

Over de grens van de onrechtmatige daad

Bespreking van het proefschrift van mr. M.E. Franke

*Mr. dr. G.J.P. Molkenboer**

1 Inleiding en opzet

Op 12 januari 2022 promoveerde Mirjam Franke, advocaat te Leiden, cum laude op haar proefschrift *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*.¹ In haar woord vooraf kiest Franke letterlijk en figuurlijk positie door aan te vangen met de zegswijze: ‘Bekijk het eens van de andere kant!’ Aanleiding tot haar promotieonderzoek was Frankes fascinatie met de escape die met de frase ‘een en ander buiten de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’, in art. 6:162 lid 2 BW, is ingebouwd. Vanuit die fascinatie heeft zij een tocht door het gehele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ondernomen. Deze aanpak is bepalend geweest voor de methodiek. Allereerst zijn de centrale onderzoeksvragen open en kernachtig: (1) wat is een rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 6:162 lid 2 slot BW, en (2) hoe werkt zijn aanwezigheid door in de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde daad?

Daarbij is nadrukkelijk gekozen voor interne rechtsvergelijking – met het strafrecht, omdat dit rechtsgebied een lange traditie van omgaan met en denken over rechtvaardigingsgronden kent. Een logische keuze. Aan externe rechtsvergelijking is aandacht besteed ‘waar dat nodig was’.² Ik kan mij voorstellen dat gelet op de specifieke aard van het onderwerp inherente beperkingen kleven aan externe rechtsvergelijking. Voor een beter begrip van de keuze om nu eens wel en dan weer (vaker) niet een externe vergelijking te maken, was het mijns inziens behulpzaam geweest om die inherente beperkingen uit te diepen en toe te lichten. Een dergelijke verantwoording levert op zichzelf ook weer nader inzicht in de onderzoeksvragen en het begrippenkader op. Ten slotte is mijn assumptie dat met name de Duitse literatuur een rijke traditie kent in het debatteren via (fijn slijpen aan) begrippenkaders, hetgeen een waardevolle toevoeging had kunnen opleveren. Ik ben hier de spreekwoordelijke kniesoor die hierop let, gelet op

de verdere breedte en diepte van het onderzoek van Franke, waarover later in deze bespreking meer.

2 Verkenning

In hoofdstuk 1 worden de begrippen die centraal staan in het onderzoek nader gepreciseerd en, belangrijk, gemotiveerd van elkaar gescheiden en waar nodig verder ‘uitgesplitst’. Dit levert onder meer een boeiend betoog op over (de grenzen tussen) de rechtmatige daad,³ de gerechtvaardigde daad,⁴ pech/toeval/onhandigheid,⁵ de niet-onrechtmatige daad⁶ en de onrechtmatige daad. Het proefschrift onderzoekt verder niet alleen de grens tussen rechtmatigheid en onrechtmatigheid, maar ook die tussen onrechtmatigheid en schuld. Verderop in hoofdstuk 1 wordt het laatste grensgebied verkend. Daarbij komt Franke onder meer tot een heldere observatie over de werking van de schulduitsluitingsgrond versus die van de rechtvaardigingsgrond. Een schulduitsluitingsgrond laat de betrokken norm onaangetast. Hij verklaart alleen waarom het normale gevolg van een normschending in een bijzondere, bepaalde situatie buiten toepassing blijft. In het geval van een rechtvaardigingsgrond is van een normschending juist geen sprake meer.⁷ Door de toerekening krachtens de wet of verkeersopvattingen kan bovendien, zelfs bij aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond, nog steeds sprake zijn van aansprakelijkheid.

3 Waarbij een rechtschapen persoon onberispelijk handelt. Deze persoon is voor de rechtspraak oninteressant, maar juridisch-theoretisch van groot belang, onder meer vanwege de functie van maatmens. Zie verder Franke 2022, p. 15.

4 Er is dan sprake van schade, maar tegelijkertijd van een juiste belangenafweging, zie Franke 2022, p. 16-18.

5 Ook wel ‘ongelukke samenloop van omstandigheden’, zie HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9426, NJ 1986/780 (Dollende collega’s) en HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 (Bushalte).

6 Met als iconisch richtpunt HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 (Pos/Van den Bosch). Het enkele profiteren van de wanprestatie van een ander maakt het eigen handelen nog niet onrechtmatig, maar bijkomende omstandigheden kunnen wel tot onrechtmatigheid leiden.

7 Franke 2022, p. 31. Zij citeert in dit verband Strijards: ‘[D]e rechtvaardigingsgrond geeft voor de toekomst aan, welke actieradius de norm niet meer heeft’, zie G.A.M. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* (Studieopceks strafrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 87.

