

Aansprakelijkheidsrecht en maatmens

Preadviesen van de
Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)
staan onder redactie van

Prof. mr. C.J.M. Klaassen
Prof. mr. J. Spier

Mr. drs. M.Th. Beumers
PhD Fellow bij de Afdeling Civiel Recht, Universiteit Leiden

Prof. mr. W.H. van Boom
Hoogleraar bij de Afdeling Civiel Recht, Universiteit Leiden

Prof. mr. M.A. Loth
Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, Tilburg
University

Aansprakelijkheidsrecht en maatmens

 Wolters Kluwer

Deventer – 2016

Omslagontwerp: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978-90-13-13651-7

ISBN 978-90-13-13652-4 (E-book)

NUR 822-206

© 2016 Wolters Kluwer, Deventer

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

INHOUDSOPGAVE

De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht / 1

Mr. M.Th. Beumers Msc & Prof. mr. W.H. van Boom

1	Inleiding / 1
2	De gemiddelde consument / 2
2.1	Inleiding / 2
2.2	Een Europese achtergrond / 3
2.3	De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument / 3
2.4	Ratio achter de consument-maatmens / 5
2.5	Maatmens, feit of norm? / 5
2.6	De maatmens en concrete handelspraktijken / 8
2.7	Empirische gegevens / 9
2.8	De rol van taal, cultuur en maatschappij / 11
2.9	Wat kunnen we van de Europese consument-maatmens leren? / 12
3	De maatmens en zijn verlies van arbeidsvermogen / 14
3.1	Inleiding / 14
3.2	Het huidige recht / 14
3.3	Welke problemen levert het huidige systeem op? / 16
3.4	De maatmens als statistiek / 19
3.5	Een radicale ommezwaai of abstraheren? / 21
4	Naar een taxonomie van de maatmens-benadeelde... / 23
4.1	Een tentatieve taxonomie / 23
4.2	Vier functies / 25
4.3	Afsluiting / 28
5	Literatuurlijst / 28

Rechtvaardige aansprakelijkheid / 33

Marc Loth

1	Inleiding / 33
2	Beginselloze aansprakelijkheid / 35
3	Waartoe is het aansprakelijkheidsrecht op aarde? / 38

4	Voorbij corrigerende rechtvaardigheid / 40
5	Niet zonder distributieve rechtvaardigheid / 44
6	Tussenstand / 47
7	De capaciteitenbenadering / 49
8	“Wie is de maatmens benadeelde?” / 54
9	Verdere vragen / 60
10	Gerechtvaardigde aansprakelijkheid? / 63
11	Ten slotte / 66
12	Literatuur / 67

De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht

Mr. drs. M.Th. Beumers & Prof. mr. W.H. van Boom¹

1 Inleiding

Het aansprakelijkheidsrecht kent veel maatmensen. Het is veelal de aangesproken partij die ‘de maat wordt genomen’. Is zijn gedrag in overeenstemming met het gedrag dat de maatmens zou hebben vertoond? Hoe zou bijvoorbeeld een redelijk handelend en bekwame beroepsgenoot in de gegeven omstandigheden hebben gehandeld? Wat valt van de redelijk handelende werkgever, de zorgvuldige producent en de goede huisvader te verwachten? De maatmens voorziet aldus het aansprakelijkheidsrecht van geobjectiveerde gedragsnormen waaraan de daadwerkelijke gedragingen van een aangesproken partij worden getoetst.

Maar niet alleen de aangesproken partij wordt de maat genomen in het aansprakelijkheidsrecht. Ook voor potentiële benadeelden bestaan maatmensvergelijkingen. Daarover gaat dit preadvies. Wie zijn deze maatmens-benadeelden? Om welke redenen worden zij gehanteerd? Welke functies vervullen zij en voor welke problemen dienen zij een oplossing te bieden? In deze bijdrage zoeken wij, aan de hand van een tweetal concrete voorbeelden, naar antwoorden op zulke vragen. We betrekken daarbij zowel de vestigingsfase als de schadevergoedingsfase. Vervolgens worden, aan de hand van deze voorbeelden, enkele meer algemene perspectieven ontwikkeld op de maatmens-benadeelde, zijn functies, doelstellingen en op de wrijving tussen feit en norm bij het gebruik van de maatmens in het aansprakelijkheidsrecht. Daarmee geven we een aanzet voor een beredeneerde classificatie van de maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht.

De opzet van onze bijdrage is als volgt. Allereerst staan we in hoofdstuk 2 stil bij de maatmens-benadeelde in het consumentenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Zoals zal blijken, is voor de duiding van deze maatmens zijn Europeesrechtelijke achtergrond van belang. Hij dient namelijk mede een harmonisatiedoel: overal in Europa leeft de ‘gemiddelde consument’. Duidelijk wordt echter dat dit ideaaltipe uniforme consument onmogelijk is te bereiken en dat er spanning

¹ De auteurs zijn verbonden als PhD Fellow respectievelijk hoogleraar bij de Afdeling Civiel Recht, Universiteit Leiden. Zij danken de deelnemers aan de discussie bij de jaarvergadering d.d. 12 november 2015 van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) voor de waardevolle discussie. De bijdrage werd afgesloten op oudejaarsavond 2015; met latere ontwikkelingen is geen rekening meer gehouden.

bestaat tussen feit en norm, dat wil zeggen tussen het daadwerkelijke consumentengedrag en het gedrag van de consument-maatmens.

In hoofdstuk 3 gaan we vervolgens in op de maatmens-benadeelde bij de begroting van verlies van arbeidsvermogen. Het begroten van het verlies van arbeidsvermogen bij letselschade is een exercitie in het construeren van een toekomst die nooit ontstond. Zien we bij die exercitie ook een plaats voor de maatmens? En zo ja, wat is dan de rechtvaardiging daarvoor? Ook in deze discussie is een spanning tussen feit en norm waarneembaar.

Ten slotte proberen we in hoofdstuk 4 enkele meer algemene uitspraken te doen over de maatmens-benadeelde. We inventariseren wat betreft onze twee voorbeelden de achterliggende doelen en de functies die de maatmens vervult.

2 De gemiddelde consument

2.1 Inleiding

Is een folder waarin een risicovol aandelenleaseproduct wordt aangeprezen, misleidend voor consumenten?² Zetten de reclames van de staatsloterij waarin de winkansen positiever worden voorgesteld dan ze in werkelijkheid zijn, hen op het verkeerde been?³

Al meerdere malen heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of het gedrag van een handelaar misleidende reclame vormt op grond van artikel 6:194 (oud) BW of een oneerlijke handelspraktijk op grond van de huidige regeling van artikel 6:193a e.v. BW (afdeling 6.3.3A BW).⁴ Deze twee species van de onrechtmatige daad verbieden het handelaren om misleidend, agressief of anderszins oneerlijk te handelen jegens hun consumenten. Wanneer is daar sprake van? Afgezien van enkele handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn, speelt bij de beoordeling hiervan een consument-maatmens een cruciale rol.⁵

We zullen eerst uiteenzetten wie deze consument-maatmens is en welke eigenschappen hij heeft. Ook gaan we in op de functies van deze maatmens (par. 2.2-2.4). Vervolgens bespreken we de empirische kritiek op het ontwikkelde model van de consument-maatmens en het belang van deze kritiek. Het belang van de kritiek blijkt afhankelijk van hetgeen de consument-maatmens beoogt te zijn (par. 2.5). Daarna zullen we aandacht besteden aan de wijze waarop het model van de consument-maatmens wordt toegepast door de nationale rechter. Dan blijkt dat de nationale rechter veel ruimte is gelaten om met het daadwerkelijke consumentengedrag rekening te houden (par. 2.6-2.8).

2 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/183 (Levob/Bolle), r.o. 4.3.1-4.3.11.

3 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, RvdW 2015/223, AA 2015, p. 784-793 (Stichting Loterijverlies).

4 In de nieuwe afdeling 6.3.3A BW is misleidende reclame een species van de oneerlijke handelspraktijken. Daarmee werd het oude artikel 6:194 BW grotendeels overbodig voor B2C-praktijken. Het is echter gehandhaafd ter bescherming van niet-consumenten die worden benadeeld door misleidende reclame van een ander bedrijf.

5 Handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn, staan in respectievelijk artikel 6:193g en 6:193i BW.

2.2 Een Europese achtergrond

De consument-maatmens uit afdeling 6.3.3A BW is van Europese origine. De wettelijke regeling betreffende oneerlijke handelspraktijken in het BW vormt de implementatie van de EU-Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna: Richtlijn OHP).⁶ De consument-maatmens stamt echter al van voor deze richtlijn. Hij werd daarvoor onder meer ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (verder: het Hof) over misleidende reclame.⁷ Deze consument-maatmens is daarnaast op verschillende andere deelterreinen ingezet door het Hof, zoals in het intellectuele eigendomsrecht, in het recht op het vrije verkeer van goederen en diensten en in verschillende specifieke productrichtlijnen.⁸

Aangezien in dit preadvies het aansprakelijkheidsrecht centraal staat, spitst dit hoofdstuk zich toe op de wettelijke regeling in het BW over oneerlijke handelspraktijken en op de Richtlijn OHP.

2.3 De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument

Het antwoord op de vraag of een handelspraktijk respectievelijk oneerlijk (6:193b BW), misleidend (6:193c BW) of agressief (6:193h BW) is, is mede afhankelijk van de reactie erop door de gemiddelde consument. Om te beoordelen of een handelspraktijk agressief, misleidend of anderszins oneerlijk is, wordt niet getoetst of daadwerkelijke consumenten door de handelspraktijk een ander besluit over de overeenkomst hebben genomen dan zij zouden hebben genomen zonder de handelspraktijk, maar of *een gemiddelde consument* dat zou hebben gedaan. Wie is dat? Opmerkelijk genoeg bevat de wettelijke regeling in het BW zelf geen definitie van deze gemiddelde consument.⁹ In de Memorie van Toelichting van afdeling 6.3.3A BW is er wel een te vinden:¹⁰

“(...) het gaat om de fictieve doorsneeconsument, dat wil zeggen de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument (...).”

6 Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (Verder: Richtlijn 2005/29/EG).

7 Zoals de EU-wetgever expliciet vermeldt in Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

8 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 21-22; Pavillon 2011, p. 297 (voetnoot 45) en Duivenvoorde 2014, p. 44. Zie verder: Mak *MvV* 2011, p. 185-190, Mak *ERPL* 2011, p. 25-42 en Mak 2013, p. 333-356. Zij laat zien dat het consumentenbegrip in de nationale rechtssystemen en in verschillende andere richtlijnen afwijkt van de consument-maatmens uit de Richtlijn OHP en dat daar veelal is gekozen voor een consumentenvriendelijkere invulling. Zulke verschillen zijn problematisch naar haar mening. In onze bijdrage richten we ons echter uitsluitend op de consument-maatmens uit de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

9 Artikel 6:193a lid 2 BW geeft enkel aan wat er *mede* onder een gemiddelde consument wordt verstaan.

10 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14 (MvT).

De Hoge Raad omschreef de gemiddelde consument min of meer:¹¹

“Bij de beantwoording van de vraag of een mededeling misleidend is in de zin van art. 6:194 (oud) BW moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt, de ‘maatman’ (...).”

Beide definities zijn gebaseerd op de Richtlijn OHP. In de considerans van deze richtlijn wordt de gemiddelde consument omschreven als een ‘fictieve doorsneeconsument’, die ‘redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend’ is.¹² Met deze omschrijving zocht de Richtlijn aansluiting bij de jurisprudentie van het Hof, die dit criterium ontwikkelde in zijn jurisprudentie.¹³ De locus classicus vormt het arrest *Gut Springenheide*, waarin de vraag centraal stond of reclame die voor een bepaald soort eieren werd gemaakt, misleidend was.¹⁴ De verwijzende rechter vroeg zich onder meer af of bij deze beoordeling moest worden uitgegaan van de verwachtingen van een oppervlakkige consument of van een consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen.¹⁵ Het Hof antwoordde op deze vraag dat:¹⁶

“[moet worden] uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (...).”

Dit criterium is vervolgens in verschillende arresten gehanteerd¹⁷ en ligt thans ook ten grondslag aan de Richtlijn OHP.

De gemiddelde consument krijgt heldere kwaliteiten toegedicht. Hij heeft een redelijk ontwikkelde algemene kennis en heeft daarnaast enige kennis over de producten die hij aanschaft.¹⁸ Daarbij bestudeert de consument-maatmens de informatie die hem is verstrekt door de verkoper nauwkeurig en grondig, met name ook de informatie die te vinden is op het etiket van de productverpakking.¹⁹ Indien nodig maakt de consument een prijsvergelijking tussen verschillende producten voordat hij een aankoop doet.²⁰ Hij is daarbij kritisch en laat zich niet snel om de tuin leiden door de reclame-uitingen van een

11 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, *RvdW 2015/223* (Stichting Loterijverlies), r.o. 3.2.3.

12 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

13 Dat blijkt uit Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 en *Kamerstukken II 2005/07, 30928*, nr. 3, p. 14 (MvT). Zie hierover: Drijber *NTER 2005*, p. 180; Verkade 2009, p. 31 en Pavillon 2011, p. 297-298.

14 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*).

15 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 15.

16 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 31.

17 Bijvoorbeeld: HvJ EG 28 januari 1999, C-303/97 (*Sektkellerei Kessler*), r.o. 36; HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 27; HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 20 en HvJ EG 19 september 2006, C-356/04 (*Lidl*), r.o. 78.

18 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 25; HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 2 en conclusie A-G Léger bij dit arrest sub 70-72. Zie verder: Incardona en Poncibò *JCP 2007*, p. 24; Verkade 2009, p. 31 en Duivenvoorde 2014, p. 49-50, 67.

19 HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 22; conclusie A-G Léger bij dit arrest, sub 39 en conclusie A-G Geelhoed bij HvJ EG 15 juli 2004, C-239/02 (*Douwe Egberts*), sub 54.

20 Conclusie A-G Tesauro bij HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90 (*Nissan*), sub 9.

verkoper. De consument handelt namelijk rationeel en efficiënt en is zich daarbij bewust van de mogelijke risico's die zijn gemoeid met de aankoop van producten.²¹ Hij is *niet* oppervlakkig en handelt *niet* ondoordacht of impulsief.²²

2.4 *Ratio achter de consument-maatmens*

Het hanteren van deze consument-maatmens bij de beoordeling van handelspraktijken moet ervoor zorgen dat er evenredigheid bestaat tussen twee doelstellingen die met de Richtlijn OHP worden nagestreefd: een hoge mate van consumentenbescherming enerzijds en het bevorderen van het vrije verkeer van goederen en diensten anderzijds.²³ Aan de ene kant moeten consumenten voldoende worden beschermd tegen oneerlijke handelspraktijken van malafide handelaren, maar aan de andere kant moet ervoor worden gewaakt dat het vrije verkeer wordt belemmerd door allerlei strikte en rigide consumentenbescherming van individuele lidstaten.²⁴

De Richtlijn OHP vereist maximumharmonisatie. Het doel is dus eveneens om nationale verschillen in consumentenbescherming te laten verdwijnen en om te waarborgen dat in de gehele Unie hetzelfde niveau van consumentenbescherming tegen oneerlijke handelspraktijken bestaat. Dit komt de rechtszekerheid en daarmee de grensoverschrijdende handel ten goede.²⁵ De consument-maatmens moet helpen voorkomen dat de nationale rechter van de ene lidstaat een handelspraktijk als oneerlijk kwalificeert, maar dat dezelfde handelspraktijk volgens een andere nationale rechter wel door de beugel kan.²⁶

2.5 *Maatmens, feit of norm?*

Dit model van consument-maatmens is niet onomstreden. In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt, met een beroep op empirische inzichten, aangevoerd dat de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende

21 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 25; conclusie A-G Geelhoed bij HvJ EG 15 juli 2004, C-239/02 (*Douwe Egberts*), sub 79 en conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 103. Zie ook: Leidraad voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, EC 3 december 2009, SEC(2009) 1666, p. 28 (verder: Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG).

22 Verkade 2009, p. 30-31; Van Dam SEW 2009, p. 5-6; Mak ERPL 2011, p. 29 en Duivenvoorde 2013, p. 148.

23 Dit zijn de doelstellingen van de Richtlijn OHP volgens Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 1-2 en art. 1.

24 Zie: Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 en Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG, p. 28. Ook in de jurisprudentie is dit benadrukt: HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 28 en conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 102. Zie verder: Abbamonte CJEL 2006, p. 707; Incardona en Poncibò JCP 2007, p. 26-27; Van Dam SEW 2009, p. 6; Duivenvoorde WPNR 2010, p. 533; Mak 2013, p. 336-339 en Duivenvoorde 2014, p. 28, 64.

25 Kamerstukken II 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1, 3 (MvT) en Richtlijn 2005/29/EG, art. 4.

26 Conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EU 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 102 en Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 3 en 4. Zie ook: Wilhelmsson 2007, p. 249; Van Dam SEW 2009, p. 8 en Duivenvoorde WPNR 2010, p. 533.

consument een onrealistisch beeld schetst van de daadwerkelijke consumentenpopulatie.

Zo zou uit empirisch onderzoek blijken dat consumenten helemaal niet in staat zijn om alle informatie die hun wordt aangeboden over een product op een juiste manier te verwerken. Zeker wanneer hun zeer veel informatie wordt aangeboden, lezen consumenten het merendeel van de productinformatie niet.²⁷ Ook interpreteren consumenten productinformatie eenzijdig, subjectief en veelal verkeerd.²⁸ Bovendien maken ze bij de aanschaf van een product niet steeds een volledige afweging op basis van de beschikbare informatie, maar is hun beslissing veeleer afhankelijk van allerlei vuistregels en eerdere ervaringen.²⁹ Daarbij komt dat consumenten contracteerbeslissingen vaak nemen op basis van emoties, dat zij gevoelig zijn voor modegrillen en geneigd zijn om het autoriteitsoordeel van 'experts' als zoete koek te slikken.³⁰ Een model waarin ervan uit wordt gegaan dat de gemiddelde consument rationeel handelt en bewuste, doordachte keuzes maakt, strookt dus niet met de werkelijkheid, zo houden deze critici ons voor.³¹

Bovendien is betoogd dat de gemiddelde consument helemaal niet bestaat. Consumenten verschillen sterk in hun kennis over de producten die zij aanschaffen, in hun mate van betrokkenheid bij de aanschaf van producten en in hun capaciteiten om informatie juist te verwerken. Er is, met andere woorden, een grote variëteit aan consumenten. Sommigen worden nauwelijks beïnvloed door oneerlijke handelspraktijken, terwijl anderen er juist zeer vatbaar voor zijn.³² Wilhelmsson verdedigt aan de hand van statistisch onderzoek dat er bovendien grote verschillen bestaan tussen de culturen van de Europese lidstaten. Zo wordt het bedrijfsleven in sommige lidstaten meer vertrouwd dan in andere lidstaten, wordt reclame serieuzer genomen en nemen consumenten aankoopbeslissingen meer met het hart dan met het verstand.³³ Deze verschillen zijn van invloed op de mate waarin handelspraktijken consumenten uit de verschillende lidstaten beïnvloeden.

Het 'pan-Europese' ideaal van de consument-maatmens wordt om deze reden bekritiseerd omdat het er ten onrechte van uitgaat dat alle consumenten hetzelfde reageren op oneerlijke handelspraktijken. Het model van een consument-maatmens doet daarmee geen recht aan verschillen tussen consumenten binnen een lidstaat en de verschillen tussen de culturen van de verschillende lidstaten.³⁴

Deze kritiek op het model van de consument-maatmens is fors, maar wat is het belang ervan? Dat lijkt ons afhankelijk te zijn van de vraag wat de

27 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 32; Duivenvoorde 2013, p. 150-151 en Van Raaij 2013, p. 35.

28 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 32 en Duivenvoorde 2013, p. 151-152.

29 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 32-33 en Duivenvoorde 2013, p. 152.

