben plaatsgevonden, dienen mee te nemen.

Dit brengt mij op de derde reden: de historische oriëntatie waar ik in het vorige hoofdstuk over heb geschreven. In een codificatie en ook in wetten is al veel voorwerk verricht doordat de wetgever de (toen) relevante gezichtspunten en de voor- en nadelen van een bepaalde keuze heeft afgewogen. De civil law-jurist die daarna met een bepaald geschil of probleem wordt geconfronteerd, sluit daarop aan. Naar gangbare opvatting móét hij dat ook doen. Common law is in aanzet⁴⁵ anders. Markesinis heeft het verschil beeldend verwoord aan de hand van het voorbeeld van de 'pure economic loss' in Duitsland en Engeland, dit is zuivere vermogensschade, niet zaak- en letschade.

'Paragraph 823 I BGB has thus told him that pure economic loss is not included among the list of protected interests. The German judge thus does not have to search for wider – we could call them policy – reasons 'of principle' that will lead him, as they lead his English counterpart, to

43 Omslagpunt is HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (stierkalf). Meer daarover onder meer in R.J.P. Kottenhagen, Van precedent tot precedent, 1986, p. 12-50. Over gronden en grenzen van rechterlijke rechtsvorming recent onder meer P. Rijkema, *Rechttersrecht*, 2001; Erik-Jan Broers & Bart van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, 2001; J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnestebuiten. Verslag van een experiment*, 2003.

44 Dit onderwerp staat nog niet prominent op de agenda van privaatrechtjuristen, maar dat duurt niet lang meer, verwacht ik. Bij soft law gaat het dus om private regelgeving naast of als een alternatief voor wetgeving.

45 In aanzet, want in de praktijk zijn de tegenstellingen minder groot. Zie met name Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historische Grundlagen* (2 dln.), 2001, p. 1295-1334 (Ergebnis). Vergelijk voorts onder meer Ernst A. Kramer, *Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode*, en James Gordley, *Legal Reasoning. Some Parallels in Common Law and Civil Law*, beide gepubliceerd in: Heinz-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier & Rolf Sethe (Hrsg.), *Unterschiedliche Rechtskulturen. Konvergenz des Rechtsdenkens; Different Legal Cultures. Convergence of Legal Reasoning*, 2001, p. 31-47 respectievelijk p. 63-74; E.H. Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, Mededelingen van de afdeling Letterkunde KNAW, Nieuwe reeks, deel 64 no. 4, 2001, p. 11-13 en p. 32-39 over onder meer de wetsgeschiedenis als bron van argumenten die in Engeland pas sinds kort op beperkte wijze is toegelaten. Voor een krachtig tegengeluid onder meer Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture*, 1999. Hij acht de verschillen tussen common law en civil law, kort gezegd, onoverbrugbaar.

the conclusion to 'strike out a claim' for pure economic loss. The wider issues of floodgates, insurability, and the like will thus not be invoked (or even hinted at) in the German judgment whereas they will play a major part in the Common law counterpart.'

En even verder:

'The result of all this is that much of what appears in the English judicial opinion will not figure (and does not have to figure) in the comparable German judgment. But this does not mean that the issues that have occupied the English judges have escaped the attention of their German legal establishment; it only means that consideration of some of those issues might have taken place in a different forum and must be searched for in a different text',

te weten in de parlementaire stukken en in de literatuur.⁴⁶

Hetzelfde geldt voor de meeste civil law-landen. Eva Steiner schrijft dat naar gangbare opvattingen in Frankrijk casus dienen te worden beslist aan de hand van regels. De aan de regels ten grondslag liggende overwegingen en keuzen (policies) behoren tot het domein van de wetgever. Ze worden vermeld in het "exposé des motifs" en maken deel uit van de 'travaux préparatoires'. Weliswaar neemt de rechter hiervan kennis, mede aan de hand van wat er in de literatuur over is geschreven, maar in zijn uitspraak verantwoordt hij niet hoe hij ze heeft meegewogen. Hierin is een deel van de verklaring gelegen waarom de Franse Cour de Cassation volgens Steiner gemiddeld niet meer dan dertig regels nodig heeft voor de schriftelijke weerslag van zijn beslissing, zelfs in hoogst belangrijke zaken waar buitenlandse colleges vele, vele bladzijden aan wijden.⁴⁷