* Mr. dr. G.J.P. Molkenboer is advocaat bij Lauxtermann Advocaten in Amsterdam.

1 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022.

2 Franke 2022, p. vi, Woord vooraf.

Hoofdstuk 2 is na het eerste een volgende stap in de terreinverkenning. In dit hoofdstuk vindt de confrontatie tussen de kernbeginselen in het strafrecht en burgerlijk recht plaats. Dit is een omvangrijk hoofdstuk. Dat is op zichzelf ook begrijpelijk, nu de rechtvaardigingsgronden in het strafrecht zijn ontstaan en daar tot wasdom zijn gekomen. Het academische debat over de rechtvaardigingsgronden is tot voor kort vrijwel uitsluitend binnen het strafrechtelijke domein gevoerd.⁸ Dat zal ook de oorzaak zijn van de korte toelichting in de parlementaire geschiedenis in de aanloop naar de introductie van art. 6:162 lid 2 BW:

‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’

Het komt mij voor dat de omvang van het hoofdstuk voortkomt uit de centrale these waarin het is opgehangen. Dit betreft de stelling van Franke dat rechtvaardigingen (dus de gronden voor uitsluiting van aansprakelijkheid) voor de ‘buitencontractuele fout’ in straf- en civielrecht een vergaande gelijkenis vertonen.⁹ Zij plaatst zich daarmee tegenover Sieburgh, die juist de opvatting verdedigt dat de ‘buitencontractuele fout zowel in haar bestaansvoorwaarden als in de gronden voor de uitsluiting daarvan autonoom ten opzichte van het strafrecht [is]’.¹⁰ De verklaring daarvoor is, aldus Sieburgh, dat perspectief en doelen van het strafrecht en burgerlijk recht verschillen.¹¹ De advocaat van de duivel zou aanvoeren dat bij een sterke gelijkenis (en daarmee toepasselijkheid van inzichten) tussen de toepassing van rechtvaardigingsgronden in het strafrecht en burgerlijk recht het niet nodig zou zijn vijftig pagina’s te besteden aan de ‘weg naar gelijkenis’. Daar zou Franke zeer tekort mee worden gedaan. Zij deinst er niet voor terug om, voor een stevige onderbouwing van haar centrale stelling, in dit hoofdstuk allereerst af te dalen naar de eerste fundamentele vraag: wat *is* strafrecht en wat *is* burgerlijk recht? Deze aanpak typeert niet alleen de grondigheid, maar ook de gelaagde structuur van haar onderzoek, waarbij zij telkens – merendeels overtuigend – in een bijna tastend proces, zonder schakels in de ketting over te slaan, haar betoog opbouwt. Ik ben het met haar eens dat het mogelijke verschil in uitkomst van de beoordeling in het burgerlijk recht niet afdoet aan de vergelijkbaarheid. Voor dat verschil in uitkomst ziet zij twee belangrijke

verklaringen: een formele (proces- en bewijsrechtelijke)¹² en een materiële (die verband houdt met het *gevolg* van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond en de grondslag van de schadevergoedingsplicht).¹³

De visie van Franke behelst dat op ordeningsniveau zowel de beschermde belangen als de middelen waarmee die belangen worden behartigd, verschillen. Maar omdat de toepassing van rechtvaardigingsgronden niet op dat niveau plaatsvindt, staat dit niet in de weg aan vergelijking met en toepassing van de strafrechtelijke begripsvorming van rechtvaardigingsgronden.¹⁴ Deze conclusie is overtuigend en sterk onderbouwd. Dit betreft met name de (betrokkelijk irrelevante) verschillen in onder meer de inhoud van de rechtvaardigingsgronden en de situering van de rechtvaardigingsgronden.¹⁵ Dit geldt ook voor de overwegingen die gewijd zijn aan de functie die de rechtvaardigingsgrond vervult, namelijk als correctiemiddel. Een correctiemiddel in die situaties waarin weliswaar de voorwaarden die gelden voor een onrechtmatige daad of een strafbaar feit vervuld zijn, maar geen sprake is van een laakbare handeling die tot aansprakelijkheid of straf zou moeten leiden.

