

Beste lezer,

Deze bijdrage is de negende in de serie waarvoor onze in 2013 overleden hoofdredacteur prof. mr. Niels Frenk begin 2013 het initiatief nam. De bedoeling van deze dissertatiereeks is om auteurs de gelegenheid te geven hun proefschrift nog eens onder de loep te nemen en te reflecteren op de veranderingen in de rechtsontwikkeling en (mogelijk) in de eigen gedachten. Vanzelfsprekend gaan alle dissertaties over een onderwerp op het gebied van verkeers-

recht, aansprakelijkheid, schade of verzekering. In deze negende aflevering blikte Carla Sieburgh terug op haar proefschrift *Toerekening van een onrechtmatige daad* (Deventer: Kluwer 2000) dat zij op 29 juni 2000 aan de Rijksuniversiteit Groningen verdedigde. Haar promotor was prof. mr. C.J.H. Brunner.

De redactie wenst u veel leesplezier.

125 Toerekening van een onrechtmatige daad¹⁾

Prof. mr. drs. Carla Sieburgh *

Opmaat

Ik weet nog wat ik dacht toen ik eenmaal aan de lege tafel zat die het bureau was van de werkkamer die ik als onderzoeker in opleiding had gekregen: ‘op een dag begin je en op een dag ben je klaar.’ Mijn blik was gericht op de kruin van de boom waarop mijn kamer uitzicht verschafte. Bij het moment dat het proefschrift klaar zou zijn had ik een beeld: een even lege tafel waarop een dichtgeklapte foliomap ligt met daarin een manuscript.

Het heeft onmiskenbaar iets wonderlijks om 15 jaar na de afronding van een proefschrift daarop in geschrift terug te blikken. Als het goed is hebben onderzoeker, lezer en onderwerp niet stilgehouden. Maar al schrijvende en bovenal denkende aan de periode 1995-2000 merkte ik dat het leuk is om te kruipen in de huid van de onderzoeker die schoorvoetend begon aan haar onderzoek. Toen ik in juni 1995 in dienst trad als promovenda, was het twee jaar geleden dat ik afstudeerde in het recht. In de tussentijd had ik de co-schappen voor mijn studie Geneeskunde afgerond en was ik basisarts. Mijn promotor Chris Brunner gaf mij het Asser deel 4-III (negende druk, 1994), waarin door Hartkamp de verbintenis uit de wet werd behandeld. Brunner gaf het advies dat boek maar eens te lezen. De lege tafel was met alleen zo’n blauwlinnen band naar de thans voor mij geldende standaard nog steeds leeg. Van arbeidsrechtswege kreeg ik een mailadres – mijn eerste. Dertien dagen na indiensttreding vond een bespreking plaats met Chris Brunner en dagelijks begeleider Fokko Oldenhuis. Hetgeen toen werd besproken, werd door Brunner genotuleerd in de vorm van een handgeschreven opzet van het onderzoek van twee vellen A4. “13.6.95 Carla S. zal beginnen met I - inleidende uiteenzetting over onrechtmatigheid en toerekening naar Nieuw BW (...)”. Mijn eigen gespreksnotities tellen tien pagina’s handgeschreven A4.

* Hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder de Europeesrechtelijke aspecten hiervan, Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Toerekening van een onrechtmatige daad, proefschrift ter verkrijging van het doctoraat in de rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen, verdedigd op 29 juni 2000 om 16.00 uur (cum laude). Promotor: prof. mr. C.J.H. Brunner, referent: mr. F.T. Oldenhuis. Beoordelingscommissie: prof. dr. W. van Gerven, prof. mr. A.S. Hartkamp, prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. J.H.A. Lokin, prof. mr. J.H. Nieuwenhuis. Het proefschrift is gerecenseerd door: C.C. van Dam, VR 2001, p. 71-74; W.H. van Boom, WPNR 6441 (2001), p. 335-341; C.E. Du Perron, RM Themis 2001, p. 226-228; B. De Temmerman, Rechtskundig Weekblad 2002, p. 1192.