De civil law-jurist die teruggrijpt op een regel of een precedent dient deze wel te actualiseren, bijvoorbeeld met het oog op een onvoorziene situatie of als gevolg van veranderde maatschappelijke opvattingen. Actualiseren is echter, als eerder gezegd, vaak springen met lemen voeten. De regel en het precedent staan voorop. Zij zijn het vertrekpunt. Ik denk dat, hoe men het

46 Basil Markesinis, *Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany*, Cambridge Law Journal 2000, p. 294-309 (298-299). Markesinis trekt hieruit de conclusie dat de Duitse rechtspraak deductiever is, althans deductiever oogt dan de Engelse.

47 Eva Steiner, *French Legal Method*, 2002, p. 164-171. Over België onder meer Boudewijn Bouckaert, *Hoe gemotiveerd is Cassatie?*, Thorbecke-colleges, 1997. De Casebooks on the Common Law of Europe van het Ius Commune-project onder leiding van Walter van Gerven geven delen van uitspraken van de hoogste rechterlijke colleges weer. De Franse kunnen daarbij soms vrijwel volledig worden geciteerd.

wendt of keert, hiervan een sterke druk uitgaat om argumenten te ontlenen aan c.q. te duiden in termen van uitleg van regels of precedenten. Een sterke druk: het kan anders. Men kan de druk weerstaan en dat gebeurt ook. Er zijn tientallen voorbeelden waarin openlijk nieuwe leerstukken zijn gecreëerd of tot dan nog niet erkende belangen zijn beschermd, in één keer of stapje voor stapje. Toch lijkt mij dat de neiging om actualisering en vernieuwing te presenteren als het resultaat van uitleg, niet vreemd is aan een omgang met het burgerlijk recht die de regel en het precedent zo centraal stelt als in de meeste civil law-landen en in ieder geval in Nederland gebeurt. De vrijere houding van de afgelopen decennia in Nederland tegenover regels en precedenten heeft hierin geen wijziging gebracht. De Hoge Raad is tegenwoordig zelfs nog uitgesprokener. Vaker dan ooit begint hij zijn rechtsoverwegingen met de zinsnede: bij de beoordeling van het cassatiemiddel moet het volgende worden vooropgesteld, waarna een leerstellige uiteenzetting volgt over de betekenis en reikwijdte van de voor het concrete geval toepasselijk geachte regels en precedenten. Dit is in de plaats gekomen van een vooral wetshistorische oriëntatie die betrekkelijk kort geleden nog de overhand had, tot verdriet van sommigen.⁴⁸

Een vierde en laatste hier te vermelden reden waarom in het burgerlijk recht argumenten bij voorkeur worden herleid tot uitleg, is dat op deze manier nieuwe oplossingen gemakkelijker in het systeem kunnen worden ingepast. De drang om dit te doen vloeit voort uit het regelkarakter van het recht, hierboven omschreven als de eis van herhaalbaarheid en veralgemening. Een beslissing waarin bijvoorbeeld voor het eerst een beroep op een rechtsregel of contractsbepaling wordt afgewezen, is in ons recht eerder herhaalbaar als ze gegrond wordt op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid dan op 'unclean hands'. 'Unclean hands' is, vind ik, scherper en ook sprekender dan redelijkheid en billijkheid, maar het is (nog) geen als zodanig erkend gezichtspunt.⁴⁹ Bekende voorbeelden waarin deze keuze speelde, zijn de gevallen over de vraag of een vordering al verjaard kan zijn voordat de betrokkene ze geldend kan maken als gevolg van omstandigheden die kunnen worden toegerekend aan de debiteur: seksueel misbruik of kindermishandeling die zodanig traumatiserende gevolgen hebben dat het slachtoffer niet in staat is om binnen de verjaringstermijn er zelfs maar

48 Zie onder meer H.C.F. Schoordijk, De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context, Mededeling van de afdeling Letterkunde KNAW, Nieuwe reeks, deel 66 no. 2, 2003, p. 14-25, die verdedigt dat de nadruk op de wetshistorie de ontwikkeling van het privaatrecht in Nederland tot aan de jaren zeventig van de vorige eeuw ernstig heeft vertraagd.