Bij één aangevoerde grond voor de ‘vergelijkbaarheid’ verschil ik van mening. Dit betreft het door Franke gestelde samenvallen van de functies van schadevergoeding en straf. Zowel de door haar aangehaalde civiele aanknopingspunten in het strafrecht (lees: de vordering van de benadeelde partij) als die vice versa (zoals vergoeding van immateriële en affectieschade) zijn wat mij betreft daarvoor te mager. Dat – in algemene zin – via het aansprakelijkheidsrecht het ondergane leed ‘goed’ wordt gemaakt en het rechtsgevoel wordt bevredigd,¹⁶ is wat mij betreft onvoldoende om het civiele aansprakelijkheidsrecht de mantel van sanctionering in de door Franke voorgestane zin aan te trekken.¹⁷

3 Ordening

De lezer heeft al veel fraai verwoorde betogen tot zich mogen nemen en dan moet de ordening van het onderzoek nog beginnen. Die is onder meer noodzakelijk omdat het BW geen omschrijvingen of voorbeelden van het begrip rechtvaardigingsgronden geeft. Deze ordening vangt aan met een bespreking van de *volledige* rechtvaardiging in hoofdstuk 3. Daarmee duidt Franke het type rechtvaardiging aan dat met zich mee-

8 Dat neemt niet weg dat ook (lang) voor de codificatie in 1992 voorstellen tot codificatie zijn gedaan, zo bevatte het ontwerp Van der Linden (1807/1808) de bepaling: ‘Doodslag of kwetsing uit noodweer, of bij ongeluk, geven geen regt om vergoeding te vorderen.’ Zie verder Franke 2022, p. 33.

9 Franke 2022, p. 37.

10 C.H. Sieburgh, Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, TPR 2003/40, p. 683.

11 Sieburgh 2003, p. 657 en 658. In Asser/Sieburgh wordt een principieel onderscheid tussen strafrecht en civielrecht als een ‘verworvenheid’ aangemerkt. Zie Asser/Sieburg 6-IV 2019/8 en Franke 2022, p. 79.

12 Waar in het strafrecht de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt, moet deze in het civielrecht door de gedaagde worden bewezen, zie Franke 2022, p. 59.

13 Franke 2022, p. 37.

14 Franke 2022, p. 37.

15 Met name nu het de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen betreft, zie Franke 2022, p. 82.

16 Franke 2022, p. 64.

17 In de woorden van Franken: ‘Het schadevergoedingsrecht is niet gebaseerd op het corrigeren van gedrag, maar werkt *verdelend*.’ Zie A.Ch.H. Franken, Schade en risico. Over de corrigerende en verdelende functie van het schadevergoedingsrecht (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 41. Voor verdere verdieping van de vraag naar de functie van het schadevergoedingsrecht (en vele vragen meer) beveel ik lezing van dit fraaie proefschrift van harte aan.

brengt dat de daad als rechtmatig wordt gekarakteriseerd.¹⁸ Zij neemt een diepe duik in de wetsgeschiedenis en bespreekt de kritiek van de Raad van State over het ontwerp van (nu) art. 6:162 lid 2 BW. Kort gezegd wilde de Raad van State er niet aan dat, naast de klassieke rechtvaardigingsgronden (noodweer(exces), overmacht en handelen in het algemeen belang), er behoefte aan (ruimte voor) erkenning van andere rechtvaardigingsgronden zou bestaan.¹⁹ Deze vingerwijzing is niet in (het vervolg van) de totstandkoming van art. 6:162 lid 2 BW gevolgd.

Vervolgens worden allereerst de klassieke rechtvaardigingsgronden besproken en van – belangrijke – terzijdes voorzien. Zo stelt Franke, mijns inziens terecht, dat het klakkeloos overnemen van overmacht uit art. 40 Wetboek van Strafrecht (Sr)²⁰ als (voorbeeld van) een civielrechtelijke rechtvaardigingsgrond berust op een civielrechtelijke kwalificatiefout. Er wordt niets gerechtvaardigd: de dader excuseert zich alleen. Franke rangschikt het civielrechtelijke overmachtverweer dan ook onder de schulditsluitingsgronden.²¹ Bij de bespreking van noodweer merkt zij – onder veel meer – op dat de (strafrechtelijke) vereisten, dat de verdediging *noodzakelijk* moet zijn en het daartoe begane feit *geboden*, overbodig zijn,²² daar zij deze terugvindt in de algemene vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.²³ De bespreking van noodweer vormt een voorbeeld van een soms onbevredigde nieuwsgierigheid naar uitgebreidere internationale rechtsvergelijking, naast de vergelijking tussen het straf- en civielrecht. Door Meijers is in 1934 voorgesteld aan noodweer nog een extra eis te stellen, namelijk dat ‘het gevaar (moet) worden voortgebracht door het voorwerp van eigendom, dat men aantast’.²⁴ Franke stelt dat deze gedachte ongetwijfeld is ingegeven door de bewondering van Meijers voor de regeling in het Duitse wetboek, dat een gedetailleerde regeling van noodweer kent.²⁵ Het blijft bij het aanstippen van deze inrichting van het Duitse recht. Dit door mij ervaren gemis is zeker geen punt van kritiek, maar een compli-

ment voor Franke, dat haar proefschrift van 574 pagina’s tekst blijft smaken naar meer.