30 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 33-34, 36.

31 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 36; Duivenvoorde *WPNR* 2010, p. 533; Duivenvoorde 2013, p. 153; Van Raaij 2013, p. 37-39 en Duivenvoorde 2014, p. 169, 177.

32 Duivenvoorde 2013, p. 152-156 en Duivenvoorde 2014, p. 170-173.

33 Wilhelmsson 2007, p. 259-264.

34 Wilhelmsson 2007, p. 265-266; Incardona en Poncibò *JCP* 2007; Duivenvoorde 2013, p. 158 en Duivenvoorde 2014, p. 177-178.

consument-maatmens eigenlijk beoogt te zijn: een *feitelijke* veronderstelling over het daadwerkelijke gedrag van de gemiddelde consument of een *normstelling* die voorschrijft hoe consumenten worden geacht zich te gedragen, of 'iets daartussenin'?³⁵

Wanneer de consument-maatmens een *zuiver* feitelijk model zou zijn, heeft dat namelijk verschillende consequenties. Ten eerste zijn de empirische argumenten dan van grote betekenis. Ze tonen dan immers aan dat het Hof en de EU-wetgever er onjuiste veronderstellingen op nahouden over de consument.

In werkelijkheid hanteren Hof en EU-wetgever echter geen zuiver feitelijk begrip van de consument-maatmens. In verschillende arresten is overwogen dat de gemiddelde consument wordt *geacht* het een en ander te begrijpen of te doen. Zo wordt hij geacht te begrijpen dat in reclames wordt overdreven, hij wordt geacht de etiketten van producten te lezen en hij wordt geacht te weten dat landbouwproducten altijd in geringe mate zijn vervuild met zware metalen.³⁶ In verschillende conclusies bij arresten over de gemiddelde consument worden deze normatieve elementen van het model nog duidelijker. Volgens Fennelly moeten er strenge eisen worden gesteld aan consumenten en vormt de consument-maatmens geen statistisch criterium.³⁷ Op vergelijkbare wijze betogen Trstenjak en Geelhoed dat de consument wordt "geacht het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daar rationeel op te reageren"³⁸ en geacht dat hij "vóór de (eerste) aanschaf van een gegeven product steeds kennis zal nemen van de informatie die op het etiket is vermeld en dat hij voorts in staat is deze informatie op waarde te schatten."³⁹ Bovendien betoogde Tesouro al dat het recht slechts de oplettende, en niet de slapende consument beschermt.⁴⁰ Ook in de Richtlijn OHP, waarin aansluiting wordt gezocht bij de jurisprudentie van het Hof, schemeren deze normatieve verwachtingen aan het adres van de gemiddelde consument door.⁴¹

De meeste auteurs komen dan ook tot conclusie dat de consument-maatmens een normatief model vormt.⁴² Anderen zien de consument-maatmens als een hybride concept, dat zowel normatieve als feitelijke elementen omvat.⁴³ Het is veilig om te concluderen dat de consument-maatmens in ieder geval deels een normatief karakter heeft en geen zuiver feitelijk model is. De

35 Duivenvoorde 2013, p. 150 (voetnoot 7) en Duivenvoorde 2014, p. 63-66. In de literatuur is wel verdedigd dat het onderscheid tussen een feitelijk of normatief model van de consument-maatmens een schijn tegenstelling is omdat de feitelijke en normatieve benadering twee zijdes van dezelfde medaille zouden behelzen. Zie: Radeideh 2004, p. 172 en Van Dam SEW 2009, p. 6. Dit lijkt ons een onderschatting van het verschil tussen feit en norm.

36 HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93 (*Mars*), r.o. 24, HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 26-27, conclusie A-G Léger bij dit arrest sub 70-72.

37 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 29.

38 Conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 103.

39 Conclusie A-G Geelhoed bij HvJ EG 15 juli 2004, C-239/02 (*Douwe Egberts*), sub 54.

40 Conclusie A-G Tesouro bij HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90 (*Nissan*), sub 9.

41 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 (slot).

42 Dittmer *EIPR* 1998, p. 316; Duivenvoorde *WPNR* 2010, p. 533; Pavillon 2011, p. 307; Mak 2013, p. 336-340 en Duivenvoorde 2014, p. 63-66.

43 Radeideh 2004, p. 171-173; Wilhelmsson 2007, p. 245-246 en Van Dam SEW 2009, p. 6.

consument-maatmens schrijft ten dele voor hoe consumenten zich dienen te gedragen.

Dat de consument-maatmens een deels normatief karakter heeft, betekent dat de bovengenoemde empirische kritiek – hoe feitelijk correct deze ook moge zijn – de consument-maatmens niet raakt. De consument-maatmens vormt blijkbaar geen veronderstelling over het (zuiver) feitelijke gedrag van de gemiddelde consument, maar is ten dele een norm waaraan consumenten worden geacht te voldoen om bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken te verdienen. In die normatieve discussie over het gewenste consumentengedrag, komt aan het feitelijke gedrag van consumenten geen doorslaggevende betekenis toe.⁴⁴

Toch is de empirische kritiek relevant. Wanneer een maatmens van geen enkele realiteitszin getuigt, kan dat een overtuigend argument zijn om de norm bij te stellen. Zo zal een consument-maatmens die onrealistische hoge verwachtingen aan de consumentenpopulatie stelt, de doelstelling van een hoge mate van consumentenbescherming ondergraven. Als in de praktijk blijkt dat alleen de meest behoedzame consumenten aan de norm kunnen voldoen, blijft een merendeel van de consumenten onbeschermd achter.⁴⁵ Dat zou de vraag wettigen of de betreffende regel wel geëigend is om de gestelde doelen te bereiken. In dit opzicht levert empirische kritiek dus een belangrijke bijdrage aan de normatieve discussie over het gewenste gedrag van consumenten.⁴⁶

2.6 De maatmens en concrete handelspraktijken

Vanuit de Europese Unie is het Nederlands recht dus verrijkt met een model van de consument-maatmens. Deze consument-maatmens vormt een ten dele normatief model dat voorschrijft hoe consumenten worden geacht zich te gedragen. De vervolgvraag is hoe dit model concreet wordt toegepast. De Richtlijn OHP legt deze beoordelingstaak bij de nationale gerechtelijke instanties van de lidstaten:⁴⁷

“Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordelen volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.”

Het Hof laat de nationale rechters van lidstaten veel ruimte om dit te beoordelen en geeft daarmee zelf weinig sturing. In *Lifting* overwoog het Hof dat de nationale rechter met ‘alle relevante gegevens’ rekening moet houden,⁴⁸ zoals

44 Wilhelmsson 2007, p. 246.

45 Gomez *ERCL* 2006, p. 27-28 en Duivenvoorde 2013, p. 149-150.

46 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 35-36 en Wilhelmsson 2007, p. 245-249, 265.

47 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

48 HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 30 en HvJ EG 19 september 2006, C-356/04 (*Lidl*), r.o. 79. Zie ook: HvJ EG 26 november 1996, C-313/94 (*Graffione*), r.o. 26 en conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 29.

de omstandigheden waaronder een product is verkocht, de informatie op een verpakking, reclame-uitingen en de context van de verkoop.⁴⁹

In de twee volgende paragrafen zullen twee van deze omstandigheden centraal staan: empirische gegevens en taalkundige, culturele en maatschappelijke factoren. Het gebruik van beide omstandigheden is omstreden en de discussie erover laat opnieuw de spanning zien tussen norm, dat wil zeggen het model van de consument-maatmens enerzijds, en feit, dat wil zeggen de gedragingen van de daadwerkelijke consumentenpopulatie anderzijds.

2.7 Empirische gegevens

Mag empirisch bewijs worden gebruikt door een rechter om te beoordelen of een concrete handelspraktijk oneerlijk is? Over deze vraag is discussie. In Duitsland werd bij de beoordeling van een handelspraktijk lange tijd gebruikgemaakt van opinie- en deskundigenonderzoeken. Wanneer een aanzienlijk percentage – variërend van tien tot vijftien procent – van de geënquêteerde consumenten door de handelspraktijk op het verkeerde been werd gezet, werd deze handelspraktijk als misleidend gekwalificeerd.⁵⁰

In de oudere jurisprudentie van het Hof werd niet helemaal helder of er waarde aan zulke onderzoeken mocht worden gehecht. In *Nissan* oordeelde het Hof dat van misleiding sprake was wanneer “een aanzienlijk aantal consumenten” onder de juiste voorstelling van zaken van de koop had afgezien.⁵¹ Dit duidde erop dat de vraag of sprake was van misleiding aan de hand van een kwantitatief criterium kon worden vastgesteld. In *Mars* legde het Hof daarentegen een ander criterium aan. Het Hof stelde de vraag centraal of een consument met een redelijk onderscheidingsvermogen zou zijn misleid.⁵² In het eerder besproken *Gut Springenheide* gaf het Hof opheldering over de verhouding tussen deze twee arresten. De verwijzende rechter vroeg zich onder meer af of hij feitelijk moest vaststellen of een bepaald percentage van de consumenten door de productomschrijving van de eieren werd misleid en, zo ja, bij welk percentage kon worden aangenomen dat de gemiddelde consument erdoor werd misleid.⁵³ Het Hof overwoog ten eerste dat een dergelijk onderzoek niet noodzakelijk is om de vermoedelijke verwachtingen van de gemiddelde consument vast te stellen.⁵⁴ Onder verwijzing naar *Nissan* stelde het Hof vervolgens dat:⁵⁵

“(…) nationale rechter, althans in sommige bijzondere omstandigheden, overeenkomstig zijn nationaal recht kan beslissen een opinie- of deskundigenonderzoek te gelasten, teneinde zich over het eventueel misleidend karakter van een reclame-uiting te laten informeren.”

49 Zie voor een uitgebreide lijst van omstandigheden: Pavillon 2011, p. 298-299.

50 Dittmer *EIPR* 1998, p. 315-316; Mann *EIPR* 1999; Kabel 2006, p. 19; Van Dam *SEW* 2009, p. 7 en Duivenvoorde 2014, p. 71.

51 HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90 (*Nissan*), r.o. 15.

52 HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93 (*Mars*), r.o. 24.

53 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 15.

54 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 32-33.

55 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 34-35.

Wat deze bijzondere omstandigheden zijn waarin een deskundigen- of opinieonderzoek uitkomst kan bieden, blijft onduidelijk. In de literatuur wordt wel betoogd dat het uitsluitend kan worden gebruikt in moeilijke gevallen.⁵⁶ In *Sektkellerei Kessler* werd door het Hof een vergelijkbare eis gesteld.⁵⁷ Er blijft desalniettemin discussie mogelijk over de vraag in welke gevallen het gebruik van empirisch bewijs is geoorloofd.⁵⁸ Ook over de vraag aan welk percentage van misleide consumenten vervolgens moet zijn voldaan om van misleiding van de gemiddelde consument te kunnen spreken, laat het Hof zich tot op heden niet uit. Dit moeten de nationale rechters op basis van hun eigen nationale recht bepalen.⁵⁹

Het belang van statistisch onderzoek lijkt met deze arresten in ieder geval drastisch te zijn beperkt. A-G Fennelly betoogde al dat aan statische gegevens geen doorslaggevend betekenis toekomt.⁶⁰ De nationale rechter moet namelijk op basis van zijn eigen oordeel beslissen of de gemiddeld geïnformeerde, oplettende en omzichtige consument door een handelspraktijk zou zijn misleid. Bij deze beoordeling moet hij alle relevante omstandigheden van het geval betrekken.⁶¹ In de considerans van de Richtlijn OHP wordt ook vooropgesteld dat de consument-maatmens geen statistisch criterium vormt en dat de rechter zelf moet bepalen wat de typische reactie van de consument-maatmens is wanneer deze wordt geconfronteerd met een oneerlijke handelspraktijk.⁶² In de literatuur wordt de beperking van de rol van statistisch bewijs bij de beoordeling van handelspraktijken betreurd. Er wordt bijvoorbeeld op gewezen dat het gebruik van opinie- en deskundigenonderzoek waarborgt dat de consument-maatmens een realistisch beeld vormt van de daadwerkelijke gemiddelde consument en dat wordt voorkomen dat het recht te hoge verwachtingen van de consument koestert.⁶³

In de praktijk is evenwel het gebruik van statistische gegevens niet uitgesloten. Het is weliswaar duidelijk dat het de nationale rechter niet vrijstaat om *uitsluitend* aan de hand van statistische gegevens, verkregen uit bijvoorbeeld opinie- of deskundigenonderzoek, de typische reactie van de consument-maatmens vast te stellen, maar omdat de nationale rechter betrekkelijk de vrije hand heeft bij het concreet toepassen van het model van de consument-maatmens kan hij zeker *acht slaan* op kwantitatieve bewijsvoering.

56 Kabel *IER* 2004, p. 368; Radeideh 2004, p. 61-62 en Pavillon 2011, p. 304.

57 HvJ EG 28 januari 1999, C-303/97 (*Sektkellerei Kessler*), r.o. 37.

58 Pavillon 2011, p. 304 en Duivenvoorde 2014, p. 74.

59 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 34-36. Later ook in: HvJ EG 28 januari 1999, C-303/97 (*Sektkellerei G.C. Kessler*) en HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), ro. 31. Zie ook: Radeideh 2004, p. 61-62; Pavillon 2011, p. 305 en Duivenvoorde 2014, p. 74.

60 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 29.

61 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 29.

62 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 (slot) en Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG, p. 30-31. Zie ook: Van Boom e.a. 2014, p. 9.

63 Dittmer *EIPR* 1998, p. 316; Kabel 2006, p. 22 en Gomez *ERCL* 2006, p. 26-27.

2.8 De rol van taal, cultuur en maatschappij

Op een geheel andere wijze bieden de Richtlijn OHP en de arresten van het Hof wel ruimte om met de concrete omstandigheden van daadwerkelijke consumenten rekening te houden. In de considerans van de Richtlijn OHP staat vermeld dat:⁶⁴

“(…) de gemiddelde (…) consument als maatstaf [wordt] genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren.”

In vroegere jurisprudentie nam het Hof culturele, maatschappelijke of linguïstische verschillen tussen lidstaten juist niet mee in zijn beoordeling van handelspraktijken. In *Clinique* overwoog het Hof bijvoorbeeld:⁶⁵

“(…) deze produkten [worden] in andere landen rechtmatig in de handel gebracht onder de benaming ‘Clinique’, kennelijk zonder dat het gebruik van deze naam bij de consument tot misverstanden leidt.”

Om die reden was er ook in de onderhavige lidstaat geen sprake van verwarring bij consumenten.⁶⁶ In latere arresten, zoals *Graffione* en *Lifting*, zag het Hof de maatschappelijke, culturele en taalkundige kenmerken van een lidstaat daarentegen wel als relevante omstandigheden. Dit leidde ertoe dat bepaalde handelspraktijken in de ene lidstaat wel oneerlijk waren, terwijl daar in een andere lidstaat geen sprake van was.⁶⁷ Zo waren papieren zakdoekjes die werden verkocht onder de merknaam “Cottonelle”, in sommige lidstaten misleidend. In die landen lag deze merknaam te dicht tegen het woord voor katoen aan (bijvoorbeeld het Engelse woord: *cotton*), waardoor consumenten de verkeerde indruk konden krijgen dat de zakdoekjes van katoen waren gemaakt. In andere lidstaten werd deze misleidende indruk niet gewekt, omdat het woord voor katoen significant afweek van de merknaam (het Duitse woord: *Baumwolle*).⁶⁸

De consument-maatmens is dus niet blind voor maatschappelijke, culturele en taalkundige verschillen tussen lidstaten en de nationale rechter wordt door het Hof de ruimte geboden om met zulke omstandigheden rekening te houden.⁶⁹ Het is echter onduidelijk in welke mate de nationale rechter rekening mag houden met zulke omstandigheden bij de beoordeling van de typische reactie van de consument-maatmens.⁷⁰ De arresten betreffen ‘onschuldige’

64 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

65 HvJ EG 2 februari 1994, C-315/92 (*Clinique*), r.o. 21.

66 Radeideh 2004, p. 59-60; Van Dam SEW 2009, p. 6-7 en Duivenvoorde 2014, p. 71.

67 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 30; Abbamonte CJEL 2006, p. 708-709; Van Dam SEW 2009, p. 6-7 en Duivenvoorde 2014, p. 71.

68 HvJ EG 26 november 1996, C-313/94 (*Graffione*), r.o. 22. Zie ook: HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 29.

69 Radeideh 2004, p. 61.

70 Duivenvoorde 2014, p. 71.

taalkundige verschillen tussen lidstaten, maar het meewegen van maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren kan in potentie verstrekkende gevolgen hebben. Nationale rechters kunnen meewegen dat binnen hun nationale cultuur consumenten veel of juist weinig vertrouwen hebben in het bedrijfsleven en snel geneigd zijn reclames te geloven. Men zou zelfs de opvattingen binnen een cultuur over de geoorloofdheid van handelspraktijken kunnen laten meewegen.⁷¹ Vanwege de doelstellingen van de Richtlijn om het vrije verkeer van goederen te bevorderen en om de nationale wetgeving met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken te uniformeren, verwachten veel auteurs juist dat de maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren maar van beperkte invloed zullen zijn. Een te ruime toepassing zou namelijk de doelstellingen van de richtlijn ondermijnen.⁷² Vanuit dezelfde gedachte wordt verdedigd dat wanneer een handelspraktijk in de ene lidstaat niet oneerlijk is, dit nog steeds een belangrijke aanwijzing vormt dat deze handelspraktijk in een andere lidstaat óók niet oneerlijk zal zijn.⁷³

Dat de Richtlijn OHP de nationale rechter expliciet opdraagt maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren mee te wegen, heeft tot kritiek geleid. Het zou nationale rechters te veel ruimte geven om een eigen invulling te geven aan het model van de consument-maatmens. De angst is, met andere woorden, dat er allerlei nationale consument-maatmensen ontstaan. Dit staat 'haaks' op de doelstellingen van maximumharmonisatie, van het bevorderen van het vrije verkeer van goederen en van een uniforme consumentenbescherming in alle lidstaten.⁷⁴ Van Dam verdedigt de stelling dat hiermee het 'Paard van Troje' is binnengehaald.⁷⁵ Wilhelmsson ziet daarentegen juist een uitgelezen kans om aan de hand van deze omstandigheden meer recht te doen aan de grote culturele verschillen tussen lidstaten. Naar zijn mening heeft een volledige harmonisatie waarin geen rekening wordt gehouden met dergelijke omstandigheden een negatief effect op het consumentenvertrouwen.⁷⁶

2.9 Wat kunnen we van de Europese consument-maatmens leren?

Wat leert de consument-maatmens uit de wettelijke regeling in het BW over oneerlijke handelspraktijken en de nationale en Europese discussie hierover ons over de maatmens-benadeelde in het algemeen?

Ten eerste wordt de harmoniserende functie van de maatmens-benadeelde duidelijk zichtbaar. De Europese consument-maatmens beoogt een balans te vinden tussen twee doelstellingen: een hoog niveau van consumentenbescherming enerzijds en het 'level playing field' voor het vrije communautaire verkeer anderzijds. De consument-maatmens zoals die door het Hof is ontwikkeld en vervolgens

71 Van Dam SEW 2009, p. 10-11 en Duivenvoorde 2014, p. 71-72.

72 Wilhelmsson 2007, p. 248-249 en Duivenvoorde 2014, p. 72.

73 Allamonte CJEL 2006, p. 709. Hij verwijst naar de conclusie van A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*). Zie verder: Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG, p. 30.

74 Broekman TvC 2005, p. 178-179; Van Dam SEW 2009, p. 10-11; Mak ERPL 2011, p. 30; Pavillon 2011, p. 299.

75 Van Dam SEW 2009, p. 7.

76 Wilhelmsson 2007, p. 266-268.

is opgenomen in de Richtlijn OHP, legt de lat hoog voor individuele consumenten zodat niet iedere handelspraktijk oneerlijk is. Tegelijk wordt met de consument-maatmens rechtseenheid binnen de Europese Unie nagestreefd. In iedere lidstaat zou de beoordeling van handelspraktijk op gelijke wijze moeten geschieden aan de hand van de reactie van een uniforme consument-maatmens.