Totstandkoming proefschrift en kern van het betoog

Toen ik aan mijn proefschrift begon, had ik geen enkel beeld van het na te streven resultaat. Dat ik zou nadenken over de drie jaar daarvoor in het Nieuw BW geregelde verkeersopvattingen als grond voor de toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader, stond wel vast. Maar wat kan je zeggen over het toerekenen van een onrechtmatige daad als je niet echt weet wat een onrechtmatige daad is; als je zo'n daad niet in al haar dimensies hebt bekeken en je hebt verwonderd over haar steeds veranderende gedaante? Ik begon met het analyseren van de onrechtmatigheid, in het bijzonder van de verhouding tussen zorgvuldigheid en rechtsinbreuk. In samenhang daarmee ging mijn aandacht ook uit naar de verhouding tussen zorgvuldigheid en toerekening.

Op het moment dat ik mijn proefschrift schreef, stelde een deel van de rechtsleer zich op het standpunt dat de onrechtmatigheidscriteria rechtsinbreuk en strijd met de wet niet zelfstandig als toetssteen voor onrechtmatigheid konden dienen. In die benadering is beslissend het antwoord op de vraag of er 'onzorgvuldig' is gehandeld (in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt). Daarenboven werd de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de dader als aansprakelijkheidsvereiste ondergebracht bij de beoordeling van de zorgvuldigheid. Onder het oud BW was rond 1900 het strijdpunt of naast de in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor onrechtmatigheid, te weten strijd met de wet en onrechtmatigheid, onrechtmatigheid aangenomen moest kunnen worden in gevallen waarin de gedraging, hoewel zij geen rechtsinbreuk was of in strijd met de wet kwam, onzorgvuldig was. Een voortdurend onderwerp van leerstellig debat was hoe de onrechtmatigheidscategorieën zich tot elkaar verhielden en wat de verhouding was tussen onrechtmatigheid en schuld. Het nieuw BW voorzag in een wettelijke basis voor strijd met zorgvuldigheid als grond voor onrechtmatigheid naast rechtsinbreuk en strijd met de wet, en regelde naast de onrechtmatigheid de gronden voor toerekening daarvan aan de dader. Inmiddels echter leek de discussie zover te zijn doorontwikkeld, of zo men wil doorgesloten, dat een aanzienlijk aantal auteurs ervan was overtuigd dat andere criteria dan onzorgvuldigheid voor aan de dader toerekenbaar gedrag niet voldoende deugdelijk waren.

Om te kunnen beoordelen of ik me kon verenigen met deze benadering, wilde ik weten wat rechtsinbreuk eigenlijk was, hoe het zat met strijd met de wet en vervolgens wat ik me nu eigenlijk moest voorstellen bij onrechtmatigheid en de toerekening daarvan aan de dader. Ik kwam tot volstrekt andere conclusies. In mijn optiek hebben de onrechtmatigheidscategorieën rechtsinbreuk en strijd met de wet wel zelfstandig nut naast de strijd met het ongeschreven recht. Bovendien is er een verschil in het vaststellen van de onrechtmatigheid van een daad en de toerekening daarvan aan de

dader. Dit denkschema tekende zich af nadat ik in de rechtspraak beoordeelde casus analyseerde, geprobeerd had de betogen van vele auteurs te doorgronden en met elkaar in verband gebracht te begrijpen, buitenlandse systemen voor de aansprakelijkheid voor onrechtmatig gedrag had onderzocht en het wettelijk systeem waarbinnen art. 6:162 BW moet functioneren in beeld had. Mijn benadering veronderstelt een nauwkeurige analyse van het voorliggende geval. Het door de laders maken van een inbreuk op een recht is niet hetzelfde als het door een benadeelde lijden van schade. In deze benadering is het mogelijk om gedrag dat een rechtsinbreuk is, onrechtmatig te achten ook als het niet onzorgvuldig is. Gevallen waarin een gedraging niet zelf een inbreuk is maar waarin zij schadelijke gevolgen heeft, vallen buiten de onrechtmatigheidscategorie rechtsinbreuk. De noodzaak om de te snel aangenomen onrechtmatigheid wegens een te ruim inbreukbegrip te relativeren door toepassing van zorgvuldigheid vervalt daardoor. De plaats die rechtsinbreuk heeft naast gedrag dat in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en het argumentatieve en processuele belang van de rechtsinbreuk blijven behouden. Wat betreft het onderscheid tussen de onzorgvuldigheid van het handelen en de toerekenbaarheid daarvan aan de dader geldt iets vergelijkbaars. Een precieze analyse van een casus (is de gedraging gezien de objectieve kenmerken van de dader onrechtmatig en is de gedraging ongeacht haar subjectieve kenmerken toerekenbaar op grond van verkeersopvattingen) leidt tot praktisch andere resultaten omtrent het onrechtmatigheidsoordeel. Immers als de niet-verwijtbaarheid meeweegt in het onrechtmatigheidsoordeel en tot de conclusie leidt dat door deze dader niet onzorgvuldig is gehandeld, kan hem geen onrechtmatige daad buiten schuld worden toegerekend. Het in strijd met de bedoeling van de wetgever blokkeren van die mogelijkheid werkt bovendien door in die gevallen waarin het BW voor aansprakelijkheid de aanwezigheid van een fout vereist, zoals bijv. in art. 6:170, 171 en 172 BW.