In het hoofdstuk komen voorts de wettelijke voorschriften en bevoegdheden, het ambtelijk bevel en de noodtoestand aan de orde.²⁶ Een van de (opnieuw) vele fraaie terzijdes in dit hoofdstuk is de bespiegeling over de spiegeling van de onrechtmatigheidscategorieën van art. 6:162 BW in de rechtvaardigingsgronden. Noodweer, zo stelt Franke, is de afweer tegen een inbreuk op iemands eigen of eens anders subjectieve recht. Wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel zijn de tegenhangers van het handelen in strijd met een wettelijke plicht. En noodtoestand is het maken van de juiste belangenafweging en daarmee de volmaakte tegenhanger van een ‘handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.²⁷ *Toestemming* is, al weer even terecht, geen rechtvaardigingsgrond maar, zo betoogt zij overtuigend, *voorkomt onrechtmatigheid*.²⁸ Anders ligt het met zaakwaarneming (art. 6:198 BW), die van oudsher tot de civiele rechtvaardigingsgronden wordt gerekend. Franke staat een ruimer toepassingsbereik van deze rechtsfiguur voor dan in Asser/Sieburgh wordt omschreven.²⁹

De afrondende conclusie van dit hoofdstuk is dat er buiten de klassieke rechtvaardigingsgronden (strafrechtelijke gronden en zaakwaarneming) geen volledige rechtvaardigingsgronden te vinden zijn. En kort rechtsvergelijkend onderzoek (op hoofdlijnen, met name Belgische, Franse Duitse en Anglo-Amerikaanse rechtssystemen) maakt deze conclusie niet anders. Weliswaar kennen deze deels andere rechtvaardigingsgronden (toestemming, eigen schuld, risicoaanvaarding enzovoort), maar deze passen op een andere plaats in het Nederlandse rechtssysteem (schadebeperkende omstandigheden, schulditsluitingsgronden).

Vervolgens komt in hoofdstuk 4 de onvolledige rechtvaardiging aan de orde. Franke maakt daarbij een fundamenteel onderscheid in gevalstypen. Het eerste betreft een mislukt beroep op een toereikende, volledige rechtvaardiging. Dan is simpelweg niet aan alle voorwaarden voor de betreffende rechtvaardigingsgrond (zoals noodweer) voldaan. Het beroep speelt dan geen rol meer, hooguit indirect via andere rechtsbegrippen in de (keten van) beoordeling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De tweede categorie (waar het hier feitelijk om gaat) betreft het geslaagd beroep op een ontoereikende, onvolledige rechtvaardiging. Deze vergt een in-

18 Buiten de ingeroepen rechtvaardiging zelf is niets nodig om de verandering in het oordeel te bewerkstelligen. Zie Franke 2022, p. 87.

19 Advies R.v.S., Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 622-623.

20 Art. 40 Sr: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.’

21 Zie hierna de bespreking van hoofdstuk 9, waarin deze schulditsluitingsgronden aan de orde komen.

22 Art. 41 lid 1 Sr: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.’

23 Zie hierna de bespreking van hoofdstuk 7. Het noodweereces wordt door Franke terecht onder de schulditsluitingsgronden gerangschikt. Art. 41 lid 2 Sr: ‘Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.’

24 In de door Franke aangehaalde noot van Meijers onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 (Vernietiging tuberculeus vlees).

25 Zoals een onderscheid tussen een bedreiging die uitgaat van een mens (*Notwehr*) en een zaak of dier (*Notstand*). De laatste categorie kent voorts een onderscheid tussen een defensieve (*Verteidigungsnotstand*) en een agressieve (*Angriffsnotstand*) variant (§ 228 BGB en § 904 BGB).

26 Door Franke kernachtig gekarakteriseerd als een belangenconflict (ter onderscheiding van overmacht), zie Franke 2022, p. 112.

27 Franke 2022, p. 116.

28 Franke 2022, p. 119. In navolging van Schut, aangehaald door Franke: ‘Kenmerkend is steeds dat daarmee voorkomen wordt da[t] een onrechtmatige daad ontstaat’, zie G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad: volgens BW en NBW* (Studiepockets privaatrecht nr. 21), Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 74.