Ten tweede wordt de spanning zichtbaar tussen het Europese model van de consument-maatmens en het gedrag van de daadwerkelijke consumentenpopulatie. Met de consument-maatmens worden normatieve doelstellingen nagestreefd. De consument-maatmens vormt dan ook (in ieder geval ten dele) een normatief model dat voorschrijft hoe consumenten zich dienen te gedragen voordat ze voor bescherming in aanmerking komen. Omdat het daarmee geen zuiver feitelijke veronderstelling van het gedrag van consumenten vormt, is de in de literatuur geuite kritiek dat het model niet met de werkelijkheid strookt en onrealistische verwachtingen koestert van de consumentenpopulatie, maar van beperkt belang. Het daadwerkelijke gedrag van de gemiddelde consument staat immers niet centraal, maar het gewenste gedrag van de consumentenpopulatie. Toch blijft empirische kritiek van enige belang. Een gedragsnorm moet realistisch blijven.

Bij de toepassing van dit veeleisende normatieve model van de consument-maatmens op concrete handelspraktijken – een taak die de Richtlijn OHP legt bij de nationale rechters – is ook ruimte geboden om hier rekening mee te houden. De nationale rechter krijgt zeer veel vrijheid bij de beoordeling van handelspraktijken. Zo mag hij maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren meewegen en lijkt de nationale rechter met een schuin oog te mogen kijken naar deskundigen- en opinieonderzoek waarin misleiding van een significant deel van de consumentenpopulatie is vastgesteld.

Een duidelijke spanning tussen feit en norm wordt zo zichtbaar. Enerzijds wil men rekening houden met feitelijke omstandigheden van het specifieke geval. Ongetwijfeld interpreteert een Poolse bakker een Engelstalige reclame voor een ingewikkeld financieel product anders dan een Britse consultant uit de City of London. Aan zulke feitelijke verschillen wil men recht doen. Anderzijds wil men dat in alle lidstaten uniforme, scherpe en evenwichtige normen bestaan voor handelspraktijken, zodat handelaren en consumenten weten waar ze aan toe zijn wanneer zij grensoverschrijdend zaken doen. Een bank wil dat de vraag of zijn handelspraktijk door de beugel kan, in Polen hetzelfde wordt beantwoord als in Engeland, zonder zich te hoeven bekreunen over de verschillen tussen Poolse bakkers en Britse consultants.

In dit spanningsveld tussen gelijkmaking van het Europese juridische speelveld en lokale verschillen wordt met de consument-maatmens uit de Richtlijn OHP een balans gezocht tussen feit en norm. Met de consument-maatmens heeft men dus enerzijds een 'paardenmiddel' in handen om een balans te waarborgen tussen consumentenbescherming enerzijds en het vrije verkeer van goederen anderzijds.⁷⁷ Echter, door nationale rechters veel vrijheid te geven bij de beoordeling van concrete handelspraktijken toont de consument-maatmens

77 Kabel *IER* 2004, p. 369.

zich ook gevoelig voor de omstandigheden van het specifieke geval.⁷⁸ De vraag waar de balans tussen feit en norm ligt – of, nog belangrijker: waar deze behoort te liggen – is lastiger te beantwoorden. Met een maatmens kunnen beleidsdoelen zoals het creëren van een gelijk speelveld binnen de Unie worden nagestreefd, maar de nationale rechter blijft toch altijd in zekere mate gehouden om zich af te vragen of de daadwerkelijke consumenten die hij de maat neemt ook maar in de buurt komen van het ideaaltype van de consument-maatmens. Hoe verder deze twee uit elkaar groeien, des te minder aansprekend zal een maatmens zijn.

3 De maatmens en zijn verlies van arbeidsvermogen

3.1 Inleiding

Wanneer iemand door de fout van een ander ernstig of blijvend letsel oploopt, ontstaan er veel schadeposten. Voor al deze posten is de veroorzaker van de fout aansprakelijk, zoals voor ziekenhuisrekeningen, voor revalidatiekosten en voor de immateriële schade bestaande uit het lichamelijke letsel. Bovendien kan een slachtoffer (ten dele) arbeidsongeschikt raken door de fout van de dader. Het slachtoffer is door zijn letsel niet meer in staat om hetzelfde werk te doen – en dus hetzelfde inkomen te genereren – als voor het ongeval. Ook dit vormt een schadepost: verlies van arbeidsvermogen. Onder het huidige recht is deze schadepost notoir ingewikkeld om te berekenen. Om deze problemen en moeilijkheden het hoofd te bieden is meermaals geopperd om een maatmens-benadeelde te introduceren bij deze berekening.

In dit hoofdstuk gaan we nader op deze materie in om inzicht in de mogelijke functies en de doelstellingen van de maatmens te krijgen. Eerst bespreken we het huidige recht (par. 3.2), daarna zetten we uiteen welke problemen het huidige recht kent en welke rol statistische gegevens momenteel spelen bij de berekening van verlies van arbeidsvermogen (par. 3.3-3.4). Tot slot laten we zien hoe de toepassing van een maatmens-benadeelde als oplossing voor deze problemen is aangedragen. Aan de hand van deze literatuur krijgen we inzicht in de functies en doelstellingen van de maatmens-benadeelde (par. 3.5).

3.2 Het huidige recht

In het Nederlandse recht geldt als beginsel dat de veroorzaakte schade *volledig* moet worden vergoed door de laedens. Het beginsel vergt dat de benadeelde in vermogensrechtelijke zin in de positie wordt geplaatst, waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.⁷⁹

Om de hoogte van de schadevergoeding te berekenen, moet er dus een vergelijking worden gemaakt tussen twee situaties: de *daadwerkelijke* situatie waarin de benadeelde zich bevindt na de schadeveroorzakende gebeurtenis en

⁷⁸ Wilhelmsson 2007, p. 248.

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld: Lindenberg 2014, p. 17.

de *hypothetische* situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Deze vergelijking geschiedt, enkele uitzonderingen daargelaten, concreet: alle relevante omstandigheden van het specifieke geval worden meegenomen bij de berekening van de schade. Het verschil tussen deze twee situaties vormt de schade van de benadeelde, waarvoor de laedens vergoeding moet bieden.⁸⁰

Dit beginsel geldt eveneens bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen van een slachtoffer dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis ten dele of volledig arbeidsongeschikt is geraakt. Er moet ook dan een vergelijking worden gemaakt, ditmaal tussen het arbeidsvermogen van het slachtoffer ná het ongeval en zijn hypothetische arbeidsvermogen wanneer er geen ongeluk zou hebben plaatsgevonden. De Hoge Raad overwoog hieromtrent:⁸¹

“De vraag of een door een ongeval getroffen als gevolg van het ongeval schade heeft geleden door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval met de hypothetische situatie bij wegdenken van het ongeval.”

De eerste horde die moet worden genomen, behelst de vaststelling van het resterende arbeidsvermogen van een slachtoffer ná het ongeval. Is het slachtoffer nog in staat om te werken na het ongeval? Zo ja, wat voor werk kan hij nog doen? Hoe zal zijn letsel zich over de jaren heen ontwikkelen? Is er kans dat zijn gezondheid verbetert en daarmee zijn inzetbaarheid op de arbeidsmarkt toeneemt? Zeker bij jonge slachtoffers, die nog veel jaren voor zich hebben, is het voorspellen van de toekomstige ontwikkelingen van hun arbeids(on)geschiktheid een lastige opgave.⁸²

Met het vaststellen van het arbeidsvermogen van het slachtoffer ná de schadeveroorzakende gebeurtenis is men pas halverwege. Er moet namelijk óók worden voorspeld hoe het arbeidsvermogen van het slachtoffer zich zou hebben ontwikkeld in de hypothetische situatie dat hij geen slachtoffer was geworden van de schadeveroorzakende gebeurtenis.⁸³ Hoe zou zijn loon zich hebben ontwikkeld gedurende zijn carrière? Tot welke leeftijd zou hij hebben doorgewerkt? Zou hij promotie hebben gemaakt, voor een radicale carrièreswitch hebben gekozen of nieuwe opleidingen hebben gevolgd?⁸⁴ Opnieuw geldt dat hoe jonger het slachtoffer is, hoe lastiger de beantwoording van zulke vragen is.

Het is aan het slachtoffer om zijn hypothetische levensloop zonder ongeval te schetsen tijdens de gerechtelijke procedure. Er worden geen hoge eisen gesteld

80 Zie bijvoorbeeld: Bloembergen 1965, p. 14-18; Hartlief *AV&S* 2005, p. 160; Dijkshoorn en Lindenbergh *AA* 2010, p. 538 en Lindenbergh 2014, p. 46-47.

81 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehoff/Helvetia*), r.o. 3.5.1. Zie hierover: Giesen en Tjittes 2004, p. 75-76 en Hartlief *AV&S* 2005, p. 160-161.

82 Hartlief *AV&S* 2005, p. 160, 162 en Kolder *TvVP* 2015, p. 24-25.

83 Zie hierover: Hartlief *AV&S* 2005, p. 160 en Kolder *TvVP* 2015, p. 24.

84 Kolder *TvVP* 2015, p. 25-26.

aan het ‘bewijs’ van zulke voorspellingen. Het betreft namelijk een hypothetische toekomst en het slachtoffer kan nooit bewijzen – in de zin dat men feiten bewijst – hoe zijn leven zich zou hebben ontwikkeld zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Juist door de schadeveroorzakende gebeurtenis is het namelijk onmogelijk geworden dat een dergelijk leven ooit realiteit wordt voor het slachtoffer.⁸⁵ De Hoge Raad overwoog dat:⁸⁶

“(…) aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.”

Er moet een realistische inschatting worden gemaakt van de goede en kwade kansen gedurende de hypothetische levensloop zonder ongeval van het slachtoffer. Bij deze inschatting van de goede en kwade kansen ligt weliswaar het voordeel van de twijfel bij het slachtoffer, maar het is niet zo dat het missen van iedere zeer geringe goede kans door het slachtoffer volledig aan de dader mag worden toegerekend.⁸⁷

3.3 Welke problemen levert het huidige systeem op?

De huidige wijze van berekening van verlies van arbeidsvermogen is niet onomstreden en er zijn in de literatuur verschillende problemen signaleerd: de berekening is sterk speculatief, lokt discussie uit en kan op gespannen voet komen te staan met het verbod om op grond van bepaalde persoonlijke eigenschappen onderscheid te maken.

Om met het eerste probleem, dat van het speculatieve karakter, te beginnen: de vraag is hoe het arbeidsvermogen van het slachtoffer zich zou hebben ontwikkeld zonder ongeval. Hartlief wijst erop dat het voorspellen van de hypothetische situatie zonder ongeval moeilijk is en vaak een enigszins speculatief karakter heeft, voornamelijk wanneer statistische gegevens of deskundigenrapporten geen uitsluitel kunnen geven.⁸⁸ Zeker bij jonge slachtoffers is het voorspellen van hun arbeidsvermogen zonder ongeval zeer speculatief. Bij volwassen slachtoffers heeft men tenminste nog enkele aanknopingspunten, bijvoorbeeld welke opleiding zij hebben gevolgd, welk beroep zij uitoefenden voor het ongeval en wat hun inkomen was voor het ongeval. Op basis van zulke

85 Giesen en Tjittes 2004, p. 76; Hartlief *AV&S* 2005, p. 161; Janssen *NTBR* 2007, p. 101; Van Dijk *AV&S* 2015, par. 2.1 en Kolder *TvVP* 2015, p. 26.

86 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehoff/Helvetia*), r.o. 3.5.2.

87 HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, *NJ* 2000/437 (*Van Sas/Interpolis*), r.o. 3.4 en sub 4 van de annotatie van Brunner bij dit arrest.

88 Hartlief *AV&S* 2005, p. 163-165; Hartlief 2009, p. 525-526 en Lindenbergh 2014 (2), p. 2. Ook Janssen *NTBR* 2007, p. 110 wijst op het inherent speculatieve karakter van het voorspellen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval.

gegevens kan men enigszins voorspellen hoe de verdere carrière van slachtoffers zou zijn verlopen zonder het ongeval. Bij een jong slachtoffer ontbreekt dergelijke informatie vaak volledig. Onderwijsniveau, carrièrewensen en arbeidsmarktperspectieven, doorgroeimogelijkheden, parttime of fulltime; bij jonge kinderen is daar weinig zinnigs over te zeggen. Om toch een voorspelling te maken, wordt bij jonge slachtoffers veelal aansluiting gezocht bij discutabele gegevens zoals het opleidingsniveau van hun directe gezinsleden. Over de voorspellende waarde van zulke gegevens zijn velen sceptisch.

Het feit dat deze voorspellingen, zeker bij jonge slachtoffers zo speculatief zijn, wordt onwenselijk gevonden. Het kan leiden tot zeer uiteenlopende schadevergoedingsbedragen in vergelijkbare gevallen, tot willekeur en tot onduidelijke en arbitraire beslissingen van rechters.⁸⁹ Het is, met andere woorden, te veel 'natte vingerwerk'.⁹⁰ Het berekenen van het verlies van arbeidsvermogen wordt dan ook gezien als een ingewikkelde opgave met grote foutkansen.⁹¹

Daarmee zijn we bij het tweede probleem aanbeland: het leidt geregeld tot oeverloze discussies tussen het slachtoffer en (de verzekeraar van) de dader. Het slachtoffer zal benadrukken dat zijn arbeidsvermogen in grote mate is verminderd door het ongeval en zal zich zijn hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval zeer rooskleurig voorstellen. Zijn wederpartij zal juist het tegenovergestelde betogen. Hij is geneigd het arbeidsvermogen van het slachtoffer na het ongeval rooskleurig in te zien en is daarentegen beduidend minder optimistisch over het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval.⁹² Het huidige systeem biedt te veel ruimte voor discussie tussen partijen en zorgt daarmee voor langdurige en slepende gerechtelijke procedures over de berekening van het verlies van arbeidsvermogen.⁹³

Een derde probleem betreft het wettelijk verbod om op grond van bepaalde persoonlijke eigenschappen onderscheid te maken. Zoals gezegd, moet er met alle relevante omstandigheden rekening worden gehouden bij de voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval. Dat heeft tot gevolg dat de schadevergoeding voor verlies van arbeidsvermogen lager zal uitvallen wanneer het slachtoffer een vijftigjarige stratenmaker met beginnende knieklachten is dan wanneer hij een jonge talentvolle advocaat is aan het begin van zijn carrière.⁹⁴ Hierbij dient zich een probleem aan. Het is ten aanzien van bepaalde persoonlijke eigenschappen wettelijk verboden om onderscheid te maken. Mogen zulke eigenschappen dan wel meewegen bij de voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen van het slachtoffer? Mogen bijvoorbeeld het geslacht, de etniciteit of de geaardheid van het slachtoffer een rol spelen?

89 Giesen en Tjittes 2004, p. 73-74, 79-80 en 89; Hartlief *AV&S* 2005, p. 165-168; Nieuwenhuis 2005, p. 90-92; Janssen *NTBR* 2007, p. 100, 102-104 en Van Dijk *AV&S* 2015, par 2.1.

90 Janssen *NTBR* 2007, p. 110.

91 Janssen *NTBR* 2007, p. 102-103.

92 Hartlief *AV&S* 2005, p. 160.

93 Hartlief *AV&S* 2005, p. 167; Hartlief *NJB* 2012, p. 3007; Loth *AV&S* 2014 en Van Dijk *AV&S* 2015, par. 6. Lindenbergh 2014 (2), p. 2-5 en 13 geeft delen van een interview weer waaruit blijkt dat een slachtoffer een soortgelijke ervaring had in haar eigen schadestaatprocedure.

94 Voor een vergelijkbaar voorbeeld, zie: Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 179.

Deze problematiek kan worden geïllustreerd aan de hand van de jurisprudentie over vrouwelijke slachtoffers. Met enige regelmaat is aangevoerd dat het vrouwelijke slachtoffer in de hypothetische situatie zonder het ongeval op een zeker moment haar baan (tijdelijk) zou hebben opgegeven, of parttime zou zijn gaan werken, om voor haar kinderen te zorgen. Dit heeft tot gevolg dat haar hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval aanzienlijk lager moet worden ingeschat dan wanneer zij – ceteris paribus – een man was geweest. In veel gevallen worden deze stellingen onderbouwd met een beroep op statistische gegevens.⁹⁵ In de lagere rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden waarin met het feit dat het slachtoffer vrouw is, rekening wordt gehouden. In een omstreden vonnis overwoog Rechtbank Den Haag bijvoorbeeld:⁹⁶

“Het is immers een feit van algemene bekendheid dat slechts een kleine groep vrouwen na de geboorte van kinderen fulltime blijft werken en derhalve de verzorging en opvoeding van die kinderen voor een belangrijk deel aan derden over laat, terwijl niet is onderbouwd dat C tot deze kleine groep vrouwen behoort.”

Het leek de rechtbank daarom aannemelijk dat het slachtoffer na het krijgen van kinderen tien jaar lang niet zou werken en na deze tien jaar slechts parttime.⁹⁷ Er zijn in de rechtspraak meer van zulke voorbeelden te vinden.⁹⁸ Sommige rechters geven blijk van een modernere visie, maar ook daar speelt het feit dat het slachtoffer een vrouw is, wel degelijk een rol. Zo overwoog het Hof Arnhem:⁹⁹

“In de eerste plaats draagt Hendriks geen enkele concrete omstandigheid aan die de conclusie zou wettigen, dat Lohman niet zou behoren tot de steeds groeiende groep van jonge vrouwen die ernaar streven om – ongeacht eventueel huwelijk en geboorte van kinderen – een normale carrière te volgen en daarin ook slagen.”

Dat het feit dat het slachtoffer vrouw is veelal negatief meeweegt in de berekening van haar verlies van arbeidsvermogen leidde tot maatschappelijke verontwaardiging.¹⁰⁰ Het zou discriminatoir zijn. Loth trekt een parallel met onderscheid naar etniciteit en geaardheid. Het zal de meesten als discriminatoir voorkomen om op zulke gronden de schadevergoeding voor het verlies van arbeidsvermogen te verminderen. Bij onderscheid naar geslacht is dit niet

95 Over statistische gegevens meer in de volgende paragraaf.

96 Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, VR 2014/73, r.o. 4.10.

97 Idem.

98 Rb. Zwolle-Lelystad 7 december 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AV4128, r.o. 3.13 en Hof Arnhem 16 februari 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AD3002, VR 2001/98, r.o. 4.9.

99 Hof Arnhem 1 oktober 1985, ECLI:NL:GHARN:1985:AJ5223, VR 1986/91, r.o. 2. Vergelijkbare voorbeelden: Rb. Zutphen 19 december 1985, ECLI:NL:RBZUT:1985:AL7684, VR 1986/138; Rb. Amsterdam 3 februari 1993, ECLI:NL:RBAMS:1993:AJ5982, VR 1993/157, r.o. 6; Rb. Zutphen 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BQ3332, r.o. 5.12 en Rb. Middelburg 12 september 2009, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6866, r.o. 2.5.