Dankzij het denkwerk verricht ten aanzien van de doorgronding van de onrechtmatigheidscriteria en de verhouding tussen onrechtmatigheid en toerekening, begon zich een beeld af te tekenen van de wijze waarop inhoud kon worden gegeven aan de toerekening op grond van verwijtbaarheid, wet en verkeersopvattingen. Ook voor deze onderscheidingen geldt dat zij zinvol zijn mits nauwkeurig voorzien van bepalende karakteristieken. Wat betreft het geven van invulling aan de toerekening krachten verkeersopvattingen onderscheid ik in mijn proefschrift twee aanknopingspunten. Het eerste is de hoedanigheid van de dader, waaronder zijn begrepen de betrekking van de dader tot de gedraging waarvoor hij aansprakelijk wordt gehouden en zijn maatschappelijke positie. Het tweede is de aard van de ontplooiende activiteit: is sprake van een eenzijdige risicoverhoging? De aanknopingspunten vloeien voort uit het wettelijke systeem en uit de wijze waarop onder het oude BW met de notie 'schuld' werd omgegaan.

“ Analyse van de verhouding tussen zorgvuldigheid en rechtsinbreuk. ”

Min of meer parallel aan het denken over en schrijven van de hoofdstukken die de gronden voor toerekening behandelen, schreef ik het eerste deel van mijn proefschrift 'Aansprakelijkheid'. Daarin probeerde ik de vinger te leggen op uitgangspunten die richting geven aan het vaststellen van buitencontractuele aansprakelijkheid. De rechtsleer was verdeeld. Men nam tot uitgangspunt ofwel het adagium dat ieder zijn eigen schade moest dragen ofwel het adagium dat men een ander geen schade mag berokkenen. Geen van beide benaderingen vond ik overtuigend. Het pad dat het onderzoek naar de structuur van aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig gedrag wees, was naar mijn indruk veeleer een zoeken van een evenwicht tussen deze twee beginselen. Het leek mij een onnodige verstarren en verarming van het denken over aansprakelijkheid om desalniettemin aan één beginsel de positie van hoofdregel te geven.

Op 24 december 1999 heb ik het manuscript ingeleverd. In januari 2000 begon ik op uitnodiging van prof. dr. Walter van Gerven als TPR wisselleerstoelhouder aan de KU Leuven in de wetenschap dat ik vanaf 1 maart 2000 in dienst zou treden als medewerker van het wetenschappelijk bureau bij de Hoge Raad der Nederlanden.

Tijdsgewricht: 1995-2000

Het voorgaande geeft een doorkijkje naar het tijdsgewricht waarin mijn proefschrift tot stand kwam. Bij het begin van het onderzoek in 1995 was het BW nog maar 3 jaar in werking getreden. Voor een beginnend onderzoeker was het Nieuw BW min of meer een gegeven. Zo was een student in het recht die begon in 1988 zich niet werkelijk bewust van het feit dat er een geldend (oud) BW was. Het onderwijs in het Burgerlijk Recht behandelde het NBW, waarbij de rechtspraak die was geweest onder het oud BW werd geduid in termen van het nieuwe BW. Het enige dat argwaan wekte omtrent de daadwerkelijke gelding van het NBW was de mallotige voorlopige nummering. Mijn afstudeerscriptie schreef ik onder leiding van Fokko Oldenhuis over de tenzij-regel in lid 2 van art. 6.3.2.5, waaraan een bestudering van de tenzij-regels van de leden 1 van art. 6.3.2.5 en 6.3.2.6 vooraf ging. Ik onthoud informatie door mij daarvan een beeldende voorstelling te maken. Bij de wezenloze cijferreeksen is dat nooit gelukt, terwijl ik bij het lezen van de cijferreeks '6:174' min of meer dadelijk de in de storm vrolijk zwiepende wellicht gebrekige en zo dadelijk instortende fabrieksschoorsteen voor me zie.²⁾