29 Het gaat daarbij specifiek om zogenoemde zelfopoffering in het verkeer, zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413, p. 410 en de bespreking en weerlegging daarvan door Franke, zie Franke 2022, p. 124-125.

houdelijke beoordeling van de gehele handeling, waarbij de ingeroepen handeling wordt afgezet tegen het geschonden belang. De handelende beschikt over een bevoegdheid voor een handeling, alleen schort er iets aan die bevoegdheid – zij schiet op zichzelf tekort om een verandering te brengen in de kwalificatie van de daad.³⁰ De bespreking van dit vraagstuk leidt onvermijdelijk tot de bespreking van de vraag naar het onderscheid tussen een onrechtmatige, gerechtvaardigde en rechtmatige daad. Ook hier kiest Franke nadrukkelijk positie. Zij verwerpt de door vele schrijvers gehuldigde visie dat handelen in het algemeen of een ander zwaarwegend belang rechtmatig handelen betreft. Voor de verplaatsing van geleden schade is de onrechtmatige daad de drager, behoudens een beperkt aantal expliciet benoemde gevallen van rechtmatige handelingen. Het vasthouden aan dit onderscheid, zo maakt Franke duidelijk, is procedureel en materieel van belang. Procedureel, vanwege de uiteenlopende stelplicht en bewijslast.³¹ Materieel, vanwege de hoogte van de schadevergoeding. Zo kan het nalaten van het (voorafgaand) aanbieden van schadevergoeding een grotere schade doen ontstaan dan het bedrag dat als compensatie – vooraf – zou moeten zijn aangeboden.³² Zij legt de manco's van de rechtmatige daad als 'containerbegrip' bloot. Bezien vanuit de rechtvaardiging maakt niet het feit dat *een* bevoegdheid voorhanden is de daad rechtmatig, maar dat er een *toereikende* bevoegdheid is. Bezien vanuit de normschending dient de normschending ruim(er) te worden begrepen: het gedrag van de overheid moet de zorgvuldigheidstoets doorstaan. Daarbij hoort ook een goede regeling voor de burger die door het besluit onevenredig benadeeld is. Kenmerkend voor de grondigheid waarmee Franke haar onderzoek heeft verricht, is haar bespreking van het arrest Sporrong and Lönnroth/Zweden van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).³³ Kort gezegd ging het daarbij om een eindeloos voortdurend proces van (voorgenomen) bestemmingswijzigingen, dat uiteindelijk na vele jaren als een nachtkaaars uitgang en dus niet werd geconcretiseerd in een handeling waarbij Sporrong en Lönnroth in hun eigendomsrechten werden geraakt. Dat nam niet weg dat Sporrong en Lönnroth jarenlang hinder hadden ondervonden als gevolg van de steeds wijzigende voorgenomen plannen, bijvoorbeeld vanwege de door de markt (en hypotheekverschaffers) als gevolg van die plannen ingecalculerde waardedaling van hun woning. Het Hof concludeerde dat art. 1 Protocol 1 en 6 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) waren geschonden en kende een schadevergoeding toe. Franke komt tot de conclusie dat het uitoefenen van een bevoegdheid op zichzelf geen rechtmatig handelen is. Als de rechtvaardiging onvolledig is, is de daad onrechtmatig. Dat kan anders liggen als tevoren een regeling met

betrekking tot de te verwachten schadelijke gevolgen was getroffen.

Hoofdstuk 5 bespreekt de voorwaardelijke rechtvaardiging. Schoolvoorbeelden daarvan zijn het leggen van conservatoir beslag of het ten uitvoer leggen van een vonnis of arrest dat nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. Het is dan, in de terminologie van Franke, onzeker of de rechtsverhouding waarop de bevoegdheid is gebaseerd, blijft voortbestaan.³⁴ De kwalificering van de beslissing van de (voorzieningen)rechter en de handelingen van beslaglegger en executant hebben geleid tot uitputtende beschouwingen hoe een en ander dogmatisch zou moeten worden benoemd en ingepast. Uiteindelijk stelt zij mijns inziens terecht vast dat niet de *handeling* voorwaardelijk gerechtvaardigd is, maar de *bevoegdheid* waarop de executant (of beslaglegger) zijn handelen baseerde.³⁵