100 Van Dijk *AV&S* 2015, par. 1. Zie ook: Engelhard e.a. *NTBR* 2015, p. 257.

anders.¹⁰¹ In vergelijkbare zin heeft de Commissie Gelijke Behandeling (verder: CGB) geconcludeerd dat het lijkt alsof bij de berekening van verlies van arbeidsvermogen bij vrouwen meer aandacht wordt besteed aan hun kinderen dan bij mannen. Ook lijkt het dat, zonder overtuigende reden, hun carrièremogelijkheden anders worden ingeschat dan die van mannen nadat zij kinderen hebben gekregen. Dat zou discriminatie op grond van geslacht opleveren.¹⁰² Dat zulk onderscheid wordt gemaakt, is echter een logisch gevolg van het huidige recht. Er moet immers een voorspelling worden gemaakt van het hypothetische arbeidsvermogen van het concrete slachtoffer zelf met al zijn 'gunstige' en 'ongunstige' eigenschappen.¹⁰³

3.4 De maatmens als statistiek

Met het hiervoor geschetste probleem van discriminatoir onderscheid tussen slachtoffers, hangt een tweede probleem nauw samen: de rol van statistiek. Dergelijk onderscheid bij de berekening komt meestal niet uit de lucht vallen, maar is veelal gebaseerd op statistische gegevens.¹⁰⁴ In de bovengenoemde gevallen bijvoorbeeld, kwamen daders vaak op de proppen met statistische gegevens waaruit zou blijken dat de meerderheid van de Nederlandse vrouwen (al dan niet tijdelijk) stopt met werken of minder gaat werken na de geboorte van hun eerste kind. Welke waarde hebben zulke statistische gegevens bij het berekenen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval?

De rechtspraak lijkt geen doorslaggevende betekenis aan statistische gegevens toe te kennen, maar geheel duidelijk is de waarde ervan niet.¹⁰⁵ In *Van Sas/Interpolis* achtte de Hoge Raad een motivering van het hof waarin bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen steun werd ontleend aan statistische gegevens, niet onbegrijpelijk.¹⁰⁶ Toch lijkt de lagere rechtspraak terughoudend te zijn met het gebruik van statistische gegevens bij de berekening van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval. De doorslag wordt veelal gegeven aan de persoonlijke omstandigheden en eigenschappen van het slachtoffer zelf. Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam:¹⁰⁷

“Naar het oordeel van de rechtbank heeft P Interieurs B.V. in dit licht gezien onvoldoende aangevoerd en bieden ook overigens de te berde gebrachte persoonlijke

101 Loth *AV&S* 2014.

102 Commissie Gelijke Behandeling, *Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade*, september 2012 (verder: Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012), p. 19-22. De berekenwijze van de verzekeraar in het geschil Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, VR 2014/73, r.o. 4.10 (die volgens de rechtbank wél door de beugel kon) werd door de College van de Rechten van de Mens aangemerkt als discriminatoir, zie CvRM 18 augustus 2014, oordeel 2014/97.

103 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 184-185 en Loth *AV&S* 2014.

104 Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21.

105 Hartlief *AV&S* 2005, p. 161.

106 HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437 (*Van Sas/Interpolis*), r.o. 3.5. Zie ook: conclusie A-G Spier bij dit arrest, sub 3.3.

107 Rb. Amsterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG3861, r.o. 4.6.5. Ook terughoudend: Rb. Utrecht 21 maart 1990, ECLI:NL:RBUTR:1990:AJ5820, VR 1991/147, r.o. 4.7 en Hof Arnhem

omstandigheden van A geen aanknopingspunten om aannemelijk te achten dat A in de hypothetische situatie zonder ongeval in de toekomst parttime zou zijn gaan werken, zou zijn uitgevallen, dan wel eerder dan per de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar zou zijn gestopt met werken. Een verwijzing naar feiten van algemene bekendheid en statistische gegevens zonder meer is hiervoor naar het oordeel van de rechtbank niet genoeg.”

Ook een groot deel van de literatuur vindt het gebruik van statistiek problematisch. Een veelgehoord argument houdt in dat het de taak van de rechter is om in te schatten hoe het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval van het concrete slachtoffer zelf zich zou hebben ontwikkeld, terwijl statistieken betrekking hebben op tendensen en gemiddelden van een gehele populatie. Statistische gegevens hebben dus weinig voorspellende waarde voor het concrete slachtoffer zelf. Bijvoorbeeld, uit het gegeven dat Nederlandse vrouwen gemiddeld twintig uur per week betaald werk verrichten na de geboorte van hun eerste kind, kan niet zomaar worden afgeleid dat een specifiek vrouwelijk slachtoffer na de geboorte van haar eerste kind ook slechts twintig uur zal gaan werken. Misschien is zij juist vastbesloten om carrière te maken en besluit zij om allerlei andere persoonlijke redenen om wél fulltime te blijven werken.¹⁰⁸ Statistische gegevens houden onvoldoende rekening met zulke idiosyncratische eigenschappen van concrete slachtoffers.¹⁰⁹ Bovendien zijn statistieken altijd gebaseerd op het verleden en houden daarmee geen rekening met eventuele maatschappelijke en economische ontwikkelingen in de toekomst.¹¹⁰

In vergelijkbare zin is gewaarschuwd dat een te grote nadruk op statistische gegevens tot ongelijke behandeling van slachtoffers kan leiden. Het gebruik van statistiek kan er namelijk toe leiden dat een slachtoffer die tot een groep behoort die, statistisch gezien, een lager arbeidsvermogen heeft, wordt gedwongen te bewijzen dat deze empirische gegevens op hem of haar niet van toepassing zijn, terwijl slachtoffers uit andere groepen zulk bewijs niet hoeven te leveren. Het mag bijvoorbeeld niet zo zijn dat vrouwen aannemelijk moeten maken dat ze, in afwijking van de meerderheid van de Nederlandse vrouwen, wel haar gehele carrière fulltime zal werken, terwijl daar bij mannen simpelweg van wordt uitgegaan.¹¹¹

12 augustus 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AI1098, VR 2004/84, r.o. 4.3 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, r.o. 2.6. Ontvankelijker waren: Rb. Amsterdam 3 februari 1993, ECLI:NL:RBAMS:1993:AJ5982, VR 1993/157, r.o. 6 en Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, VR 2014/73, r.o. 4.11.

108 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 184 en Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21. Zie ook: CGB 5 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8635, VR 1998/93, r.o. 4.6.

109 In meer algemene zin: Nieuwenhuis 2005, p. 85-86 en Van Dijk *AV&S* 2015, par 2.3-2.4. Als we het goed zien, werpt Hartlief *AV&S* 2005, p. 161 de vraag op maar houdt hij zijn kruut droog.

110 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 184. Zie ook: CGB 5 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8635, VR 1998/93, r.o. 4.6.

111 Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21; de noot van Dute, sub 4 bij Rb. Den Haag 7 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, JA 2013/171 en Engelhard e.a. *NTBR* 2015, p. 259-260. Zie ook: CGB 5 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8635, VR 1998/93, r.o. 4.6.

Lindenbergh maant rechters dan ook om uiterst voorzichtig te zijn met het gebruik van statistische gegevens.¹¹² Van Dijk is positiever, maar ziet statistiek slechts als hulpmiddel en lijkt vooral een rol te zien weggelegd bij de schadeberekening van jonge slachtoffers. Bij jonge slachtoffers ontbreken betrouwbare aanknopingspunten waarmee hun concrete hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval kan worden voorspeld. Statistische gegevens zijn minder discutabel dan veel van de ervaringsregels en andere methodes die rechters nu veelal gebruiken. Wanneer op basis van concrete gegevens en omstandigheden van het slachtoffer echter wél een gedegen voorspelling kan worden gemaakt, moet vervolgens eenvoudig van statistische gegevens kunnen worden afgeweken.¹¹³ Voorts stelt hij, net zoals de CGB, strenge eisen aan de statistische gegevens die kunnen worden gebruikt: ze moeten relevant, kwalitatief in orde, actueel en voldoende te relateren aan de omstandigheden van het slachtoffer zijn.¹¹⁴

3.5 Een radicale ommezwaai of abstraheren?

Het huidige recht betreffende de berekening van het verlies van arbeidsvermogen levert dus tal van problemen op. Er zijn verschillende manieren geopperd om deze problemen het hoofd te bieden. Zo zijn er aanhangers van een radicale ommezwaai bij de berekening van de schadevergoeding voor jonge slachtoffers. Het voorspellen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval van een jong slachtoffer is naar hun smaak te speculatief. Het is onmogelijk om het verlies van arbeidsvermogen van een jong slachtoffer te bepalen door middel van een vergelijking tussen de daadwerkelijke en de hypothetische situatie, omdat te veel onzeker is over zijn hypothetische toekomst zonder ongeval. Zij stellen daarom voor het adagium dat het slachtoffer moet worden geplaatst in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou zijn ingetreden, los te laten in deze specifieke gevallen. In plaats daarvan zou het jonge slachtoffer een schadevergoeding moeten krijgen die hem in staat stelt een zo prettig mogelijk leven te leiden na het ongeval. Niet de vraag “wat als” moet centraal staan, maar de vraag “wat nu”. Deze oplossing breekt radicaal met het beginsel van volledige compensatie.¹¹⁵

Toch is het de vraag of een dergelijke radicale breuk met de beginselen van het schadevergoedingsrecht nodig is. Het probleem lijkt er namelijk vooral in

112 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 185.

113 Van Dijk *AV&S* 2015, par. 1, 2.1-2.2, 6. In vergelijkbare zin: Giesen en Tjittes 2004, p. 76 en Hartlief *AV&S* 2005, p. 167-168.

114 Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21 en Van Dijk *AV&S* 2015, par. 6. Zie ook: noot Dute, sub 5 bij Rb. Den Haag 7 november 2013, ECLI:RBDHA:2013:9276, JA 2013/171.

115 Verdedigd door: Kremer 2008, p. 38-39, 45-46. Anderen lijken ook voor een dergelijk systeem te voelen: Giesen en Tjittes 2004, p. 90 en Nieuwenhuis 2005, p. 91-94. Deze methode is tevens toegepast in de jurisprudentie. Zie: Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203. Ook Hartlief 2009, p. 523-542 lijkt sympathiek tegenover deze ‘wat nu’-benadering te staan. In Hartlief *AV&S* 2005 en Hartlief *NJB* 2012 pleit hij daarentegen *niet* om van het beginsel van volledige schadevergoeding af te wijken, maar om te abstraheren van de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer. Anders: Janssen *NTBR* 2007.

gelegen te zijn dat bij de voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval, de persoonlijke omstandigheden van het concrete slachtoffer zelf het uitgangspunt zijn. Een meer algemene oplossing ter bestrijding van de in de vorige paragraaf besproken problemen is dan ook om van deze persoonlijke omstandigheden en eigenschappen van het concrete slachtoffer te abstraheren. Dit is ten eerste aangedragen als oplossing voor het speculatieve karakter van de berekening van het verlies van arbeidsvermogen onder het huidige recht, met name bij jonge kinderen. Er zou niet moet worden gespeculeerd over de vraag hoe het concrete jonge slachtoffer zelf zich zou hebben ontwikkeld zonder het ongeval. Vanwege het gebrek aan betrouwbare aanknopingspunten is dit een onmogelijke opgave. Er moet juist van het hypothetische arbeidsvermogen van het jonge slachtoffer zelf worden geabstraheerd en in plaats daarvan moet zijn verlies van arbeidsvermogen worden berekend aan de hand van het gemiddelde of modale inkomen in Nederland, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de kans op werkloosheid. Dit is een meer solide, betrouwbare en voorspelbare basis om het verlies van arbeidsvermogen te berekenen in zulke gevallen.¹¹⁶ Hartlief lijkt het meer in het algemeen wenselijk te vinden om te abstraheren van de omstandigheden en eigenschappen van concrete slachtoffers zelf als voldoende betrouwbare gegevens daarover ontbreken.¹¹⁷ Pas zodra er voldoende betrouwbare gegevens over het concrete slachtoffer zelf zijn, die een afwijkend hypothetisch arbeidsvermogen zonder ongeval laten zien, zou van deze abstracties moeten worden afgeweken.¹¹⁸

Ook voor de andere problemen lijken abstracties een oplossing te bieden. Hartlief stelt dat abstracte schadeberekening en normering zou leiden tot een snelle en efficiënte afwikkeling van gerechtelijke procedures. Als met normeringen en abstracties over het verlies van arbeidsvermogen wordt gewerkt, is er immers minder ruimte voor discussie over de specifieke eigenschappen en omstandigheden van het concrete slachtoffer zelf.¹¹⁹ Loth stelt voor om te abstraheren van het geslacht van het slachtoffer bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen, om zo te voorkomen dat vrouwen worden gediscrimineerd.¹²⁰

Het maken van zulke abstracties zou “een verdere stap in de richting van een maatmens-benadeelde” vormen.¹²¹ De aandacht zou verschuiven van het hypothetische arbeidsvermogen van concrete slachtoffers zelf, met al hun eigenaardigheden en persoonlijke omstandigheden, naar dat van de gemiddelde Nederlander of een (geslachtsneutrale) maatmens-benadeelde. De oplossing voor de problemen van het huidige recht wordt dus gezocht in een maatmens. Deze roep om een maatmens zegt ook iets over de achterliggende doelstellingen en de functies van de maatmens. Wat wordt er met hem geambieerd?

116 Janssen *NTBR* 2007, p. 111-112. Zie ook: Storm e.a. 1996, p. 196.

117 Hartlief *AV&S* 2005, p. 168-169. Er wordt wel verdedigd dat dit eigenlijk al praktijk is onder het huidige recht: Giesen en Tjittes 2004, p. 80-81; Hartlief *AV&S* 2005, p. 168 en Kremer 2008, p. 38-39.

118 Hartlief *AV&S* 2005, p. 168 en Jansen *NTBR* 2007, p. 112.

119 Hartlief *NJB* 2012.

120 Loth *AV&S* 2014. Vergelijkbaar: Janssen *NTBR* 2007, p. 111.

121 Aldus, Loth *AV&S* 2014.

Ten eerste wordt met de maatmens geprobeerd de efficiëntie en een snelle afwikkeling van onderhandelingen en gerechtelijke procedures over verlies van arbeidsvermogen te bevorderen. De maatmens moet zorgen voor minder (belastende) discussies en snellere beslissingen. Ten tweede dient de maatmens ertoe om het voorspellen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval betrouwbaarder, consistent en minder speculatief te maken. Hij dient dus ook om zekerheid te verschaffen en om arbitraire en sterk uiteenlopende beslissingen te voorkomen. Ten derde zou met een maatmens ongeoorloofd onderscheid tussen slachtoffers kunnen worden tegengegaan. Discriminatie wordt voorkomen als bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen van de maatmens-benadeelde wordt geabstraheerd van geslacht en andere eigenschappen waarvan het verboden is om er direct onderscheid op te maken. Hiermee krijgt de maatmens-benadeelde ook een duidelijk normatieve doelstelling.

Het hanteren van een maatmens-benadeelde zou het gebruik van statistische gegevens enerzijds minder problematisch maken. Bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen staat dan namelijk niet meer het arbeidsvermogen van het concrete slachtoffer zelf centraal, maar het *gemiddelde* arbeidsvermogen. Het probleem dat statistische gegevens vaak weinig tot niets zeggen over het concrete slachtoffer zelf, doet zich dan niet meer voor. Integendeel, statistische gegevens worden juist onontbeerlijk om het arbeidsvermogen van de maatmens-benadeelde vast te stellen. Anderzijds, zodra met de maatmens-benadeelde ook normatieve doelstellingen zoals het tegengaan van discriminatie worden nagestreefd, neemt het belang van statistiek juist verder af. Als rechters worden *geacht* met bepaalde persoonlijke eigenschappen, bijvoorbeeld met geslacht, geen rekening te houden omdat dit discriminatoir zou zijn, komt aan *empirisch* bewijs dat deze eigenschappen invloed hebben op het arbeidsvermogen weinig betekenis meer toe.

4 Naar een taxonomie van de maatmens-benadeelde...

4.1 Een tentatieve taxonomie

In het voorgaande zijn twee voorbeelden geanalyseerd van de maatmens-benadeelde. In hoofdstuk 2 stond de consument-maatmens centraal, zoals die onder invloed van Europees recht vorm kreeg in de wettelijke regeling in het BW over oneerlijke handelspraktijken. In hoofdstuk 3 keken wij vervolgens naar de maatmens en zijn verlies van arbeidsvermogen. Zodoende zijn we de maatmens zowel tegengekomen in de fase van vestiging van aansprakelijkheid als in de schadevergoedingsfase.

Uiteraard hebben we daarmee niet een uitputtende inventarisatie gemaakt van de verschijningsvormen van de maatmens. Immers, de benadeelde wordt in het aansprakelijkheidsrecht op heel verschillende manieren de maat genomen. Om een voorbeeld te noemen: benadeelden moeten zelf ook een bepaald kennis- en zorgniveau in acht nemen om te worden ontvangen in hun klacht. Een ondernemer die zich beklaagt over onrechtmatige mededinging van een concurrent, wordt de maat genomen als blijkt dat hij zelf zich ook schuldig

maakt aan diezelfde praktijken.¹²² Een benadeelde wordt dus niet zonder meer beschermd tegen onrechtmatige gedragingen waar hij zichzelf evenzeer aan bezondigt. Andere voorbeelden waarin de benadeelde de maat wordt genomen, betreffen veelal gedragingen van de benadeelde die de schadeveroorzaking min of meer uitlokken¹²³ of – minder extreem – die de schade mede veroorzaken en deswege mede aan de benadeelde toe te rekenen vallen in de zin van art. 6:101 BW.

Die ruime categorie van gevallen hebben we niet behandeld in het voorgaande. We concentreerden ons op een tweetal voorbeelden. Hetgeen we hierna afleiden uit onze inventarisatie is om die reden slechts tentatief en zeker niet uitputtend van aard. Toch menen we dat er relevante observaties te maken zijn bij deze twee verschijningsvormen. Allereerst is duidelijk dat het model van de maatmens in de fase van de vestiging van aansprakelijkheid bruikbaar is om het wenselijke kennis- en zorgniveau van de benadeelde te bepalen. Daarmee zegt het model dus iets over het handelingsperspectief van de maatmens. Bij ons tweede voorbeeld, waar de maatmens een functie vervult om het verlies van arbeidsvermogen van de benadeelde te bepalen, wordt niet het handelingsperspectief centraal gesteld. Veeleer lijkt de functie van de maatmens daar er een te zijn van facilitering van het beslissingsproces voor partijen en rechter. De hypothetische toekomst is slechts bij benadering te construeren, en de maatmens maakt de constructie eenvoudiger, sneller en minder belastend. Maar misschien ook minder precies. In dit type gevallen wordt de maatmens dus gehanteerd – als deze wordt gehanteerd – om onzekerheid te reduceren bij de constructie van een hypothetische toekomst.

Eenzijds hebben we dus te maken met een maatmens als hulpmiddel bij de toetsing van het doen en laten van de benadeelde, en anderzijds met een maatmens als vergelijkingspunt voor het bepalen van de schadeomvang van de concrete benadeelde. In zoverre hebben we appels met peren vergeleken. Die hebben weliswaar gemeen dat ze tot de fruitfamilie behoren, maar overigens laten ze zich niet eenvoudig vergelijken (bovendien is er nog zo veel ander fruit, dat we hier niet onderzochten). Dat gezegd hebbende, menen wij niettemin dat er toch ook observaties mogelijk zijn op het vlak van doel en *functies* van de maatmens. In abstracto is immers de gedeelde noemer van deze ‘appels en peren’ dat ze beide beogen onzekerheid te reduceren. Door het kennis- en zorgniveau van de maatmens te modelleren, zou het voor de potentiële aansprakelijke eenvoudiger moeten zijn om zijn eigen kennis- en zorgniveau te bepalen. Onzekerheid daarover wordt aldus op voorhand gereduceerd. En ons tweede voorbeeld betrof in wezen het reduceren van onzekerheid over de hypothetische toekomst van de benadeelde door die toekomst aan die van de maatmens-benadeelde te verknopen.

122 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 (Maas/Willems) en HR 23 februari 2007, ECLI:NLHR:2007:AZ6219, NJ 2008/49 (Io Vivat). Over de inpassing van die laatste zaak in het recht, zie: Tjong Tjin Tai *BB* 2007, p. 72-74 en Van Kooten *MvV* 2007. Zie verder: Sieburgh *TPR* 2003, p. 680-681; Lindenbergh 2009, p. 578; Haazen *WPNR* 2009, p. 831 en *GS Onrechtmatige daad* (Jansen), aant. 238.1.