Waar pas afgestudeerden het NBW als een feit ervoeren, was het destijds voor de ervaren wetenschapper een spannend onderzoeksobject. De verkeersopvattingen van art. 6:162 BW vormden een nieuwe notie in het aansprakelijkheidsrecht. Er werd met spanning uitgezien naar de ontwikkelingen die de mogelijkheid om buiten schuld een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen teweeg zou brengen. De wetgever had de invulling van de verkeersopvattingen zonder dat expliciet te

zeggen overgelaten aan de rechtspraak en de wetenschap. De toerekenbaarheid op grond van verkeersopvattingen was een middel waarmee het aansprakelijkheidsrecht kon worden toegesneden op de zich steeds wijzigende maatschappelijke verhoudingen. Er werd rekening gehouden met de mogelijkheid dat rechters het criterium zouden gebruiken om (te) gemakkelijk aansprakelijkheid vast te stellen. De spanning omtrent de nieuwe grond voor toerekening werd in een beknopt voorstel en met succes overgebracht bij NWO. Het had een even korte als krachtige probleemstelling: "Doelstelling: Het doel van het onderzoek is inzicht te verkrijgen in de gevallen waarin op basis van onrechtmatige daad aansprakelijkheid buiten schuld wordt aanvaard krachtens verkeersopvattingen. Vraagstelling: In welke gevallen wordt een onrechtmatige daad buiten schuld krachtens verkeersopvattingen aan de handelende toegerekend?" Als bijlage werd bijgevoegd een gedetailleerde beschrijving van het project van twee A4. Daarvan maakten het wetenschappelijk belang van het project, de vernieuwende aspecten én de onderzoeksmethodologie deel uit.

Dat de nieuwigheid van het BW niet meer als zodanig een reden is voor onderzoek is duidelijk. De ontwikkeling van de rechtspraak op grond van het NBW volgt in grote lijnen de bedding die onder het OBW is uitgesleten.

Wat betreft het met succes aanvragen van financiering voor juridisch analytisch onderzoek bij NWO is er ook veel veranderd. De ervaring leert dat technisch juridisch onderzoek niet of nauwelijks meer wordt ondersteund. Zelfs niet als het door anonieme peer reviewers als uitstekend wordt beoordeeld: in zo'n geval is de grond voor afwijzing dat het onderzoek niet wordt geprioriteerd. Men ziet in de brede wetenschap niet de urgentie van technisch juridisch onderzoek. Dat heeft te maken met een gebrek aan werkelijk inzicht – het zich kunnen voorstellen wat juridische techniek is en wat het toevoegt. Het heeft ook te maken met bepaalde verwachtingspatronen ten aanzien van excellent onderzoek in het algemeen: dat is internationaal, wordt veel geciteerd en is bij voorkeur kwantitatief van aard. Ik zie deze ontwikkeling als een wezenlijke bedreiging voor de beoefening van een discipline die belangrijk is voor het systematisch doorgronden van problemen die burgers direct raken en voor het onderbrengen van die problemen in een groter geheel. Die beoefening laat zich buiten de wetenschap niet denken. Rechters en advocaten hebben niet de tijd en niet noodzakelijk de belangstelling om een probleem gedurende geruime tijd als probleem te laten voortbestaan zonder de noodzaak een oplossing of zelfs een bepaalde oplossing te vinden. De systematische en gedetailleerde bestudering van een juridisch leerstuk en zijn toepassingsmogelijkheden is van belang omdat het maken van zinnig onderscheid inhoud en dus overtuigingskracht geeft aan de *perpetua voluntas* ieder het zijne te doen toekomen op een min of meer gelijke en voorspelbare wijze.³⁾



Vrolijk zwiepende
fabrieksschoorsteen.

2. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 748.
3. Digesten 1,1,10: 'Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.' Gerechtigheid is de onwankelbare en bestendige wil om ieder zijn recht te doen toekomen. J.E. Spruit e.a. (red.), Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling II, Digesten 1-10, Den Haag: Sdu Uitgevers 1994.