4 Beginselen

Het derde deel van het proefschrift bespreekt de beginselen die tezamen de rechtvaardigingsgrond nader kleuren. Allereerst, in hoofdstuk 6, *culpa in causa*. Als de handelende zelf bijdroeg aan de te rechtvaardigen handeling, of aan de omstandigheden waaronder de te rechtvaardigen handeling plaatsvond, zoals dronkenschap, op welke wijze moet dat dan meewegen in het oordeel over de rechtvaardigingsgrond waarop hij zich beroept? De strafrechtelijke benadering van de Hoge Raad, neergelegd in het arrest Overzichtsarrest noodweer, is genuanceerd.³⁶ Bovendien is, zoals Franke vaststelt, *culpa in causa* in dat arrest niet gepositioneerd als 'strafuitsluitingsgrondoverstijgend leerstuk', de benadering is casuïstisch en verschilt per strafuitsluitingsgrond. De civielrechtelijke benadering lijkt op het eerste gezicht minder geclausuleerd. Volgens Asser/Sieburgh sluit (per saldo) *culpa in causa* de weg naar de rechtvaardigingsgrond af.³⁷ Franke is het daar niet mee eens en betreft bij haar bespreking ook het beladen begrip risicoaanvaarding. Zij legt de grens voor het automatisch verlies van het beroep op een rechtvaardigingsgrond nadrukkelijk bij een (eigen) onrechtmatige daad. Alleen dan is er zonder meer geen ruimte voor een beoordeling, in alle andere gevallen³⁸ zal moeten worden gezien of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond.³⁹ Voorts kan *culpa in causa* aan vergoeding van schade in de weg staan, bijvoorbeeld bij uitlokking, wanneer deze het relativiteitsvereiste doorkruist (de daad zou ten

30 Franke 2022, p. 151.

31 Zie de door Franke aangehaalde conclusie van A-G Asser voor HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703 (Van Gastel/Van den Heuvel).

32 Franke 2022, p. 167.

33 EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175 (Sporrong and Lönnroth/Zweden). Zie ook Franke 2022, p. 168-169.

34 Franke 2022, p. 175.

35 Franke 2022, p. 188. Zie ook de overwegingen van uw recensent, door Franke aangehaald, G.J.P. Molkenboer, Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag (diss. Utrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 83.

36 HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (Overzichtsarrest noodweer).

37 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/9.

38 Zoals op stap gaan met een wapen op zak.

39 Franke 2022, p. 229.

opzichte van *ieder ander* onrechtmatig zijn, maar nu juist niet ten opzichte van de uitlokker).⁴⁰

In hoofdstuk 7 ligt, voor zover dat is te zeggen van een proefschrift waarin doorlopend het fundamenteel debat wordt opgezocht, een (het?) zwaartepunt van het onderzoek. Dit hoofdstuk handelt over de proportionaliteit en (met name) subsidiariteit. Dit begrippenpaar speelt een centrale rol bij de normering van strafrechtelijk optreden (lees: straffen) en, spiegelbeeldig, de beoordeling van het handelen van de burger (verdachte) die zich op een rechtvaardigingsgrond beroept. Franke neemt de twee begrippen als het ware bij de hand en leidt deze het civielrechtelijke buitencontractuele beoordelingskader in. De stelling die zij daarbij betreft, is – ik chargeer enigszins – dat de begrippen al onder ons civilisten zijn, maar dan verpakt in de zorgvuldigheidsnorm. Ik vind deze stelling moeilijk te volgen. De eerste stap in de gedachtegang vormt al enigszins een zwaktebod, het containerbegrip ‘zorgplicht’ is nodig om als een soort paard van Troje het begrippenpaar als centraal toetsinstrumentarium binnen te loodsen. Wat mij betreft valt deze redenering ook voor het overige wat uit de toon bij het voor het overige strak gecomponeerde betoog dat steeds – ook in de hoofdstukindelingen – nadrukkelijk de kernbegrippen van de onrechtmatige daad volgt. Kort gezegd: het hoofdstuk ontbeert de noodzakelijkheid en evidentie die de overige hoofdstukken kenmerken. Het leunt voortvols sterk op een (her)lezing van een aantal arresten van de Hoge Raad.⁴¹ De centrale these van dit hoofdstuk heeft geleid tot een uitgebreide kritische respons van Hartlief, waarnaar ik de lezer graag verwijs.⁴² Hartlief gaat in zijn bespreking uitgebreid in op de analyse van Franke van de ‘Kelderluik-criteria’.⁴³ Ik doe zowel Franke als Hartlief tekort met deze beknopte samenvatting, maar in de kern komt het erop neer dat, waar Franke in de proportionaliteit en subsidiariteit een vereenvoudigingsslag ziet, waarmee zowel gezichtspunten voor de vraag *wanneer* als gezichtspunten voor de vraag *waarom* gevaarzettend gedrag onzorgvuldig is op tafel komen,⁴⁴ Hartlief hierin geen vooruitgang ziet, maar een verlies aan zorgvuldige normstelling in de

jurisprudentie en een risico op ‘versimpelingen die ons op het verkeerde been zetten’.⁴⁵