123 Zo bijv. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (Baams/Boudeling).

Als onzekerheidsreductie het overkoepelende doel is, kan op een iets minder abstract niveau vervolgens een aantal functies worden herkend, bijvoorbeeld dat van een snellere conflictbeslechting, een eenduidige risicocallocatie of een basale rechtvaardigheidsnotie. In de twee verschijningsvormen van de maatmens die wij onderzochten zien wij in elk geval vier functies, die we hierna kort bespreken: de maatmens als middel om evenwicht te bewaren, de maatmens als middel om besliskosten te reduceren, de maatmens als instrument van een normatief postulaat en de maatmens als instrument van Europese eenmaking.

4.2 Vier functies

Allereerst staan we stil bij de maatmens als middel om evenwicht te bewaren. Daar waar bepaald gedrag wordt gevraagd van de maatmens-benadeelde, is misschien wel sprake van een tegenwicht in de vorm van een bepaald kennis- en zorgniveau dat van de potentiële benadeelde gevraagd wordt, bij wijze van tegenwicht voor het kennis- en zorgniveau dat van de potentiële aansprakelijke wordt gevraagd. Daar waar de handelaar zich moeite moet getroosten om bijvoorbeeld de benodigde informatie op de juiste wijze te geven zonder te misleiden, moet de consument moeite doen om informatie te verwerken en een beredeneerde contracteerbeslissing te nemen.¹²⁴ Men kan het vergelijken met het evenwicht dat te vinden is in het leerstuk van gevaarstelling. Van de gevaarsteller wordt een bepaald kennis- en zorgniveau gevraagd teneinde te voorkomen dat er schade geleden wordt door hen die blootgesteld worden aan het gevaar. Als tegenwicht wordt van deze potentiële benadeelden ook een bepaald kennis- en zorgniveau gevraagd teneinde zijn eigen belangen van schade te vrijwaren. Zo hoeft een gevaarsteller wel rekening te houden met een zekere mate van onvoorzichtigheid van de potentiële benadeelden, maar niet met kort gezegd bijzonder domme onvoorzichtigheid.¹²⁵ Van de gevaarsteller wordt namelijk verwacht dat hij zijn gedrag afstemt op het kennis- en zorgniveau dat van de potentiële benadeelde mag worden verwacht. Op die manier wordt een evenwicht nagestreefd tussen de gedragsnormen die op beide partijen rusten. De consument-maatmens is wat dit betreft een gestandaardiseerde vorm van normstelling ten aanzien van het denken, doen en beslissen van potentiële benadeelden van handelspraktijken. Bij gevaarstelling is dat evenwicht tussen gedragsnormen voor de betrokken partijen overigens verre van statisch. Tot welke mate van zorg de maatschappelijke betamelijkheid noopt, is namelijk van de omstandigheden van het geval afhankelijk, en onder die concrete omstandigheden is ook het vereiste kennis- en zorgniveau van de potentiële benadeelde te vatten.¹²⁶ Vanwege het gestandaardiseerde model van de consument-maatmens lijkt het erop dat het bij deze eenvoudiger is om een

124 Zie ook: Mak 2013, p. 338-339.

125 Bijv. HR 26 september 2003, NJ 2003/660 (Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

126 Over dit 'evenwicht' in kennis- en zorgniveau en het dynamische karakter van het 'evenwicht' zie men bijv. Keirse 2003, p. 10 e.v. en Verheij 2015, p. 52 e.v.

vast ankerpunt te vinden wat betreft het zorgniveau. In werkelijkheid lijkt deze tegenstelling tussen dynamisch en statisch kennis- en zorgniveau minder groot, omdat ook de contouren van de consument-maatmens in concreto uitwerking en toepassing vergen. We zagen dat het aan de nationale rechter is om, met inachtneming van alle relevante omstandigheden en wellicht met een schuin oog naar kwantitatief bewijs, te bepalen hoe van de consument-maatmens verwacht mag worden te reageren op bepaalde handelspraktijken. In die concretisering ligt de mogelijkheid van een dynamisch evenwicht, en dan is het verschil met het gevaarzettingsleerstuk opeens een stuk minder groot.

Als men inderdaad wil aannemen dat het kennis- en zorgniveau van de consument-maatmens in evenwicht behoort te staan tot het kennis- en zorgniveau van de handelaar, waarbij het centrale idee dan is dat van een handelaar niet verwacht kan worden dat hij alle informatie 'spelt' voor de consument en dat deze laatste juist zich wel enige moeite mag getroosten om informatie te verzamelen en te verwerken, dan kan men ook rechtvaardigen waarom de consument-maatmens toch zekere 'menselijke trekken' moet vertonen. Zou men namelijk bovenmenselijke eigenschappen eisen van de maatmens, dan reduceert men de eisen die aan het kennis- en zorgniveau van de handelaar worden gesteld zodanig dat een handelspraktijk zelden oneerlijk zal zijn. Het evenwicht dat de consument-maatmens beoogt te realiseren, strekt er idealiter dus toe om beide partijen tot een kennis- en zorgniveau te stimuleren dat passend is voor een groep van gevallen. Hierin ligt wat ons betreft een belangrijke reden om, zoals in de rechtsgeleerde literatuur onder de aandacht wordt gebracht (zie par. 2.5 en 2.6), de aansluiting van de consument-maatmens bij de feitelijke mens niet helemaal uit het oog te verliezen.

Een tweede functie die wij ontwaren in het gebruik van het model van de maatmens is die van werkbesparing en daarmee het vereenvoudigen van beslissingsprocessen. Dit werd in beide besproken voorbeelden zichtbaar. Hoe minder verfijnd het proces van beoordelen van het kennis- en zorgniveau van de benadeelde bij oneerlijke handelspraktijken of van zijn schade bij verlies van arbeidsvermogen, des te eenvoudiger en goedkoper dit proces zal zijn. Als men bijvoorbeeld toestaat dat de rechter zelfstandig 'vaststelt' hoe de maatmens-benadeelde zou denken en handelen, zonder de verplichting om empirisch onderzoek te betrekken in die 'vaststelling', dan houdt de rechter de handen vrij. Belangrijker: de rechter hoeft niet het moeras te betreden van empirisch onderzoek naar de 'gemiddelde' benadeelde, waar bijvoorbeeld de 'battle of experts' op de loer ligt. Die 'battle' ligt zeker op de loer waar het de berekening van verlies van arbeidsvermogen betreft, met weinig zekere uitkomsten. Het gebruik van de maatmens kan dan het doorhakken van knopen vereenvoudigen.

Het risico dat uiteraard in het leven wordt geroepen, is dat het instrument van de maatmens te weinig of te veel vergt van de benadeelde. Dat is overigens niet hetzelfde als de vaststelling dat het instrument in concrete gevallen geen recht doet aan de concrete benadeelde van wie gezien zijn individuele kennis en middelen bijvoorbeeld meer of minder kennis of zorg kon worden verwacht. In

dergelijke incidentele gevallen kunnen we nog volhouden dat de maatmens-benadering goed is vanwege de kostenbesparing die deze met zich brengt en dat de incidentele 'fouten' als kosten gezien moeten worden. Dat kunnen we niet volhouden als in plaats van incidenten sprake is van een vereist kennis- en zorgniveau dat op structurele wijze ondermaatse of overmatige inspanningen vergt van benadeelden. Hetzelfde geldt als sprake is van een schadeberekening die op structurele wijze het gros van de echte benadeelden over- of ondercompenseert. Als de maatmens-benadering bij verlies van arbeidsvermogen een redelijk adequate compensatie voor zestig procent van de gevallen maar voor de overige veertig procent ernstige over- of ondercompensatie oplevert, dan kan men zich afvragen of met het badwater niet ook het kind is weggegooid. Ook hierin kan een potentiële spanning tussen feit en norm worden gezien, waarbij naar onze mening weliswaar kan worden aanvaard dat de maatmens in concrete gevallen afwijkt van de echte mens maar er tegelijk naar moet worden gestreefd om niet te zeer af te dwalen van die echte mens.

Een derde functie zien we daar waar wordt bepleit dat gelijke behandeling noopt tot het negeren van feiten, althans van statistische waarheden. Als bij het bepalen van verlies van arbeidsvermogen op bepaalde demografische gegevens geen acht geslagen mag worden, en er integendeel een maatmens in het spel wordt gebracht, dan is die maatmens het instrument van een zuiver normatief postulaat dat niet het kennis- of zorgniveau van de benadeelde betreft, maar slechts zijn hypothetische toekomst. Naar onze inschatting bestaat er nog maar weinig ervaring met deze functie van de maatmens. Zou men deze zonder meer omarmen, dan ontstaat de bijzondere situatie dat datgene wat vóór het ongeval feitelijk – op statistisch niveau – een reëel beeld zou geven van deze toekomst, juist ná het ongeval wordt genegeerd met een beroep op het gelijkebehandelingspostulaat.¹²⁷ Hier is de spanning tussen feit en norm dus het duidelijkst voelbaar, en zij is beoogd.

De vierde functie betreft het harmonisatiestreven op Europees niveau. Een van de functies van de 'gemiddelde consument' is dat deze de uniforme toepassing van het kennis- en zorgniveau van consumenten mogelijk maakt, waar ook in Europa die consument zich bevindt. Uit onze analyse bleek echter dat het in het algemeen aan de nationale rechter is om de maatstaf van 'gemiddelde consument' toe te passen, onder meer met inachtneming van lokale omstandigheden zoals taal, cultuur en maatschappij. Dit relativeert uiteraard het harmonisatiestreven in grote mate, zozeer zelfs dat we het al knap zouden vinden als deze maatmens ertoe leidt dat toenadering (approximatie) van de verschillende 'gemiddelde consumenten' in Europa zou plaatshebben. De vraag is of dat erg is en of het te voorkomen valt. Wij denken in elk geval met Wilhelmsson dat het wel goed is om het realiteitsgehalte van de Europese maatmens in het vizier te houden; harmonisatie of niet, het komt toch

127 De manier waarop dat kan gebeuren, staat overigens allerminst vast. Moet de vergoeding bij vrouwen worden gelijkgetrokken aan die van mannen, of andersom, of ergens in het midden? Zie recent hierover: Engelhard e.a. *NTBR* 2015, p. 260-263, 264-265.

niet zelden aan op de concrete situatie waarin de maatmens zich bevindt en de inkleuring daarvan door de beoordelende rechter.¹²⁸

4.3 Afsluiting

De vier functies die we hiervoor schetsten, kunnen zonder meer verder worden verfijnd en uitgediept. Hier ging het slechts om het signaleren ervan. Voor ons staat voorop dat het model van de maatmens in functie moet staan tot het doel waarvoor hij wordt gebruikt. Dat betekent onder meer dat als de maatmens goed is gemodelleerd voor het gros van de gevallen, een spanning in een concreet geval tussen de 'echte' concrete persoon en de maatmens niet ernstig hoeft te zijn. Maar, zoals met alle normen het geval is, moeten feit en norm niet zozeer uiteenlopen dat de maatmens compleet losgezongen raakt van de realiteit. Dat is voor het aanzien van het recht uiteindelijk ook niet goed.

5 Literatuurlijst

Abbamonte *CJEL* 2006

G.B. Abbamonte, 'The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach', *Columbia Journal European Law* 2005/2006, p. 695-712.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ. E. Kluwer 1965.

Van Boom e.a. 2014

W.H. van Boom e.a., 'Introduction', in W.H. van Boom e.a. (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Aldershot: Ashgate Publishing 2014.

Broekman *TvC* 2005

M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', *TvC* 2015/5, p. 175-186.

Van Dam *SEW* 2009

C.C. van Dam, 'De gemiddelde Euroconsument – een pluriform fenomeen', *SEW* 2009/1, p. 1-11.

Van Dijk *AV&S* 2015

C.H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', *AV&S* 2015/4, p. 114-125.

¹²⁸ Vgl. daarover Van Dam *SEW* 2009, p. 7, 9 en Pavillon 2011, p. 395.

Dittmer *EIPR* 1998

S. Dittmer, 'Misleading Advertising: An End to the "Cursory Average Consumer"?', *EIPR* 1998, p. 313-317.

Drijber *NETR* 2005

B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NETR* 2005/9, p. 179-184.

Duivenvoorde *WPNR* 2010

B.B. Duivenvoorde, "'De gemiddelde consument" als rationele actor', *WPNR* 2010/6848, p. 533-534.

Duivenvoorde 2013

B.B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als standaard bij misleiding', in W.H. van Boom e.a. (eds), *Capita Civilologie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Duivenvoorde 2014

B.B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2014.

Engelhard e.a. *NTBR* 2015

E.S. Engelhard e.a., 'Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht', *NTBR* 2015/9, p. 257-265.

Giesen en Tjittes 2004

S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind – de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend en ernstig letsel', in S.D. Lindenbergh e.a. (eds), *Schade, vergoeden of beperken?*, Den Haag: SDU uitgevers 2004.

Gomez *ERCL* 2006

F. Gomez, 'The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics Perspective', *ERCL* 2006/1, p. 4-34.

Haazen *WPNR* 2009

I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WPNR* 2009/6816, p. 827-836.

Hartlief *AV&S* 2005

T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005/5, p. 159-168.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Vergoeden van personenschade: wat is wijsheid?', in A.G. Castermans e.a. (eds), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 523-542.

Hartlief *NJB* 2012

T. Hartlief, 'Recht doen met abstracte schadebegroting', *NJB* 2012/43, p. 3007.

Incardona en Poncibò *JCP* 2007

R. Incardona en C. Poncibò, 'The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution', *JCP* 2007, p. 21-38.

Janssen *NTBR* 2007

J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van een hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007/3, p. 99-113.

Kabel 2006

J. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?*(oratie), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2006.

Kabel *IER* 2004

J. Kabel, 'Noot bij Rb. Amsterdam, 7 juli 2004, rolno. 258118 / H 03.0142 (Leaseverlies/Dexia)', *IER* 2004/5, p. 357-370.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss.), Deventer: Kluwer 2003.

Kolder *TvVP* 2015

A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zónder ongeval', *TvVP* 2015/2, p. 24-34.

Van Kooten *MvV* 2007

G.N. van Kooten, 'De "in pari delicto" verkerende eiser komt geen bescherming toe', *MvV* 2007/4, p. 80-83.

Kremer 2008

F.Th. Kremer, 'Berekening van (toekomst)schade van ernstig gewonde jonge kinderen', in: F.T. Oldenhuis (ed.), *Toekomstschade: wat is een mensenleven waard?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 38-46.

Lindenbergh *Nemesis* 2001

S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten', *Nemesis* 2001/6, p. 178-185.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, 'Ore stabit', in A.G. Castermans e.a. (eds), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 523-542.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Monografie BW B34: Schadevergoeding. Algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2014.

Lindenbergh 2014 (2)

S.D. Lindenbergh, 'Verzilveren van letselschade, wat betekent dat?', in M. Faure (ed.), *De toekomst van de letselschadepraktijk: voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2014*, Den Haag: SDU Uitgevers 2014.

Loth AV&S 2014

M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/5-6, nr. 17.

Mak MvV 2011

V. Mak, 'Scharnierpunt tussen Europees en nationaal consumentenrecht', *MvV* 2011/7-8, p. 185-190.

Mak ERPL 2011

V. Mak, 'Standards of Protection: In Search of the "Average Consumer" of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive', *ERPL* 2011/1, p. 25-42.

Mak 2013

V. Mak, 'The "Average Consumer" of EU Law in Domestic and European Litigation', in D. Leczykiewicz en S. Weatherill (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford: Hart Publishing 2013.

Mann EIPR 1999

R. Mann, 'German Advertising Standards under Pressure from Europe', *EIPR* 1999/10, p. 519-521.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in D. Peperkoorn (ed.), *Waarheidsvinding en privacy: inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2005*, Den Haag: SDU uitgevers 2005.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Raaij 2013

W.F. van Raaij, 'Het beeld van de consument in het privaatrecht empirisch getoetst', in W.H. van Boom e.a. (eds), *Capita civilologie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Radeideh 2004

M. Radeideh, *The Principle of Fair Trading in EC Law: Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2004.

Sieburgh TPR 2003

C.H. Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003, p. 647-690.

Storm e.a. 1996

H.M. Storm e.a., 'Personenschade', in J.M. Barendrecht en H.M. Storm (eds), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 167-306.

Tjong Tjin Tai BB 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Vuile handen en relativiteit', *BB* 2007/8, p. 71-74.

Verheij 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2015.

Verkade 2009

D.W.F. Verkade, *Monografieën BW B35: Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009.

Wilhelmsson 2007

T. Wilhelmsson, 'The Average European Consumer: a Legal Fiction', in Wilhelmsson e.a. (eds), *Private Law and the many Cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.

Rechtvaardige aansprakelijkheid

Over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de ‘maatmens benadeelde’

Marc Loth¹

1 Inleiding

1. Het onderwerp van deze preadviezen is de ‘maatmens benadeelde’, een begrip dat recentelijk door Stijn Franken is gemunt.² De maatmens representeert de ongeschreven normen die een gewoon, redelijk handelend mens in acht neemt. Hij speelt een rol bij de normstelling, maar ook bij de schadebegroting. De maatmens benadeelde is de tegenhanger van de maatmens veroorzaker. We zouden kunnen zeggen “the other man on the Clapham omnibus”. Toen ik met mijn onderzoek begon was ik van plan verschillende domeinen van normstelling in het aansprakelijkheidsrecht vanuit dit perspectief in kaart te brengen.³ Maar al snel stuitte ik op een andere mogelijke betekenis van de ‘maatmens benadeelde’, namelijk als het subject van rechten en belangen die in het aansprakelijkheidsrecht bescherming verdienen. De maatmens benadeelde representeert dan de norm voor een minimumniveau van bescherming en een handvat voor compensatie. Onderzoek van de ‘maatmens benadeelde’ in deze laatste zin, leidde mijn onderzoek naar een ander spoor. Dit preadvies is daarvan het resultaat.

2. Centraal in dit preadvies staat de vraag naar de rechtvaardiging en de begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding. Meer in het bijzonder is de onderzoeksvraag: in hoeverre kunnen de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid (of een combinatie daarvan) bijdragen aan de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding, en welke

1 Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, Tilburg University. De auteur dankt onder andere Gijs van Dijck, Jaap Hage, Arthur Hartkamp, Ton Hol, Peter van Schilfgaarde, Carla Sieburgh, Jan Smits, Jaap Spier, Eric Tjong Tjin Tai, Jan Vranken en de leden van de onderzoeksgroepen privaatrecht in Maastricht en Tilburg, voor hun deskundig commentaar op eerdere versies van deze tekst en/of voor de stimulerende discussie die ik met hen mocht voeren. Natuurlijk ben ik alleen zelf verantwoordelijk voor het eindresultaat, en voor de fouten die daarin zijn blijven staan.

2 Franken 2014, p. 1.

3 Zoals in Castermans e.a. 2008 gebeurt voor de (gewone) maatman (veroorzaker). In het preadvies van mijn mede-preadviseurs wordt dit spoor vervolgd, waarmee de onderlinge taakverdeling is gegeven (Beumers en Van Boom 2016).

rol speelt de 'maatmens benadeelde' daarbij? Bij de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding zie ik een grotere rol weggelegd voor de beginselen van het aansprakelijkheidsrecht (par. 2). Het onderzoek naar zijn doelstellingen (par. 3) leidt naar de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid (par. 4 en 5), die beide hun rol spelen in het aansprakelijkheidsrecht (par. 6). De belangrijkste recente bijdrage aan de theorievorming over distributieve rechtvaardigheid is de zogenoemde capaciteitsbenadering van Amartya Sen en Martha Nussbaum, waarin de individuele autonomie als de uitoefening van capaciteiten centraal staat (par. 7). Die benadering is relevant voor het aansprakelijkheidsrecht, dat kan worden beschouwd als een systeem en praktijk voor de bescherming van individuele autonomie.⁴ In die lijn representeren die capaciteiten de door het aansprakelijkheidsrecht beschermde rechtsgoederen en vormen zij een handvat voor compensatie (par. 8). Dat levert een 'maatmens benadeelde' op die een rol kan spelen bij de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid en schadevergoeding (par. 9 en 10). Op een iets abstracter niveau biedt deze benadering perspectief op een aansprakelijkheidsrecht dat niet draait om het herstel van de vermogenstoestand van de benadeelde, maar om herstel in diens vermogens of capaciteiten (zie nr. 42).