49 Voor een poging het onderwerp 'unclean hands' te plaatsen, verwijst ik naar M.J. van Laarhoven, Unclean hands in the Netherlands. Enige opmerkingen over de betekenis van 'unclean hands' in het Nederlandse privaatrecht, in: Barendrecht, Chao-Duivis & Vermeulen (red.), Beginselen van contractenrecht, p. 59-74.

over te praten.⁵⁰ In beide zaken is geargumenteed op basis van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid die het inroepen van de verjaring door de debiteur verhinderde, en niet op basis van ‘unclean hands’. Misschien dat mede hierdoor de Hoge Raad een jaar later dezelfde grondslag in afwijking van betrekkelijk recente rechtspraak, kon uitbreiden naar gevallen waarin geen sprake was van onfatsoenlijk gedrag van de debiteur, maar waarin de vordering pas bekend werd nadat de verjaringstermijn al verstreken was.⁵¹ Zou in de seksueel misbruik- en kindermishandelingsarresten gebruik zijn gemaakt van ‘unclean hands’, dan had deze uitbreiding niet gekund en had de Hoge Raad om hetzelfde resultaat te bereiken, een nieuwe weg moeten ontwikkelen. Uit een oogpunt van systematiek is dit minder aantrekkelijk, omdat dan de afbakeningsvraag rijst welke grondslag voor welke typen gevallen geldt, of ze inhoudelijk verschillen en indien ja, of dit verschil gerechtvaardigd is, en indien neen, waarom dan twee grondslagen nodig zijn. Hier staat tegenover dat op deze manier de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid als een soort stofzuiger wordt gebruikt voor zeer uiteenlopende situaties, met het risico dat ze vervalt tot nietszeggende algemeenheden. Op uitdagende wijze heeft Hesselink betoogd dat dit risico in een aantal civil law-landen, waaronder Duitsland en Nederland, zich al heeft verwezenlijkt.⁵² In een recente Franse dissertatie zijn soortgelijke geluiden te horen over de neiging in de Franse doctrine het gehele contractenrecht te duiden in termen van redelijkheid en billijkheid. ‘En réalité, la bonne foi peut servir à justifier toute règle de droit des contrats [...]. Cette attitude doit être évitée car elle contribue principalement à la confusion de toutes ses règles et à un amalgame abusive.’

Summary

Disguised reasoning in liability law

If it is true that ‘lawyers, like artists, tend to become prisoners of their own creations’ (E. de Bono), we are well-advised to investigate ‘the legal frame of mind’ producing these creations. How and why is it that specific, indeed reductive, biases, presuppositions, arguments and approaches take effect in legal training as well as in practice, often at the cost of socio-political accessibility and acceptability? What strategy enables us to detect their disguises

50 HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15; HR 9 september 2000, NJ 2001, 2 en HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558 (seksueel misbruik); HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16 (kindermishandeling).

51 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431 (mesothelioom); HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (Vellekoop/Wilton Feyenoord).

52 M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), 1999.

and by what method can we develop alternatives? This paper, which is part of a much larger argument to be presented in a monograph, first analyses three cases of liability for personal injury in Dutch law. It explains the silent choices in the Hoge Raad's judicial reasoning by pointing to some politico-legal concerns. In one case, it experiments with an alternative reasoning acknowledging these concerns, to find that it leads to a different decision. Secondly, I adopt the wider perspective of liability law in general (both tort and contract). Here, again, the received doctrines of relativity, causality and negligence, or the equally dominant principles of autonomy, reliance and reasonable expectations, are so many disguises of the moral values, the socio-psychological data, and the out of court consequences which a particular society is willing to accept or not. The sheer fact that cases present themselves to the judiciary in a certain, utterly contingent, temporal order, makes their scope very much a matter of choice. Thirdly, I discuss four reasons why legal argumentation is so evasive and reductive, and why it hangs on to statutes, precedents, doctrines, principles and contractual obligations in order to retrieve something called their legal meaning: (a) the rule character of the civil law generally; (b) the paradigm of codification as the apex of legal certainty; (c) the alleged continuity of the system over time; (d) the claim to infinite expansibility, adaptability and universalisability.