5 Inhoud

Hoofdstuk 8, 9 en 10 bespreken achtereenvolgens de onrechtmatigheid, de schuld (inclusief (de zinledigheid van) het begrip schulditsluiting) en de relativiteit. Deze hoofdstukken bouwen fraai voort op de in de eerdere hoofdstukken gezette denkstappen. Ook wordt de lezer voortdurend op scherp gezet en behoed voor begripsvervuiling. Een voorbeeld hiervan is de heldere uiteenzetting over het verschil tussen de werking van overmacht in buitencontractuele, delictuele aansprakelijkheid en (de invulling van) hetzelfde begrip in de contractuele aansprakelijkheid. Voor de buitencontractuele aansprakelijkheid kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds rechtvaardigende overmacht (zoals noodtoestand) en anderzijds schulditsluitende overmacht. In contractuele relaties omvat overmacht rechtvaardigende en schulditsluitende *omstandigheden*, waardoor het begrip niet samenvalt met de rechtvaardigende overmacht ten aanzien van de buitencontractuele normschendende gedraging ex art. 6:162 lid 2 BW.⁴⁶

6 Rechtsgevolgen

In dit gedeelte wordt het hoge academische niveau vastgehouden, maar komt ook de praktijk ruimschoots aan zijn trekken. De argumentatieschema’s in hoofdstuk 11 (‘Invloed op oordeel handeling’) kennen een stevige inbedding in de theorie van regeltoepassing en argumentatieleer, maar vormen daarnaast, in de concrete uitwerking die Franke er binnen haar onderzoek aan geeft, een stevig handvat voor de praktijk.⁴⁷ Zij zouden verplichte kost moeten zijn voor advocaten die procederen over rechtvaardigingsgronden. Zeker nu zij het volledige verloop van het processuele debat in kaart brengt, inclusief de *contraweerlegging* door de eiser, na een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond (de weerlegging van de claim door gedaagde).⁴⁸ Hetzelfde geldt voor het daaropvolgende hoofdstuk (‘Invloed op oordeel vergoedingsplicht’). Opnieuw blijkt de kracht van de strakke compositie van het proefschrift, nu de hierin besproken vragen (zoals de invloed van de omstandigheid van een (mislukt) beroep op een rechtvaardigingsgrond op de matigingsbevoegdheid van de rechter) niet alleen logisch

40 Franke leest dit in het arrest HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (Taams/Boudeling). Meer algemeen kan culpa in causa ook een rol spelen bij de causaliteitseis van art. 6:98 BW, de eigen schuld ex art. 6:101 lid 1 BW en – in laatste instantie – het matigingsrecht van de rechter ex art. 6:109 BW.

41 Zie, onder veel meer, met name HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik), HR 30 juni 1989, NJ 1990/652 (Halcion) en HR 11 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2266, NJ 1988/393 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Bushalte).

42 T. Hartlief, Gevaarzetting 2.0? Moet het lastige ‘kelderluiken’ plaatsmaken voor een eenvoudige subsidiariteitstoets?, *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 137-141. Dit artikel vormt een uitwerking van de oppositie tijdens de verdediging van het proefschrift door Hartlief. Overigens is de kritische bespreking van deze these ingebed in – terecht – loftuitingen over de kwaliteit van het onderzoek en geeft – voeg ik daaraan toe – het gegeven dat Hartlief deze uitwerking heeft opgesteld, blijk van de waarde van het onderzoek voor het academisch debat.

43 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

44 Zie met name Franke 2022, p. 286.

45 Hartlief 2022, p. 141.

46 Zie Asser/Sieburg 6-IV 2019/89, p. 105 en Franke 2022, p. 355-356. Franke werpt in dit verband de vraag op of overmacht in het contractenrecht niet veeleer als schuld- of toerekeningsuitsluitende omstandigheid moet worden gezien, en betreft daarbij de redactie van art. 6:75 BW, zie Franke 2022, p. 355.

47 Ik verwijs bij wijze van fraai bijv. naar het schema dat Franke vervaardigt op basis van het arrest HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4237, NJ 1982/315 (Breda/Nijs), zie Franke 2022, p. 462-463.

48 Dat kan bijv. de rol van voorafgaand handelen zijn (culpa in causa), maar ook een plaats krijgen in de matigingsbevoegdheid van de rechter. Een vernuftig contraverweer dat Franke bespreekt, is dat tegen een geslaagd beroep op een rechtvaardiging kan worden ingebracht dat de relativiteit ontbreekt. De rechtvaardiging valt dan buiten het beschermingsdoel (de ingeroepen rechtvaardiging heeft niet de strekking het toebrengen van schade te rechtvaardigen) of beschermingsbereik (de rechtvaardiging kan niet tegen bepaalde personen worden ingeroepen). Zie verder Franke 2022, p. 489-490.

voortbouwen op de voorgaande analyses, maar ook de lijn van het praktische debat in de rechtszaal aanhouden.