3. Tot zover de hoofdlijn van het betoog, dat in twee delen uiteenvalt. Het eerste deel handelt over corrigerende en distributieve rechtvaardigheid en is het resultaat van een zoektocht naar de juiste mix van beide soorten overwegingen (par. 2-6). Het tweede deel handelt over het aansprakelijkheidsrecht als systeem en praktijk voor de bescherming van individuele autonomie (par. 7-10). Hoewel het tweede deel berust op het eerste deel, kunnen beide delen onafhankelijk van elkaar worden bestudeerd. Aan beide onderdelen van het betoog liggen ontwikkelingen in de rechtstheorie én de rechtspraktijk ten grondslag. Daarbij past een inhoudelijke en een meer persoonlijke opmerking. De gekozen aanpak vloeit voort uit mijn overtuiging dat de Nederlandse doctrine van het aansprakelijkheidsrecht de rechtstheorie heeft verwaarloosd en daarvan nadeel ondervindt (in de vorm van een beginselloze aansprakelijkheid).⁵ Niets is zo praktisch als een goede theorie, wordt weleens gezegd, en daarin schuilt een diepe waarheid. Meer aandacht voor de beginselen in het aansprakelijkheidsrecht kan betere instrumenten opleveren om zijn toepassing te rechtvaardigen en zijn beginselloze ontwikkeling te begrenzen. Daarom staan hier de vragen centraal "wie betaalt, en waarom?", zoals mijn proefschrift was gewijd aan de vraag "wie deed wat?"⁶ Dat zijn grote vragen, die ik niet aan de orde stel omdat ik pretendeer de antwoorden te weten, maar wel omdat ik het debat erover wil faciliteren zodat anderen meer specifieke, en dus betere antwoorden kunnen geven.

4 Dat geldt voor het hele privaatrecht, maar ik beperk mij hier tot het aansprakelijkheidsrecht.

5 Met uitzondering wellicht van de economische benadering van het aansprakelijkheidsrecht.

6 Zie Loth 1988 en Lucy 2007, part I (Who did what?), en part II (Who pays and why?).

2 Beginselloze aansprakelijkheid

4. Het aansprakelijkheidsrecht wordt vaak gezien als een systeem en een praktijk voor de verdeling van maatschappelijke risico's. Als zodanig wordt het regelmatig toegepast op nieuwe maatschappelijke domeinen en problemen,⁷ die door de rechter van geval tot geval binnen de sfeer van het recht worden gebracht (vergelijk recentelijk de klimaatschade-aansprakelijkheid).⁸ Op deze wijze draagt het aansprakelijkheidsrecht niet alleen bij aan rechterlijke rechtsvorming in een juridisch niemandsland, maar biedt het ook het forum en de taal voor het debat over de verdeling van maatschappelijke risico's. Deze belangrijke functie heeft echter ook een keerzijde. De toepassing op nieuwe domeinen brengt mee dat de begrippen en regels van het aansprakelijkheidsrecht – die op zichzelf tamelijk open en onbepaald zijn – de neiging hebben uit te dijen en van betekenis te veranderen. Dat bedreigt niet alleen de coherentie van het aansprakelijkheidsrecht, het maakt ook zijn toepassing nogal onbegrensd. Het aansprakelijkheidsrecht dreigt daardoor grenzeloos te worden, mede gegeven de omstandigheid dat een adequate rechtvaardiging van aansprakelijkheid vaak ontbreekt, afgezien van de oprechte wens om het slachtoffer soelaas te bieden. Strikt genomen is slachtofferbescherming echter een beleidsdoel dat geen enkele beperking stelt aan aansprakelijkheid. Het wordt immers optimaal gediend door altijd aansprakelijkheid aan te nemen. Het beginsel “ieder draagt zijn eigen schade” verkeert dan al snel in zijn tegendeel: “aansprakelijkheid, tenzij...”⁹

5. Het is al weer bijna twintig jaar geleden dat Spier en Bolt hun preadvies schreven over de “uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.”¹⁰ De centrale stelling was dat het aansprakelijkheidsrecht uitdijt ten gevolge van ontwikkelingen in de rechtspraak en een groeiend claimbewustzijn bij rechtzoekenden, in het bijzonder door de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op nieuwe domeinen en door de toekenning van hogere bedragen aan schadevergoeding.¹¹ De behoefte bescherming te bieden aan slachtoffers had volgens de auteurs een zodanige vlucht genomen dat de coherentie van het aansprakelijkheidsrecht en de rechtszekerheid in het geding waren. Onlangs publiceerde Spier een artikel waarin hij in de rechtspraak tekenen bespeurt die wijzen op een kentering van die ontwikkeling.¹² Recente rechtspraak van de Hoge Raad wijst op terughoudendheid om de grenzen van aansprakelijkheid nog verder ten gunste van slachtoffers op te schuiven, waarbij macro-overwegingen van betaalbaarheid een rol lijken te spelen. Het ongevoegen is echter gebleven; het artikel draagt de titel “gedachten over een vastgelopen stelsel.”

7 Zie Keirse e.a. 2007.

8 Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDH:2015:7145.

9 Hoewel dat beginsel, zoals ieder beginsel, ook een normatieve component heeft (vgl. Hartlief 1997, nr. 19).

10 Spier/Bolt 1996.

11 Dus niet zozeer door een toename van het aantal claims.

12 Spier 2014.

6. De gedachte van onbegrensde aansprakelijkheid drong zich al op bij de “*wrongful life claim*” in het baby Kelly-arrest; is de zorgverlener aansprakelijk voor het onrechtmatige leven van de benadeelde dat deze liever niet geleefd zou hebben en dat de zorgverlener had kunnen voorkomen?¹³ Deze vraag confronteert de rechter met de grenzen van de begrippen van het aansprakelijkheidsrecht. De vaststelling van de schade vergt immers niet een vergelijking van de huidige situatie van Kelly met de situatie waarin zij gezond ter wereld zou zijn gekomen (dat lag immers niet binnen het bereik van de zorgverlener nu het een erfelijke aandoening betrof), maar een vergelijking met de situatie waarin zij *niet* ter wereld zou zijn gekomen, hetgeen “*outside the realm of human competence*” ligt (zoals de Amerikaanse rechter overwoog,¹⁴ daarin onlangs gevolgd door de Belgische rechter¹⁵). De Hoge Raad nam deze horde met een beroep op art. 6:97 BW en wees de vordering wél toe, daartoe overwegende dat daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan haar menselijke waardigheid, maar dat het juist mogelijk wordt, voor zover geld daartoe kan bijdragen, een menswaardig bestaan te leiden. Dat oordeel is overtuigend, maar de motivering roept vragen op: waarom is de aangehaalde overweging hier wél doorslaggevend, en in andere gevallen van letselschade niet?¹⁶ Hoe trekken wij hier de grens tussen wél en niet gerechtvaardigde aansprakelijkheid?

7. Deze onbegrenstheid strekt zich uit tot het letselschaderecht. In 2005 schreef Nieuwenhuis over de problematiek van de schadebegroting in geval van letselschade van (zeer) jonge slachtoffers. Aan de hand van uitspraken van Rechtbank Amsterdam en Rechtbank Zwolle maakte hij onderscheid tussen twee sporen.¹⁷ Volgens het Amsterdamse spoor wordt bij de begroting van de schade een referentiepunt gekozen, in dit geval de loopbaan en het inkomen van een oudere broer van het slachtoffer. Dat past binnen de traditionele coördinaten van het letselschaderecht. Volgens het Zwolse spoor wordt een zodanige immateriële schadevergoeding toegekend dat daaruit uitgaven kunnen worden bekostigd om het leven van de benadeelde zo veel mogelijk te veraangename en een zinvolle tijdsbesteding mogelijk te maken. In de woorden van Nieuwenhuis: “*Hoe zou het leven van Emiel en Josine zijn verlopen als.... Waarom het verschiet van dit gedroomde leven niet prijsgeven en het oog gericht op nog slechts één toekomstperspectief: hoe optimaliseren we de toekomst van dit blijvend invalide kind? Wat is daarvoor nodig?*”¹⁸ Dit Zwolse spoor verlaat de traditionele coördinaten van het letselschaderecht. Het lijkt erop dat wij daarmee ieder houvast verliezen bij de begroting van de schade. Wie of wat is nog in staat om schadevergoeding te begrenzen? Komen wij zo niet terecht bij oeverloze

13 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:5213, NJ 2006/606.

14 Supreme Court California 3 May 1982, 31 Cal. 3d 220, 643 P. 2d 954; 182 Cal. Rptr. 337 (1982) (Turpin v Sortini).

15 Hof van Cassatie van België 14 november 2014, C. 13.0441.N.

16 Vgl. Loth 2006.

17 Rechtbank Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847, en Rechtbank Zwolle 23 december 1992, rolnummer 1014/89.

18 Nieuwenhuis 2005, p. 93, 94.

schadevergoeding? Ondanks deze indringende vragen heeft de Zwolse benadering volgens Nieuwenhuis de toekomst: “Een verdere verkenning van de Zwolse weg verdient de voorkeur.”¹⁹ Zijn woorden zijn profetisch gebleken; in het letselschaderecht is thans een herstelgerichte benadering in opkomst waarin niet zozeer wordt gekeken naar het verschiet van het gedroomde leven zonder ongeval, maar naar de daadwerkelijke behoeften van de benadeelde.²⁰ Een verdere verkenning van de Zwolse weg ligt daarom voor de hand. Gelukkig geeft Nieuwenhuis een aanwijzing voor onderweg: “Niet het zoveel mogelijk ‘veraangenamen’ van het gehandicapt bestaan, maar het veroveren van een zo groot mogelijke autonomie; daarop dient het vizier gericht te zijn.”²¹ Ik kom hierop terug (nr. 50).

8. Hoe kan deze onbegrensdsheid in het aansprakelijkheidsrecht en het letselschaderecht worden verklaard, en hoe kan zij worden geredresseerd? Mijn vermoeden is dat de geschetste ontwikkeling van beide rechtsgebieden de werking van beginselen mist die hun toepassing rechtvaardigen en beperken. Hier ligt het probleem waarvoor wij een oplossing zoeken. Wat wij zoeken zijn rechtsbeginselen die de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht en het letselschaderecht kunnen legitimeren en begrenzen.²² Daarbij zal ik mij hier beperken tot onderzoek naar de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Daaruit mag niet worden afgeleid dat dit in mijn opvatting de enige relevante beginselen zijn, integendeel, daarnaast spelen andere beginselen en doeleinden een rol, zoals de redelijkheid en billijkheid en het profijtbeginsel, maar ook economische doeleinden zoals besparing van maatschappelijke kosten, beperking van transactiekosten en dergelijke.²³ Hier gaat het er echter om het aansprakelijkheidsrecht te doordenken in het licht van zijn rechtvaardigheid. Het onderzoek daarnaar begint met een verkenning van zijn doelstellingen (par. 3). Hebben deze doelstellingen de potentie om de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht te legitimeren en te begrenzen? Voor de beantwoording van deze vraag moeten wij verder kijken dan rechtspolitieke doeleinden, en ook de beginselen van corrigerende en rechtvaardigende rechtvaardigheid aan een onderzoek onderwerpen. Wat houden die beginselen in? Hoe functioneren zij in het aansprakelijkheidsrecht? Op welke wijze dragen zij bij aan de rechtvaardiging en de begrenzing van aansprakelijkheid? Aan die vragen is het vervolg van het betoog gewijd dat – zoals wij nog zullen zien – ons weer terugbrengt bij de notie van de autonomie van de benadeelde.

19 Nieuwenhuis 2005, p. 95.

20 Akkermans 2015.

21 Nieuwenhuis 2005, p. 94.

22 Onder “beginselen van aansprakelijkheidsrecht” versta ik hier niets anders dan gebruikelijk, dat wil zeggen, ongeschreven maatstaven met een algemeen en normatief karakter en een ruime toepassing die (juridische, morele, politieke, of andere) redenen opleveren voor de interpretatie van regels.

23 De nadruk op het belang van beginselen brengt mij in de buurt van de “New Private Law”-benadering uit de VS; de wijze waarop ik distributieve rechtvaardigheid in het privaatrecht importeert, voert mij daar weer vandaan. Vgl. Goldberg 2010, en Hosemann 2014.

3 Waartoe is het aansprakelijkheidsrecht op aarde?

9. Algemeen wordt aangenomen dat de primaire doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in het herstel van schade en het voorkomen van toekomstige schade.²⁴ Aansprakelijkheid dient ertoe de benadeelde compensatie te bieden voor onrecht dat hem of haar is aangedaan. Daarnaast wordt ook erkend dat aansprakelijkheid aan de benadeelde een zekere genoegdoening kan bieden voor het geleden onrecht.²⁵ Die genoegdoening kan worden geboden door een financiële compensatie (immateriële schadevergoeding of smartengeld), maar ook door de vaststelling van aansprakelijkheid (door middel van een verklaring voor recht), of door de daaraan voorafgaande waarheidsvinding (de vaststelling van de werkelijke toedracht). Voor sommigen heeft die genoegdoening vooral morele betekenis (de nabestaanden van Srebrenica), voor anderen is zij van psychologische waarde (de rouwverwerking van de moeder van Jeffrey²⁶). Wanneer wij het vizier wenden van de benadeelde naar de veroorzaker, dan blijkt dat aansprakelijkheid nog een ander doel dient, namelijk het voorkomen van herhaling. Aansprakelijkheid biedt een prikkel tot preventie, zowel in speciale zin (voor deze persoon) als in algemene zin (voor de samenleving in bredere zin), en draagt daarom bij aan de handhaving van materiële normen.²⁷ Deze doelstelling wijkt nog om een andere reden af van compensatie en genoegdoening, zij ziet namelijk niet op het verleden, maar op de toekomst. De rechtvaardiging van aansprakelijkheid schuilt niet in het gepleegde onrecht, maar in het voorkómen van eventueel te plegen onrecht. Preventie kan evenwel omslaan in defensief gedrag. Vergaande aansprakelijkheid kan defensief gedrag in de hand werken, dat wil zeggen, dat angst voor aansprakelijkheid verlamt (het zogenoemde “*chilling effect*” van aansprakelijkheid). Aansprakelijkheid dient, samengevat, een combinatie van “harde” doelstellingen (als financiële compensatie) en “zachte” doelstellingen (als genoegdoening). Daarop kom ik terug (zie nr. 43).

10. Compensatie kan in het aansprakelijkheidsrecht verschillende vormen aannemen.²⁸ In de eerste plaats neemt compensatie de vorm aan van een equivalent voor een verlies, waarbij weer drie varianten kunnen worden onderscheiden afhankelijk van het soort verlies. (a) Het fysieke verlies van geld of een goed; compensatie betekent dan zo veel als mogelijk is een herstel van de status quo. (b) Het verlies van geld door het maken van kosten; compensatie komt dan neer op de vergoeding van die kosten. (c) Het verlies van verwachtingen voor de toekomst, bijvoorbeeld door inkomensverlies; ook dan wordt dat verlies gecompenseerd door een schadevergoeding. In al deze vormen is schadevergoeding een equivalent voor het geleden verlies, maar alleen in de eerste vorm komt dat neer op een herstel in de oude toestand. Voorts kan compensatie de vorm aannemen van een substituut of troost voor

24 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 18 e.v., Spier 2012, nr. 9.

25 Du Perron 2012.

26 HR 9 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853.

27 Vgl. Sieburgh 2010.

28 Van Gerven 2000, p. 20-21.

wat verloren is. Als het verlies niet kan worden gecompenseerd door geld heeft schadevergoeding kennelijk een andere functie dan compensatie. Zo dient immateriële schadevergoeding of smartengeld vooral de functie van genoegdoening voor de benadeelde, in het bijzonder in geval van letselschade. Het aansprakelijkheidsrecht probeert hier de benadeelde een ander genoegen te verschaffen in plaats van het plezier dat hij niet meer kan beleven, of hem troost te bieden voor geleden pijn en verdriet. Ten slotte kan schadevergoeding compensatie bieden voor een ontstane ongelijkheid. In het besproken baby Kelly-arrest is de gelijkschakeling van Kelly met een kind dat zonder beperkingen wordt geboren ingegeven door de wens om haar, zo veel als met geld mogelijk is, in staat te stellen een menswaardig leven te leiden.²⁹

11. In hoeverre bieden deze doelstellingen houvast bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht? Zijn zij in staat om aansprakelijkheid te legitimeren en te begrenzen? Tot op zekere hoogte is dat zeker het geval. Compensatie, genoegdoening en preventie, zijn doelstellingen die in verschillende situaties en in wisselende combinaties aansprakelijkheid kunnen legitimeren en begrenzen. Niettemin kleven er beperkingen aan deze doelstellingen. In de kern komen die erop neer dat zij onvoldoende onderscheiden tussen de gevallen waarin aansprakelijkheid wél gelegitimeerd is, en gevallen waarin dat níet het geval is. Het resultaat is dat de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht nagenoeg iedere aansprakelijkheid kunnen legitimeren, waardoor wij achterblijven met onbegrensde aansprakelijkheid. Daarvoor bestaan verschillende redenen. In de eerste plaats dient te worden bedacht dat de doelstellingen zijn ontleend aan uiteenlopende perspectieven op het aansprakelijkheidsrecht. Zo is compensatie ontleend aan een klassieke benadering waarin herstel van de oude toestand vooropstaat (en daarmee het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid). De doelstelling van genoegdoening is veeleer uitvloeisel van een slachtoffergerichte benadering, en die van preventie staat centraal in de rechts-economische benadering van het aansprakelijkheidsrecht. Omdat zij uitvloeisel zijn van verschillende perspectieven, leiden de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht meestal niet tot dezelfde resultaten.

Daarnaast kennen zij ieder hun eigen problemen. Het probleem met compensatie als herstel in de oude toestand is dat het een “*counterfactual*”-element behelst; hoe zou de actuele situatie eruit hebben gezien als de onrechtmatige daad niet had plaatsgehad (“wat als?”). Daarom gaat compensatie gepaard met fundamentele onzekerheid over de definitie en de vaststelling van de hypothetische situatie waarin het ongeval niet had plaatsgehad en daarmee over de schade (zie nrs. 41 en 42). Bij de doelstelling van genoegdoening doet zich weer een andere onduidelijkheid voor: is die doelstelling normatief op te

29 Soms wordt ook de spreiding van schade als doel van het aansprakelijkheidsrecht genoemd. Men kan ook zeggen dat de spreiding van schade niet zozeer een doel, maar veeleer een gevolg is van het aansprakelijkheidsrecht (Hartlief 1997, p. 19). Ik beschouw de spreiding en verdeling van schade hier niet als een doelstelling van aansprakelijkheidsrecht, omdat ik langs die weg al te gemakkelijk overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zou binnensmokkelen. Ik ben wel van mening dat die relevant zijn in het aansprakelijkheidsrecht, maar zal dat op andere gronden aannemen.

vatten (als morele genoegdoening), of feitelijk (als psychologische genoegdoening)? Het antwoord op die vraag maakt nogal wat uit voor het resultaat. Ten aanzien van de doelstelling van preventie rijzen weer andere vragen: is alles wat werkt ook geoorloofd? Hoe maken wij de stap van het feitelijke naar het normatieve? Zonder verdere rechtvaardiging is dat een “*naturalistic fallacy*”, maar wat houdt die rechtvaardiging in? Al met al helpen de doelstellingen ons niet zo veel verder. Waarschijnlijk spelen zij daarom zo’n ondergeschikte rol in de debatten over aansprakelijkheid. Ze worden door bijna iedereen met rust gelaten en dienen hoofdzakelijk educatieve doeleinden in de leerboeken aansprakelijkheidsrecht voor studenten.³⁰ Dat is jammer, omdat zij potentieel de mogelijkheid bieden om als richtinggevende beginselen een rol te spelen bij de interpretatie van de regels en begrippen van het aansprakelijkheidsrecht. Maar dan moeten zij wel tot leven worden gewekt. Dat is de bedoeling van het vervolg van het betoog, dat een meer samenhangend perspectief biedt op de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht (zie nr. 43).