Werk-, denk- en schrijfplezier

Mijn proefschrift analyseert systematisch de structuur van de toerekenbare onrechtmatige daad (fout). In deze analyse pleit ik voor een gedifferentieerde benadering van twee vereisten voor aansprakelijkheid voor eigen gedrag: onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, van de drie onrechtmatigheids categorieën rechtsinbreuk, strijd met de wet en strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en van de gronden voor toerekening schuld, wet en verkeersopvattingen. De analyse is de weerslag van een periode waarin ik met geweldig veel plezier werkte, dacht en schreef. Het in elkaar denken van constructies, ze afbreken, stukken vervangen, andere scharnierplaatsen monteren, inzien dat het bouwwerk gedoemd is in elkaar te zakken, met de kern of juist met een toevalstreffer een nieuwe poging aan te vangen: wat een verrukkelijke ruimte voor creativiteit en wat een geluk te ervaren dat er bedoeld en onbedoeld bouwstenen worden aangevoerd door collega's. Het was vreugdevol om van de ongeordende doos met meccano die het onrechtmatige daadsrecht leek een constructie te maken die maakte dat ik ten minste zelf begreep wat er was gebeurd in de vele zaken die ik had bestudeerd en wat er kon gebeuren en bij voorkeur ook moest gebeuren in die zaken die niet zo gemakkelijk van een oordeel zijn te voorzien.

Waar de systematiek die zich al werkende voltrok en die ik in mijn proefschrift heb gepresenteerd opluchting bracht bij hen die het onrechtmatige daadsrecht een nogal zompig en vrijblijvend deel van het burgerlijke recht vonden, leidde zij tot weerspraak van een aantal van degenen bij wie het onrechtmatige daadsrecht boven aan de lijst van lievelingsonderwerpen staat. Een zeer ervaren rechter wist mij te berichten dat al die indelingen niet nodig zijn voor hen die begrijpen wat ze doen.

Ik ben blij dat ik met mijn proefschrift een bijdrage heb geleverd aan de systematisering van het onrechtmatige daadsrecht op een wijze die ook toegankelijk is voor liefhebbers van goederenrecht, contractenrecht, vermogensrechtelijke concepten⁴⁾, ondernemingsrecht⁵⁾, bestuursrecht⁶⁾ en strafrecht⁷⁾. En ik begrijp dat de ongekende plasticiteit van de zorgvuldigheid een aantal liefhebbers van het onrechtmatige daadsrecht in bekoring leidt. Naar mijn bevinding heeft de rechtspraak zich niet toegelegd op eenwording van de onrechtmatigheidscriteria en evenmin op de versmelting van onrechtmatigheid en toerekening.⁸⁾ De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat gebruik van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, in de regel inbreuk en dus – behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – onrechtmatig is.⁹⁾

Mijn proefschrift is een voorstelling van de toerekening van een onrechtmatige daad. De samenstellende delen van die voorstelling heb ik gepresenteerd: als afzonderlijke entiteiten in een onderling verband. Die benadering legde de basis voor mijn begrip van hetgeen een oordeel over het aannemen

van een fout daadwerkelijk 'zegt'. De onderscheidingen genereren de inhoud waarmee contouren gegeven kunnen worden aan het oordeel over de aan- of afwezigheid van een toerekenbare onrechtmatige daad, ze vereisen een inhoudelijke doorgronding en zijn de basis voor het confronteren en bekritisieren van een voorlopig resultaat van het denken. Het is een benadering die leidde tot een voorstelling. Beide bevallen mij nog altijd.

Academische zorgen als financiering, profilering, internationalisering, excellentie, concurrentie en visitering stonden heel ver van mijn bed. Ik had geen duidelijke doelen – behalve dan het tijdig bereiken van dat moment waarop de foliomap dichtgeslagen kon worden. Ik had niet de indruk dat er iemand op mijn werk zat te wachten en al helemaal niet dat er iemand was die er iets bepaalds van verwachtte. Die toestand voorzag in het geduldig en in ongekende academische vrijheid beoefenen van het recht. Ik ben mij ervan bewust dat die toestand mede het gevolg is geweest van de aanwezigheid van Chris Brunner en zijn opvolger, Hans Nieuwenhuis. Deze verschillende wezens en karakters deelden dat ze onverstoort hun door een alomvattende fascinatie gedreven gang gingen, met plezier in hun werk en in het herkennen van jonge mensen in hun eigenheid.