7 Tot besluit

Het onderzoek vormt de neerslag van een indrukwekkende krachttoer, waarbij de fundamenteën van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht ieder voor zich en in onderlinge samenhang aan een inventieve, goed gestructureerde en (vrijwel steeds) overtuigende analyse worden onderworpen. Dat alles vanuit een vertrekpunt dat – om een understatement te gebruiken – in de rechtswetenschap bepaald niet was afgegraasd, de rechtvaardigingsgrond in het slot van art. 6:162 lid 2 BW. Daarmee heeft het onderzoek van Franke zich zonder twijfel een plaats verworven tussen de dissertaties die een duurzame bijdrage (blijven) leveren aan het voortdurend debat over de kernbegrippen in het aansprakelijkheidsrecht en hun betekenis. Kortom: de academicus kan hier jaren mee vooruit en zal komende debatten met de stellingen van Franke kunnen verknopen. De specialist in het aansprakelijkheidsrecht is van harte uitgenodigd de eigen dogma's te spiegelen aan de inzichten die Franke in haar onderzoek heeft opgedaan.

Daarmee bevindt het proefschrift zich geenszins in een zuiver wetenschappelijke ivoren toren. De heldere structuur slaat consequent en eenduidig bruggen naar de praktijk. De prakti-zijn kan daarmee de meer dogmatische passages links laten liggen en gemakkelijk op zoek gaan naar onderbouwing voor standpunten. De casuïstiek, die als een rode draad door het proefschrift loopt, komt voor de aansprakelijkheidspraktijk zeer van pas. Niet alleen doordat Franke de klassieke arresten in het aansprakelijkheidsrecht her en der van vernislagen heeft ontdaan en tot hernieuwde inzichten komt, maar ook omdat zij uitspraken van feitenrechters heeft opgediept die echt wat toevoegen aan de in de praktijk en wetenschap gedeelde gebruikelijke reeks. Voor de civilist is het daarbij ook bijzonder behulpzaam dat Franke (de implicaties van) strafrechtelijke jurisprudentie in het onderzoek heeft betrokken.

Last but not least zijn in het proefschrift ook de voetafdrukken van de docent waarneembaar, het proefschrift zal ook in het onderwijs zijn nut bewijzen. De wijze waarop Franke de lezer soepel meeneemt in de abstracte (tussen)stappen van haar gedachtegang reflecteert haar lange ervaring als (universitair) docent aan de Universiteit Leiden. Ik geef een voorbeeld. In paragraaf 1.2.5 wordt de rechtvaardigingsgrond gedefinieerd als:

‘Een verweermiddel tegen een vastgestelde normschending, sterk genoeg om te leiden tot verwerping van de aanvankelijke kwalificatie van de daad als onrechtmatig.’⁴⁹

Nadat Franke de verschillende typen daden⁵⁰ is nagelopen, constateert zij dat deze definitie te ruim is en legt zij – al sa-

menvattend – uit waarom. Zij besluit met een bijstelling van de definitie:

‘Een rechtvaardigingsgrond is een verweermiddel, gericht tegen de aanvankelijke beoordeling van de daad als onrechtmatig, en sterk genoeg om die kwalificatie te veranderen in: rechtmatig, in de zin van zorgvuldig. Het verweermiddel is een ingeroepen bevoegdheid.’⁵¹

Franke is er meer dan in geslaagd haar ambitie aan de kop van het proefschrift, om de onrechtmatige daad ‘van onderaf’, via art. 6:162 lid 2 slot BW (*een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond*) te beschouwen, waar te maken. Ikzelf bleef na lezing achter met de constatering dat de onrechtmatige daad in dit onderzoek niet enkel ‘van onderaf’ is gezien, maar ook ‘binnenstebuiten’ is gekeerd. Dat bij een dergelijke driedimensionale exercitie niet alle daaruit volgende conclusies door eenieder zullen worden onderschreven, is onvermijdelijk. Dat draagt alleen maar bij aan de belangrijkste waarde van een dissertatie als deze: de rechtswetenschap duurzaam vooruithelpen.

⁴⁹ Franke 2022, p. 13.

⁵⁰ Zie par. 2 van deze bespreking.

⁵¹ Franke 2022, p. 23.