Mijn promotor zag ik dagelijks en in het eerste jaar vroeg hij bijna altijd of ik alweer terug wilde naar het ziekenhuis. Hij vond het een wonderlijk verschijnsel: een vrouw die arts was en zichzelf kennelijk een rad voor ogen draaide door te denken dat het schrijven van een juridisch proefschrift iets nastrevenswaardigs was. In mijn herinnering hielden zijn pogingen vluchtneigingen naar het ziekenhuis te ontwaren op nadat ik een stuk inleverde over de verhouding tussen rechtsinbreuk en strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Op 1 oktober 1996 kreeg ik een handgeschreven leesverslag van het stuk, met een aantal aanvullingen en het advies de titel aan te passen ("De titel is wat raadselachtig, al vind ik hem wel geestig") en het artikel aan het NJB aan te bieden.¹⁰⁾ Ik herinner me nog scherp hoe Brunner zich tijdens de bespreking vermaakte met het woord 'tever'. Dat was natuurlijk te ver, het diende met een spatie geschreven te worden, waaraan hij ten overvloede toevoegde dat dit ook gold voor 'zonder meer', 'als volgt' en 'het volgende'. Toen herhaalde hij alsof hij het aan het proeven was tot drie keer toe het woord 'tever' [teevurr]. Het vriendelijke plezier spatte uit zijn ogen.

Ontwikkelingen

Aan de structuur van de toerekenbare onrechtmatige daad is sinds 2000 naar Nederlands recht niet wezenlijk iets veranderd. Natuurlijk heeft het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht zich doorontwikkeld. Die ontwikkeling zie ik niet zo zeer in veranderingen in of aanpassingen van de structuur van de fout als wel in de rijke schakering van gebieden waarin zij tot expressie komt. Veel recht-



Ongeordende doos met meccano.

4. Zie P. Memelink, *De verkeersopvatting*, diss. Leiden, Den Haag: Boom (2008).
5. Zie D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer (2010).
6. Zie C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer (2006); L. di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, diss. Leiden, Den Haag: Boom (2014).
7. Zie E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit. De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer (2011).
8. Zie met verwijzingen naar actuele rechtspraak en literatuur Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV (2015).
9. HR 12 maart 2004, *NJ 2004/549* (XS4ALL/Ab.Fab), r.o. 3.16; HR 4 oktober 2005, *NJ 2007/270* (Unocal c.s./Conoco c.s.), r.o. 8.4.2.
10. *Wat is rechtsinbreuk?*, Nederlands Juristenblad 1997 aflevering 14, p. 628-635.

11. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV (2015) over overeenkomst en derden (nr. 66-66c), de invloed van grondrechten op het (overheids)aansprakelijkheidsrecht (nr. 71, 343a, 343b, 387), rechtspraak inzake beroepsaansprakelijkheden (nr. 67, 68), aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen (nr. 334, 335). Zie ook *De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht*, in: J.H. Gerards en C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van de fundamentele rechten op het materiële recht*, Kluwer, Deventer, 2013, p. 429-452
12. Zie voor uitgewerkte voorbeelden op het gebied van onrechtmatigheid in het verlengde van een overeenkomst *Nul, één, drie, veel. De gevalsgebonden benadering van samenhangende rechtsverhoudingen*. WPNR 7045 (2015), p. 16-26.
13. Zie over beide apecten: *Ich wei nicht, was soll es bedeuten. Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop*, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Liber amicorum J.H. Nieuwenhuis*, Kluwer, Deventer 2009, p. 237-265.
14. Zie over de zorgplicht als grondnorm voor het gehele verbintenissenrecht: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer (2006) met op p. 139 e.v. een behandeling van de buitencontractuele zorgplicht. Vgl. A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. BW A1 (2010), nr. 25.
15. *Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?*, WPNR 6450 (2001), p. 580-594; *Wat maakt gerechtvaardigd strafrechtelijk optreden onrechtmatig?* WPNR 6473 (2002), p. 95-98; *Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, in: Tijdschrift voor Privaatrecht 2003, p. 647-690; *Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten? De taak van de burgerlijke rechter bij verwerking van emoties en vergoeding van schokschade, uiteengezet aan de hand van de aansprakelijkheid van de werkgever voor door de werknemer geleden schokschade*, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Kluwer, Deventer, 2003, p. 173-198; *Het zijn en het niet. De beoordeling in rechte van de gevolgen van een niet-beoogde conceptie of geboorte*, in: S.C.J.J. Kortmann & B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 65-92; (samen met J.S. Kortmann) *Rechtshandhaving door privaatrecht*, preadvis voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2009, Boom, Den Haag 2009, p. 249-302.
16. *Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht*, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Algemeen Deel en Bijzonder Deel, Serie onderneming en Recht Deel 42-1, Kluwer, Deventer, 2007, p. 465-540 en de geactualiseerde en herziene Engelstalige versie: *EU law and non-contractual liability of the Union, Member States and individuals*, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann, M.W. Wissink (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law, General part*, Serie Onderneming en Recht Deel 81-1, Kluwer, Deventer, 2014, p. 465-542.
17. Dit geldt voor civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schending van het mededingingsrecht, voor het vaststellen van schadevergoeding (vgl. bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (ABB/TenneT)), *JOR* 2014/265 m.nt. B.M. Katan en J.S. Kortmann), voor verbodsacties wegens collectieve acties die door het Unierecht verschaftte rechten (verkeersvrijheden) beperken en wegens schendingen van IE rechten die tegen grondrechtelijke argumenten worden afgewogen (vgl. bijv. de zaken die op dit moment voorliggen ter beoordeling door de Hoge Raad en te kennen zijn uit de Conclusies van AG Van Peursum van 9 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:7 (GS Media/Sanoma) en van 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:729 (Brein/Ziggo)). Zie over het belang van grondrechten in het Unierecht voor rechtsverhoudingen tussen particulieren onderling ook *De invloed van grondrechten op het privaatrecht aangejaagd en versterkt in het kielzog van Unierechtelijke doorwerkings-technieken*, RMThemis 2015, n.n.g.
18. *Tertium Datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht*. Oratie KUN, Kluwer, Deventer, 2004. Zie ook *Principles in Private Law: From Luxury to Necessity – Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles*, ERPL 2012, Volume 22, nr. 2, p. 295-312.

spraak is gewezen op de (elkaar ten dele overlappende) gebieden van beroepsaansprakelijkheid, aansprakelijkheid in de financiële sector, aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, overeenkomsten en derden, overheidsaansprakelijkheid en de invloed van het EU-recht en grondrechten op het (overheids)aansprakelijkheidsrecht.¹¹⁾ Uit die rechtspraak blijkt dat het lastig blijft de grens te trekken tussen gedrag dat wel en dat niet onrechtmatig is.¹²⁾ Het Unierechtelijke leerstuk van lidstaataansprakelijkheid stelt eisen aan het nationale aansprakelijkheidsrecht die in Nederland tot problemen kunnen leiden op het gebied van de relativiteit en de aansprakelijkheid voor rechtspraak gewezen in hoogste instantie.¹³⁾

De strijd met het ongeschreven recht dat in het maatschappelijk verkeer betaamt zien we in rechtspraak en literatuur steeds vaker geduid worden als de schending van een (bijzondere) zorgplicht.¹⁴⁾ Aan het vaststellen van de inhoud van een zorgplicht liggen min of meer dezelfde bouwstenen ten grondslag als aan het vinden van een antwoord op de vraag wat naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Toen ik mijn proefschrift voorbereidde, was er in Nederland nog weinig aandacht voor de invloed die het Europese recht (het EU-recht en het EVRM) op het privaatrecht zou kunnen hebben. De richtlijn productenaansprakelijkheid was geïmplementeerd in het BW. Afgezien daarvan deden zich in de rechtspraak nauwelijks gevallen voor en de wetenschap had het onderwerp nog niet in het vizier.

Toen ik in 2000 in Leuven werkte, werd snel duidelijk dat de situatie in België anders was. Er werd daar door civilisten als Hubert Bocken en Walter van Gerven terdege nagedacht over de eisen die het EU recht stelt aan het stelsel van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Die ervaring legde het fundament onder mijn ambitie om bij het onderzoek naar en de doorgronding van het in Nederland geldende privaatrecht steeds de Europeesrechtelijke aspecten daarvan te betrekken. Als medewerker en later co-auteur van de vier Asser-delen over het verbintenissenrecht was ik doordrongen van de noodzaak om die ambitie te effectueren. Sindsdien doe ik onderzoek naar het in Nederland geldende vermogensrecht en de Europeesrechtelijke (zowel Unierechtelijke als mensenrechtelijke) aspecten maken daarvan integrerend deel uit. Mijn plezier aan het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht is niet verminderd.¹⁵⁾ Bij de doorgronding van het EU-recht ben ik begonnen bij de buiten-contractuele aansprakelijkheid wegens strijd met het Unierecht.¹⁶⁾ De Unierechtelijke dogmatiek verschilt van de privaatrechtelijke. Dat betekent dat een concrete casus alleen goed kan worden beoordeeld tegen de achtergrond van de toepasselijke technische kaders. Het ontrafelen van die technische kaders, het tonen van de moeilijkheden waartoe zij kun-

nen leiden en het genereren van de nieuwe mogelijkheden die zij ontsluiten, bieden handvatten voor de casuïstiek die in toemende mate opkomt in de rechtspraktijk.¹⁷⁾

Nadat ik mijn proefschrift had afgerond, stond mij voor ogen dat ik de onderwerpen van onderzoek en publicaties wilde uitbreiden. Ik vond het recht een schitterende combinatie van abstractie en toepassing, van redeneren en inpassing in de maatschappelijke omstandigheden. Hoe meer ik ervan zou kunnen weten, hoe fijner dat zou zijn. Als medewerker bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad kon ik me iedere (twee)



week in een geheel nieuw onderwerp van breed burgerlijk recht verdiepen. Dat legde een solide basis voor het aankweken van een ruimere kijk op het vermogensrecht. Toen ik in 2003 benoemd werd als Hoogleraar Burgerlijk Recht, niets in het bijzonder, koos ik voor mijn oratie een onderwerp van contractenrecht – de nietigheid en de ongedaanmaking. Dat onderwerp benaderde ik, evenals het onderwerp van mijn proefschrift, vanuit de achterliggende beginselen. Opnieuw zag ik in de rechtstheorie de neiging om een keuze te maken voor één beginsel dat het uitgangspunt zou zijn voor de bestudering van het gehele contractenrecht. Het is in de geest van het eerste deel van mijn proefschrift dat deze benadering mij ook voor het contractenrecht niet kon overtuigen. Beginselen geven tezamen genomen richting aan het vinden van een oplossing in moeilijke gevallen, zij sluiten elkaar niet principieel uit en het ene beginsel is ook niet te beschouwen als uitzondering op het andere.¹⁸⁾ Wat ik in mijn proefschrift en oratie verdedigd heb voor beginselen geldt ook voor benaderingen. Ik voel me niet agetrokken tot enthousiasme voor een benadering dat doorslaat in uitsluiting van andere benaderingen.

Dat ik me bewust ben van de relativiteit van iedere benadering, heeft er gelukkig niet aan in de weg gestaan om nieuwe onderzoeksterreinen te ontwaren, te verkennen en te doorgronden. Waar het onderzoek naar de invloed van Unierecht en internationaal recht op het privaatrecht betreft, is het noodzakelijk de technieken en het systeem van de verschillende rechtsgebieden te kennen en te begrijpen, de inhoud van de concrete regels, de rechtsmiddelen die het ene rechtsgebied vereist en het andere rechtsgebied kan verschaffen, de concrete rechtsverhouding te beschouwen, de mogelijke oplossingen uit te denken om deze waar nodig kritisch en waar mogelijk coöperatief te evalueren. Maar ook waar supra- en internationaal recht geen rol spelen, is mijn onderzoek een combinatie van technisch juridisch analyseren, het achterhalen van de achter de geldende regels schuilgaande beginselen en het aan de hand van beide aspecten doordenken van oplossingen, tegenwerpingen, alternatieve routes of nieuwe mogelijkheden. Het zal geen toeval zijn dat de onderwerpen die mij grijpen geschikt zijn voor deze benadering die de schoonheid van de abstracte analyse en de vindingrijkheid van de realiteit in zich verenigt. Ik merk, en wel met toenemend plezier, dat de in de eerste vier jaar van mijn wetenschappelijke leven beoefende precisie van begrip en redenering en de bijbehorende vertraging van gedachten mij het grote gemak verschaffen snel grip te krijgen op nieuwe onderwerpen en te onderkennen wat ik niet weet, niet begrijp en bovenal waarvan ik geen beeld kan vormen, en dus onverstoorbaar voort te gaan.

“ ”
*Relativiteit van
iedere benadering.*
..... ”