4 Voorbij corrigerende rechtvaardigheid

12. Daarbij begin ik met het Aristotelische onderscheid tussen corrigerende rechtvaardigheid en distributieve rechtvaardigheid.³¹ Corrigerende rechtvaardigheid heeft betrekking op de verhouding tussen twee partijen in een vrijwillige of onvrijwillige transactie (overeenkomst of onrechtmatige daad). Indien die verhouding wordt verstoord door een onrechtmatige daad die schade veroorzaakt – om mij daartoe te beperken – vereist corrigerende rechtvaardigheid herstel in de oude toestand. Dat herstel is equivalent aan de inbreuk. Distributieve rechtvaardigheid daarentegen heeft betrekking op de leden van een groep of gemeenschap. Zij vereist een gelijke verdeling van goederen of lasten onder de leden van die groep, waarbij die gelijkheid wordt bepaald door een standaard. In de beide varianten relateert rechtvaardigheid personen aan elkaar volgens een conceptie van gelijkheid. Onrechtvaardig is de situatie waarin de ene persoon te veel of te weinig heeft ten opzichte van een ander. In de gangbare analyse construeren de beide vormen van rechtvaardigheid die gelijkheid evenwel op een verschillende manier; distributieve rechtvaardigheid als de gelijke verdeling van lusten en lasten volgens maatstaven van proportionele gelijkheid, en corrigerende rechtvaardigheid als herstel van de gelijkheid die bestond voordat de ene partij onrechtmatig schade toebracht aan een ander. In de Aristotelische opvatting is uitsluitend van belang of de ene partij de ander onrecht heeft aangedaan en of deze daardoor schade heeft geleden.³² Het is dan aan de rechter om dit onrechtvaardige, dat ongelijkheid impliceert, gelijk te maken. Aristoteles gebruikt het beeld van twee evenredige lijnen. Door het onrechtmatig handelen wordt een deel van de ene lijn aan de andere

³⁰ Een uitzondering vormt Hartlief 1997, nrs. 8-18.

³¹ Aristoteles 1997, boek V, par. 2, nr. 12, par. 4 en 5.

³² Wat als onrecht geldt, wordt bij Aristoteles niet gedefinieerd, maar verondersteld (vgl. Posner 1994, p. 61).

toegevoegd. Corrigerende rechtvaardigheid vereist herstel van de initiële lengte van die lijnen (de oorspronkelijke positie van partijen).³³ Op grond van dit uitgangspunt hebben Weinrib en Coleman corrigerende rechtvaardigheid geconstrueerd als het leidende beginsel van aansprakelijkheidsrecht.

13. Hoewel hun benaderingen uiteenlopen, lijden zij aan hetzelfde gebrek, namelijk dat het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid geen grenzen stelt aan aansprakelijkheid, en in zoverre “leeg” is.³⁴ De reden is dat het niet mogelijk is om een strikte onderscheiding te maken tussen distributieve en corrigerende rechtvaardigheid én tegelijkertijd corrigerende rechtvaardigheid zodanig te construeren dat het grenzen stelt aan aansprakelijkheid. Hierna zal blijken dat corrigerende rechtvaardigheid, zodra zij inhoudelijke consequenties heeft voor het aansprakelijkheidsrecht, geen zuivere corrigerende rechtvaardigheid meer is, maar mede berust op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid.³⁵ De slotsom zal daarom zijn dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen wordt beheerst door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook door dat van distributieve rechtvaardigheid. Uiteindelijk ontkomen wij daarom niet aan een gecombineerde theorie waarin beide beginselen hun eigen rol vervullen in het aansprakelijkheidsrecht (nrs. 24 en 25). In deze paragraaf wil ik laten zien dat het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén – dat wil zeggen, zonder overwegingen van distributieve rechtvaardigheid – gedoemd is een tadeloze notie te blijven. Dat zal tevens inzicht geven in de rol die het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid wél kan spelen in het aansprakelijkheidsrecht (nrs. 16 en 17).

14. Ofschoon Weinrib en Coleman beiden het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid als het leidende beginsel van het aansprakelijkheidsrecht beschouwen, verschillen zij in de wijze waarop zij de aard en rol van dat beginsel construeren. Voor Weinrib dient corrigerende rechtvaardigheid ertoe om een uitgangspositie tussen partijen te herstellen die bestond voordat de ene partij onrechtmatig handelde jegens de andere partij. Het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid vereist herstel van de oorspronkelijke toestand indien de ene partij de andere onrecht aandoet. Wat de pleger heeft gedaan en wat de benadeelde is overkomen, zijn de actieve en passieve kant van hetzelfde onrecht. Herstel van dat onrecht maakt in één operatie zowel de schade van de benadeelde als het onrecht van de dader ongedaan. Onrecht en herstel zijn daarom correlatief gestructureerd.³⁶ Het recht van de benadeelde dat is geschonden en dat waarin hij wordt hersteld, zijn identiek (“*the thesis of identity*”). Het onrecht geeft daarom aan de benadeelde niet meer, of een andere aanspraak dan waar dat recht aanspraak op geeft (“*the thesis of limitation*”). Corrigerende rechtvaardigheid is in zoverre niet alleen een grond, maar tevens een grens van aansprakelijkheid.³⁷

33 Aristoteles 1997, boek V, par. 4, nrs. 10-12. Aldus de standaardopvatting volgens welke corrigerende rechtvaardigheid in essentie compensatorisch is. Voor een afwijkende opvatting vgl. men Brickhouse 2014.

34 Zie Wright 1992, p. 630.

35 Vgl. Lucy 2007, p. 268-326.

36 Weinrib 2012, p. 9-38. Zie ook Weinrib 2012 (2). Voor kritiek op de toepassing van het idee van correlativiteit, vgl. men Porat 2001.

37 Weinrib 2012, p. 91, 92.

Zij sluit bijvoorbeeld “*punitive damages*” uit, omdat die remedie een leedtoevoegend strafelement bevat en daardoor niet evenredig is aan de inbreuk.³⁸ Maar daarmee is de begrenzendende werking van corrigerende rechtvaardigheid wel zo ongeveer uitgeput. Welke rechten partijen jegens elkaar hebben wordt namelijk bepaald door het recht, en niet door corrigerende rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid eist niet meer of minder dan dat in geval van een verstoring de uitgangspositie wordt hersteld.

15. De notie van corrigerende rechtvaardigheid is bij Coleman meer verweven met het aansprakelijkheidsrecht en daardoor minder formeel.³⁹ Corrigerende rechtvaardigheid is in zijn opvatting een moreel beginsel dat aan de schadeveroorzaker redenen voor herstel geeft. Voor de benadeelde staat daartegenover een recht op herstel. Dat is een tweede orde-recht, het ontstaat pas na schending van een eerste orde-recht. Welke de onderlinge rechten en plichten tussen partijen zijn, wordt overigens bepaald door het geldende recht (niet door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid). Corrigerende rechtvaardigheid kent dus twee elementen: onrechtmatigheid en verantwoordelijkheid (in de zin van *dadenschap*).⁴⁰ De werking van corrigerende rechtvaardigheid is echter relatief beperkt. Corrigerende rechtvaardigheid verschaft de pleger (slechts) morele redenen voor herstel. Wanneer de pleger sterkere redenen heeft om anders te handelen – bijvoorbeeld omdat een afwijkende regeling bestaat – dan is corrigerende rechtvaardigheid uitgewerkt. Daardoor is het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid voorwaardelijk ten opzichte van afwijkende regelingen in het recht.⁴¹ Hoewel corrigerende rechtvaardigheid bij Coleman wel grenzen stelt aan het aansprakelijkheidsrecht – zij is de uitdrukking van bepaalde liberale waarden, zoals gelijkheid, respect voor een anders welzijn en persoonlijkheid, en verantwoordelijkheid voor de gevolgen van het eigen handelen⁴² – is haar invloed daarom uiteindelijk beperkt. Zoals Coleman zelf opmerkt, biedt zij niet meer dan een ongespecificeerde conceptie van de verplichtingen die het aansprakelijkheidsrecht kan handhaven.⁴³ Hoewel minder “leeg” dan bij Weinrib, biedt corrigerende rechtvaardigheid bij Coleman evenmin een *catalogus* van te beschermen rechten of belangen die aansprakelijkheid wél zou rechtvaardigen en begrenzen.

16. Het lijkt erop dat het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, hoe dan ook gedefinieerd, geen maatstaven oplevert die grenzen stellen aan aansprakelijkheid. Dat volgt al uit de analyse van Aristoteles, en Weinrib noch Coleman is erin geslaagd hierin te voorzien. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat wij dat beginsel in het aansprakelijkheidsrecht zouden kunnen missen; dat is om meerdere redenen niet het geval. In de eerste plaats rechtvaardigt het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid herstel in geval van een inbreuk en biedt het

38 Vgl. Meurkens 2014, p. 146-168.

39 Wright duidt de beide theorieën aan als “Weinrib's explicit formalism” en “Coleman's de facto formalism”, hetgeen een adequate typering is (Wright 1992, p. 625).

40 Coleman 1992, p. 325, 326.

41 Coleman 1992, p. 395-406.

42 Coleman 1992, p. 433.

43 Coleman 2001, p. 34, Lucy 2007, p. 308-313.

een handvat voor de equivalentie tussen de inbreuk en het herstel. Volgens het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid reikt de compensatie immers niet verder dan de inbreuk. Dat is echter niet meer dan een formeel criterium. Voor een materieel criterium zouden wij een antwoord moeten kunnen geven op de vraag “herstel in wat?”. Zolang wij dat niet hebben, missen wij een hanteerbare maatstaf voor de compensatie. Daarom kan het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén de beslissing in het baby Kelly-arrest niet verklaren (zie nr. 6). De vergelijking tussen inbreuk en herstel behoeft een gezichtspunt. Geld lijkt daarvoor een geëigend middel; dat verklaart ook de voorkeur van Weinrib en Coleman voor financiële compensatie. Compensatie biedt dan een herstel in de vermogenspositie van de benadeelde. De keerzijde is evenwel dat andere vormen van herstel buiten beeld blijven.⁴⁴ Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de rol van excuses in het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁵

17. Voorts biedt het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid een handvat voor de bilaterale structuur van civielrechtelijke procedures, waarin een benadeelde een partij dagvaardt die hij verantwoordelijk houdt voor zijn schade. In een civiele procedure is de vraag *wie van deze beide partijen* de schade moet betalen – de eiser of de gedaagde – en niet *wie ter wereld* de schade dient te vergoeden.⁴⁶ Rechtvaardigheid in het privaatrecht is in die zin altijd gerelateerd aan bepaalde partijen. Bovendien staan eiser en gedaagde tegenover elkaar door gebeurtenissen uit het verleden. Het aansprakelijkheidsrecht is “*backward looking*” en staat in zoverre haaks op de economische analyse die in beginsel “*forward looking*” is. Preventie en efficiency zijn toekomstgerichte doelstellingen, die mede daarom moeilijk verenigbaar zijn met deze structuur van het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁷ Kortom, het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid brengt de partijen samen in de procedure, rechtvaardigt herstel in geval van een inbreuk, waarborgt aldus de band met individuele verantwoordelijkheid voor onrechtmatig toegebrachte schade, en verschaft een (formele) maatstaf voor het herstel van de relatie. Het vormt daardoor een obstakel tegen onbegrensd instrumentalisme, dat het aansprakelijkheidsrecht in dienst zou stellen van welk economisch, maatschappelijk, of politiek doel dan ook (vgl. nr. 54). Als zodanig is het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid onmisbaar in het aansprakelijkheidsrecht, maar het is op zichzelf niet voldoende voor de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid.⁴⁸ Daarvoor is een meer inhoudelijke benadering mogelijk. Het biedt kortom een vertrekpunt voor verdere verkenningen, waarbij wij distributieve rechtvaardigheid niet uit de weg kunnen gaan.

44 Lucy 2007, p. 313-317.

45 Dat past bij een opvatting waarin de oorspronkelijke toestand waarin de benadeelde wordt hersteld niet zijn vermogenspositie is, maar een situatie waarin hij over bepaalde mogelijkheden beschikt (“capabilities”). Herstel is dan niet automatisch een compensatie in geld, maar eerder een herstel van mogelijkheden (“empowerment”).

46 Coleman 1992, p. 198.

47 Coleman 1992, p. 374-385.

48 “So there is no tort law without corrective justice”, schrijft Gardner (2011, p. 50), “on the other hand, there has to be more to tort law than corrective justice.”

5 Niet zonder distributieve rechtvaardigheid

18. Distributieve rechtvaardigheid heeft betrekking op de verdeling van goederen, kansen of lasten volgens algemene principes. Als zodanig wordt het meestal gerekend tot het domein van het publiekrecht, waar de overheid met die verdeling is belast. Sinds de publicatie van Rawls' *"A theory of justice"* (1971) heeft het debat over de criteria voor distributieve rechtvaardigheid een enorme vlucht genomen.⁴⁹ In Rawls' theorie over *"justice as fairness"* – gekenmerkt door twee rechtvaardigheidsprincipes, namelijk een gelijk recht op vrijheid en het verschilprincipe – ligt de nadruk op rechtvaardigheid als eigenschap van instituties. Juist op dit punt neemt Amartya Sen in *"The idea of justice"* (2009) afstand van Rawls.⁵⁰ Rechtvaardigheid is niet alleen een eigenschap van instituties, aldus Sen, maar ook van concrete samenlevingen en van feitelijk gedrag. Hij maakt daarbij gebruik van een onderscheid dat in het Sanskriet wordt gemaakt tussen twee betekenissen van rechtvaardigheid: *"niti"* (in verband met de correctheid van organisatie en gedrag) en *"nyaya"* (in verband met het leven dat mensen kunnen leiden). Anders dan in de meeste andere theorieën over distributieve rechtvaardigheid staat bij Sen niet het formuleren van abstracte principes van rechtvaardigheid centraal, maar het elimineren van concrete onrechtvaardige maatschappelijke toestanden.

19. De notie van distributieve rechtvaardigheid is, evenals die van corrigerende rechtvaardigheid, op zichzelf betrekkelijk "leeg".⁵¹ Om aan die notie vorm en inhoud te geven dient een (iedere) theorie over distributieve rechtvaardigheid op twee vragen een antwoord te geven. De eerste is de vraag wat er nu precies verdeeld wordt; wat is het voorwerp van rechtvaardigheid (*"the substance of justice"*)? Het gebruikelijke antwoord is dat distributieve rechtvaardigheid betrekking heeft op de verdeling van welvaart, met andere woorden, van goederen. Sen wijkt daarvan af doordat hij distributieve rechtvaardigheid niet betreft op de verdeling van welvaart, maar op de verdeling van levenskansen. Welvaart is slechts een middel om een bepaald doel te bereiken, namelijk een betere kwaliteit van leven.⁵² Daarom dienen wij ons volgens Sen niet te richten op de verhoging van het welvaartsniveau, maar op een verbetering van de mogelijkheden om ons leven naar eigen keuze in te richten (*"capabilities"*). Individuele autonomie is belangrijker dan welvaart; de vraag wat mensen *kunnen* is belangrijker dan die wat zij *bezitten*. Deze gedachte is zelfs in economische analyses doorgedrongen. In VN-rapporten is het bruto nationaal product als maatstaf voor de welvaart van een land vervangen door de *"human development index"*, waarvoor ook indicatoren als levensverwachting en scholing relevant zijn. Bovendien heeft Martha Nussbaum aan deze *"capability approach"* een wending gegeven die haar ook relevant maakt voor het recht. Ik kom hierop terug (zie par. 7).

49 Rawls 1971.

50 Sen 2009, p. 52-74.

51 Zie England 1993, p. 11.

52 Zie ook Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek 1, par. 5, p. 86.

20. De tweede vraag waarop iedere theorie over distributieve rechtvaardigheid een antwoord dient te geven is de vraag volgens welke maatstaf een rechtvaardige verdeling plaatsvindt. In het Verlichtingsdenken zijn volgens Sen twee soorten antwoorden op die vraag gegeven. Volgens de aanhangers van transcendentiaal-institutionele benaderingen dient het antwoord te worden gezocht in algemene principes die kenmerkend zijn voor rechtvaardige instituties (vgl. de theorieën van Rawls en andere contractsfilosofen). Het bezwaar van deze benaderingen is dat algemene principes van rechtvaardigheid noch voldoende, noch noodzakelijk zijn in actuele debatten over rechtvaardigheid. Enerzijds helpen zij niet bij de vergelijkende beoordeling van maatschappelijke arrangementen, anderzijds hebben wij ze niet nodig om sociaal onrecht te herkennen en te elimineren.⁵³ Veel vruchtbaarder is het volgens Sen om de focus te verplaatsen van de zoektocht naar algemene rechtvaardigheidsprincipes naar de vergelijking van de rechtvaardigheid van concrete maatschappelijke verhoudingen. Volgens de aanhangers van comparatieve benaderingen als die van Sen dient het streven niet te zijn gericht op een alomvattende rechtvaardigheidstheorie, maar op de praktische vergelijking van de rechtvaardigheid van verschillende samenlevingen. Dat levert weliswaar niet een eenduidige maatstaf op voor een rechtvaardige verdeling van levenskansen, maar het biedt wel een beter uitgangspunt voor de eliminatie van onrecht.

21. Wat is het belang van dit alles voor het privaatrecht? Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zijn ook in het privaatrecht van belang, bijvoorbeeld bij de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid. Dat blijkt zowel op het niveau van concrete casus als op dat van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. De fictieve casus van Croesus en Diogenes kan het eerste toelichten.⁵⁴ Stel dat Croesus onrechtmatig schade toebrengt aan Diogenes. Uit het voorgaande volgt dat er in dat geval redenen van corrigerende rechtvaardigheid zijn om Croesus aansprakelijk te houden voor die schade. Daarnaast zijn er tevens redenen van distributieve rechtvaardigheid vóór die aansprakelijkheid, omdat de schadevergoeding een vermogensverschuiving meebrengt van de steenrijke Croesus naar de straatarme Diogenes. Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid spelen derhalve een rol in het aansprakelijkheidsrecht, zij het een ondergeschikte rol. Om dat te illustreren hoeven wij de casus maar “om te keren”. Stel dat Diogenes onrechtmatig schade toebrengt aan Croesus. Dan zijn er redenen van corrigerende rechtvaardigheid om Diogenes aansprakelijkheid te houden voor de vergoeding van die schade. Daarnaast zijn er echter redenen van distributieve rechtvaardigheid die pleiten tégen die aansprakelijkheid, omdat die zou leiden tot een vermogensverschuiving van de straatarme Diogenes naar de steenrijke Croesus. In het aansprakelijkheidsrecht delven deze overwegingen het onderspit tegen overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid; Diogenes zal aansprakelijk worden gehouden voor de schade van Croesus. Hooguit spelen bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid overwegingen van distributieve rechtvaardigheid een rol (vgl. het matingsrecht van art. 6:109 BW). Dit wijst erop dat corrigerende rechtvaardigheid de

53 Sen 2009, p. 87-114.

54 Zie Lucy 2007, p. 358.

vestiging van aansprakelijkheid rechtvaardigt, en dat overwegingen van distributieve rechtvaardigheid mede de omvang van aansprakelijkheid bepalen. Niettemin ontpoppen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zich vaak als de koekoek in het nest van het privaatrecht; eenmaal toegelaten, hebben zij de neiging andersoortige overwegingen in de deliberatie te overheersen.⁵⁵ Wij zullen zien dat zelfs de (formele) notie van herstel kan worden ingevuld door distributieve rechtvaardigheid (zie nr. 31).

22. Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zijn echter niet alleen op het niveau van de concrete casus van belang, maar ook op het niveau van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Dat kan blijken uit nader onderzoek naar het voorwerp van de verdeling, en de daarvoor geldende maatstaf (nrs. 19 en 20). Een niet ongebruikelijk antwoord op de eerste vraag is dat het aansprakelijkheidsrecht is gericht op de verdeling van risico's, lasten die mogelijk verbonden zijn aan onze activiteiten. Zo neemt Honoré als uitgangspunt het principe dat wij verantwoordelijk zijn voor de goede en kwade dingen die wij veroorzaken door wat wij doen. Hij noemt dat "resultaatsverantwoordelijkheid" ("*outcome responsibility*").⁵⁶ Aansprakelijkheid in het privaatrecht strekt ertoe deze resultaatsverantwoordelijkheid te handhaven en te effectueren. Dat geldt zowel voor schuldaansprakelijkheid als voor risicoaansprakelijkheid, omdat foutief handelen geen voorwaarde vormt voor resultaatsverantwoordelijkheid. We zijn dus ook verantwoordelijk voor de gevolgen van domme pech. De rechtvaardiging daarvoor is dat de verantwoordelijkheid voor de risico's van ons handelen de keerzijde vormt van de vruchten van dat handelen. Dat is een toedeling van risico's (ook wel het "*risk-principle*" genoemd) die berust op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid ("*risk-distributive justice*"). De analyse van Honoré brengt ons verder doordat hij laat zien dat distributieve rechtvaardigheid in het aansprakelijkheidsrecht betrekking heeft op de verdeling van risico's, dat wil zeggen, potentiële nadelen. Hieronder zullen wij een voorbeeld zien van een distributief onrechtvaardige verdeling van risico's in het schadevergoedingsrecht. Het is eenvoudigweg onrechtvaardig dat de gemiddelde vrouw bij de begroting van de schade slechter af is dan de gemiddelde man (zie nrs. 33 en 34).

23. Deze analyse van Honoré kan evenwel verder worden doorgetrokken. Uit die analyse volgt namelijk ook dat distributieve rechtvaardigheid niet alleen kan worden betrokken op de verdeling van risico's, maar tevens op de verdeling van kansen, te verstaan als potentiële voordelen. Sterker nog, iedere verdeling van potentiële nadelen impliceert een verdeling van potentiële voordelen; de verdeling van risico's en kansen gaan hand in hand. De meest sprekende toepassing is natuurlijk het profijtbeginsel dat de verdeling van risico's verbindt aan de kans om te profiteren van bepaalde activiteiten (vgl. de notie van resultaatsverantwoordelijkheid). In het aansprakelijkheidsrecht draagt het profijtbeginsel bij aan de legitimatie van bepaalde kwalitatieve aansprakelijkheden (bijvoorbeeld van werkgevers voor werknemers, of van bezitters van een

55 Lucy 2007, p. 368.

56 Honoré 1999, p. 14.

zaak).⁵⁷ De betekenis van het verband tussen risico's en kansen in het aansprakelijkheidsrecht is evenwel groter. Men kan schadevergoeding of iedere andere remedie zien als een poging om de benadeelde dezelfde kansen te bieden als hij vóór het onrechtmatige voorval had. Als er een risicobeginsel is dat betrekking heeft op de rechtvaardige verdeling van risico's in het aansprakelijkheidsrecht, zo zou ik menen, dan is er ook zoiets als een kansbeginsel dat betrekking heeft op de rechtvaardige verdeling van capaciteiten, kansen of mogelijkheden. Daarvoor gelden geen eenduidige maatstaven of algemene principes, maar een heel scala aan overwegingen van distributieve aard. De toepassing van de theorie van Martha Nussbaum vormt een goede illustratie (zie par. 7). Aan een dergelijke distributieve theorie kunnen morele redenen worden ontleend om iemand aansprakelijk te houden. Zij vormen een aanvulling op de redenen die worden ontleend aan het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid. Zo doen beide beginselen in samenhang hun werk in het aansprakelijkheidsrecht. Dat vormt dan ook het uitgangspunt voor het vervolg.

6 Tussenstand

24. Onze zoektocht naar de legitimatie en de grenzen die het rechtvaardigheidsbeginsel aan aansprakelijkheidsrecht kan bieden, levert enkele tussenconclusies op. De eerste is dat de meest belovende rechtvaardigheidstheorie een gecombineerde theorie is die elementen van corrigerende rechtvaardigheid en distributieve rechtvaardigheid verenigt.⁵⁸ Corrigerende en distributieve rechtvaardigheid doen in samenhang hun werk. Corrigerende rechtvaardigheid brengt de partijen bij elkaar. De onrechtmatige gedraging schept de verplichting voor de schadeveroorzaker om de benadeelde te compenseren. Dat heeft een materiële en een procedurele component. De eerste ziet op de equivalentie tussen de inbreuk en de compensatie. De tweede op de bilaterale structuur van het civiele proces, waarin het debat over de compensatie plaatsvindt tussen de benadeelde en degene die deze voor zijn schade verantwoordelijk houdt. Distributieve rechtvaardigheid in het aansprakelijkheidsrecht betreft de verdeling van risico's en kansen in een samenleving. Dat levert morele redenen voor toerekening op (het risico- en het kansbeginsel). Het biedt tevens zicht op het herstel van de benadeelde in een positie waarin deze in zijn individuele autonomie wordt hersteld, dat wil zeggen, zo veel als mogelijk is dezelfde kansen heeft als vóór het onrechtmatige voorval.

25. Over de relatie tussen corrigerende en distributieve rechtvaardigheid worden verschillende opvattingen verdedigd. Sommige schrijvers verdedigen een "*distributive justice takes priority view*", inhoudende dat corrigerende rechtvaardigheid niet meer is dan een complement op een distributief rechtvaardige verdeling in een samenleving.⁵⁹ Dat lijkt een voor de hand liggende

57 Van Dam 2013, p. 491.

58 Vgl. ook Lucy 2007, p. 266: "Mixed theories are where the (intellectual) action is (and that's a good thing, too)."

59 Zie bijvoorbeeld Dworkin 1986, p. 297-309 en Lippke 1999. Voor kritiek vgl. men Perry 2002 en Scheffler 2015.

taakverdeling; distributieve rechtvaardigheid bepaalt een legitieme verdeling, en corrigerende rechtvaardigheid heeft betrekking op herstel in geval van een inbreuk op die verdeling. Toch loopt deze zienswijze spaak. In de eerste plaats zouden wij helemaal geen behoefte hebben aan de notie van corrigerende rechtvaardigheid als dit haar functie was; dan zou het beginsel van distributieve rechtvaardigheid op zichzelf immers volstaan.⁶⁰ Bovendien is de functie van corrigerende rechtvaardigheid niet om een rechtvaardige verdeling te garanderen, maar om een remedie te bieden in geval van onrechtmatig toegebrachte schade. De overwegingen zijn daarom minstens ten dele andersoortig en de uitkomst hoeft niet te sporen met de meest rechtvaardige verdeling van goederen.⁶¹ Dat heeft anderen ertoe gebracht een “*independence view*” te verdedigen, volgens welke corrigerende rechtvaardigheid onafhankelijk is van distributieve rechtvaardigheid.⁶² Ook dit roept vragen op, omdat het uiteindelijk toch om twee vormen van rechtvaardigheid gaat. En weer anderen verdedigen een “*interdependence view*”, volgens welke beide noties complementair zijn met een prioriteit voor corrigerende rechtvaardigheid. Gelet op de structuur van het privaatrecht ligt deze benadering het meeste in de rede, in die zin dat corrigerende rechtvaardigheid prevaleert, maar kan worden ingevuld en aangevuld met distributieve rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid legitimeert de vestiging van aansprakelijkheid, distributieve rechtvaardigheid speelt een rol bij de invulling van het herstelbegrip en bij de beoordeling van de omvang van de aansprakelijkheid (nr. 21).⁶³

26. Wat volgt hieruit? In de eerste plaats dat distributieve overwegingen op zichzelf geen aansprakelijkheid kunnen vestigen. Voor aansprakelijkheid zijn overwegingen van eerlijke verdeling alléén nooit genoeg; daarvoor blijven vereist een fout en daardoor geleden schade. Voorts dat bij het bepalen van de omvang van aansprakelijkheid distributieve overwegingen wél een rol spelen. Daar wordt de herstelgedachte aangevuld met – en dus gerelativeerd door – overwegingen van een eerlijke verdeling. Bovendien kunnen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid invulling geven aan de notie van herstel – als herstel van autonomie – en zijn aldus mede van belang voor de vestiging van aansprakelijkheid (zie nr. 31). Zo beschouwd spelen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid hun rol in een begrensde domein. Dat neemt evenwel niet weg dat zij de neiging hebben zich als een koekoek in het nest van het privaatrecht te gedragen; eenmaal binnen domineren zij andersoortige

60 Als het beginsel van distributieve rechtvaardigheid een bepaald evenwicht rechtvaardigt, dan rechtvaardigt het ook herstel van dat evenwicht in geval van een verstoring (een duidelijk voorbeeld van Ockhams scheermes). Vgl. Benson 1992, p. 531.

61 Anders gezegd, distributieve en corrigerende rechtvaardigheid verschillen in functioneel en normatief opzicht.

62 Zie bijvoorbeeld Weinrib 2012 en 2012 (2), en Wright 1992.

63 In zoverre kan worden gesproken van een relatieve autonomie van corrigerende rechtvaardigheid. Deze prioritering wordt ondersteund door empirisch onderzoek (vgl. Mitchell en Tetlock 2006).

overwegingen. Misschien is de dominantie van het idee van de slachtofferbescherming daar wel het beste voorbeeld van. Des te urgenter is de vraag naar de rechtvaardiging en de begrenzing van aansprakelijkheid. Ik denk dat overwegingen van distributieve rechtvaardigheid hier een grotere rol spelen dan nu wordt erkend. Dat begint met het inzicht dat het aansprakelijkheidsrecht, voor zover dat op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid berust, niet alleen wordt beheerst door een risicobeginsel, maar ook door een kansbeginsel, of anders gezegd, het aansprakelijkheidsrecht verdeelt niet alleen de kwade kansen, maar ook de goede kansen. Aan de uitwerking van deze gedachte is de rest van het betoog gewijd.

7 De capaciteitenbenadering

27. Hiervoor maakten wij kennis met de “*capability approach*” van Sen, die ik hier als de “capaciteitenbenadering” zou willen aanduiden (nrs. 18-20).⁶⁴ De kern van die benadering wordt overgenomen door Martha Nussbaum, ofschoon zij er een wending aan geeft die relevanter is voor het recht. Volgens haar is de kern van deze benadering de gedachte dat bepaalde capaciteiten van cruciale betekenis zijn voor een waardig leven dat in vrijheid en samen met anderen wordt geleefd. Om een waardig en autonoom leven te leiden dient ieder mens over bepaalde capaciteiten te beschikken. In principe is het denkbaar om die capaciteiten te inventariseren en aldus een lijst samen te stellen van capaciteiten die een waarlijk menselijk leven vormen. In de volgende paragraaf zal die lijst volledig worden weergegeven. Hier volsta ik met een korte opsomming zonder toelichting, onderverdeeld in drie categorieën: (1) de existentiële capaciteiten: leven, gezondheid, en lichamelijke onschendbaarheid, (2) de vermogens: zintuiglijke waarneming, verbeeldingskracht, denken, praktische rede, en gevoelens, en (3) de sociale capaciteiten: sociale banden, andere biologische soorten, spel, en vormgeving van de eigen omgeving.⁶⁵ Deze opsomming laat zien dat voor een autonoom leven niet alleen financiële belangen van betekenis zijn, maar ook wat wij aanduiden als “emotionele belangen” (en wat in feite een breed spectrum aan mogelijkheden bestrijkt, waaronder ook het hebben van gevoelens). Deze capaciteiten zijn van centrale betekenis in het leven van ieder mens, hoe deze persoon daarvan ook gebruik wenst te maken. Op een meer fundamenteel niveau is de notie van een capaciteit de uiteindelijke referent voor moreel respect en de erkenning van de mens als subject van rechten. Onder de noemer van “*the capable subject*” heeft Ricoeur de capaciteiten om te spreken, te handelen, en moreel te oordelen, als constitutief voor de notie van een persoon in het recht aangemerkt.⁶⁶

64 In het navolgende heb ik “capabilities” vertaald als “capaciteiten”, en niet als “vermogens” (waarvoor in de vertaling van Nussbaum 2006 is gekozen), vanwege de associaties die het laatste concept in het recht oproept. Over deze vertaling ben ik niet helemaal tevreden, maar een beter alternatief heb ik niet gevonden.

65 Nussbaum 2006, p. 76-77 (ik citeer verder uit de Nederlandse vertaling).

66 Ricoeur 2000, p. 2-4.

Fundamentele rechten en hun handhaving strekken er dan ook toe om deze onderscheidende capaciteiten van personen te beschermen en te bevorderen.⁶⁷ 28. Over de strekking van deze lijst is een aantal opmerkingen te maken. In de eerste plaats is deze lijst niet definitief, maar open voor aanvulling en ontwikkeling. In iedere samenleving in ontwikkeling vormt zij voorwerp van voortdurend debat. Nussbaum zelf heeft in haar latere werk de lijst anders geformuleerd dan in haar vroege werk.⁶⁸ Voor verschillende praktische doeleinden kunnen wij ook andere lijsten hanteren.⁶⁹ In de tweede plaats behelst de lijst capaciteiten of mogelijkheden die de overheid voor iedere individuele burger moet realiseren. Het principe dat iedere persoon doel op zich is, zodat ieders individuele capaciteiten bescherming verdienen, brengt mee dat een globaal niveau voor een samenleving als geheel niet volstaat.⁷⁰ Wel pretendeert Nussbaum dat de lijst menselijke capaciteiten behelst die cultuuroverstijgend zijn, en in zoverre berusten op de overlappende consensus tussen verschillende levenswijzen.⁷¹ In de derde plaats behelst deze lijst geen volledige rechtvaardigheidstheorie, aldus Nussbaum, maar hooguit een grondslag voor een aanvaardbaar sociaal minimum. Voor elke capaciteit kan een bepaalde drempelwaarde worden gedefinieerd, waaronder niet meer van een waardig leven kan worden gesproken.⁷² In de vierde plaats zijn niet alle capaciteiten van gelijk gewicht; praktische rede en sociale verbanden lijken van bijzondere betekenis voor wat onderscheidend is voor menselijk leven. Ten slotte onderscheidt Nussbaum tussen verschillende soorten capaciteiten. Basiscapaciteiten zijn onze aangeboren instrumenten (bijvoorbeeld zintuiglijke waarneming). Interne capaciteiten zijn de vermogens van mensen die voldoende zijn voor de uitoefening van bepaalde functies (zoals het vermogen om politieke keuzes te maken). Wanneer daarnaast ook de (externe) gelegenheid tot het gebruik van die capaciteiten is gerealiseerd, spreekt Nussbaum van “*combined capabilities*”. De capaciteiten die op de lijst staan behoren alle tot deze laatste categorie, dat wil zeggen, zij veronderstellen zowel de capaciteit als de gelegenheid om te worden gebruikt.⁷³ Daarom zijn ‘capaciteiten’ hier synoniem aan ‘mogelijkheden’, ‘kansen’, of zelfs ‘vrijheden’.

29. Nussbaums lijst van capaciteiten heeft een politieke en een juridische betekenis. De politieke betekenis schuilt hierin dat zij het als een eis van (distributieve) rechtvaardigheid beschouwt dat de overheid haar burgers een waardig leven garandeert, dat wil zeggen, dat die overheid garant staat voor de genoemde capaciteiten boven een bepaalde drempelwaarde. De mogelijkheden die in de lijst zijn opgenomen functioneren tevens als bron van politieke overeenstemming, op basis waarvan iedere burger vervolgens zijn eigen leven in vrijheid kan inrichten. De lijst van capaciteiten – in het bijzonder die welke

67 Dauenhauer en Wells 2000, p. 912.

68 Vgl. Nussbaum 2000, p. 78-80 met Nussbaum 2006, p. 76-77.

69 Zie Sen 2008, p. 79.

70 Nussbaum 2000, p. 74.

71 De notie van “overlapping consensus” is ontleend aan Rawls 1999, p. 133-172.

72 Nussbaum 2000, p. 75 en Nussbaum 2006, p. 72.

73 Nussbaum 2000, p. 85. Kortom, een vermogen is aanwezig indien de actor over de capaciteiten beschikt en in de gelegenheid verkeert om aldus te handelen.

betrekking hebben op keuzes en activiteiten – vormt dus een maatstaf voor de beantwoording van de vraag of een samenleving haar burgers heeft voorzien van een minimaal niveau van rechtvaardigheid. Vanzelfsprekend heeft de lijst daardoor ook een juridische betekenis. Nussbaum benadrukt de verwantschap van de lijst capaciteiten die een menswaardig bestaan definiëren met catalogi van mensenrechten zoals het EVRM en het EU-handvest. De lijst met capaciteiten kan worden gezien als een variant op, of een onderbouwing van een theorie over fundamentele rechten.⁷⁴ Gelet op de strekking van fundamentele rechten – te weten de bescherming van onderscheidende capaciteiten van personen (zie nr. 27) – hoeft die verwantschap geen verbazing te wekken. Verschillende elementen worden gedeeld door de lijst met capaciteiten en catalogi van fundamentele rechten, zoals de centrale positie van menselijke waardigheid, het belang van de vrijheden die een pluralistische samenleving constitueren (zoals de vrijheid van meningsuiting, geweten, en vereniging), de verantwoordelijkheid van de overheid voor de effectivering, het voortdurende discours over de inhoud en reikwijdte, en de samenhang tussen de elementen en het open einde van de lijst.

30. Toch ziet Nussbaum voordelen in het denken in termen van capaciteiten boven de notie van fundamentele rechten.⁷⁵ In de eerste plaats is de notie van capaciteit dieper, in die zin dat capaciteiten de basis vormen van fundamentele rechten, en niet andersom (zie nr. 27). In de tweede plaats maakt de notie van capaciteit het mogelijk een aantal onderscheidingen achter ons te laten die aan fundamentele rechten kleven, zoals dat tussen passief en actief optreden van de overheid, de toekenning van een recht en de verwezenlijking daarvan, als ook de uitoefening in het publieke en het private domein. Van belang is in dit verband dat de lijst capaciteiten zowel mensenrechten van de eerste als de tweede generatie omvat (dat wil zeggen, zowel politieke en burgerlijke vrijheden als economische en sociale rechten).⁷⁶ Het denken in termen van capaciteiten levert een benchmark op bij de beantwoording van de vraag wat het is om een fundamenteel recht te verwezenlijken. Voorts zijn capaciteiten universeel, terwijl rond de notie van rechten de discussie woedt in hoeverre zij al dan niet van Westerse origine is. Daarmee is de wereldwijde toepassing van capaciteiten vanzelfsprekender dan van rechten.

31. Wat betekent dit alles voor het privaatrecht? De capaciteitenbenadering sluit om meerdere redenen goed aan bij het aansprakelijkheidsrecht (waartoe ik mij hier beperk). Hiervoor bleek al dat het aansprakelijkheidsrecht draait om de verdeling van risico's en kansen, om de kwade en de goede kansen in het leven. In die lijn kan schadelijk onrecht worden gezien als de aantasting van de autonomie van de benadeelde doordat deze van mogelijkheden, kansen of vrijheden wordt beroofd. Het ligt voor de hand daarbij vooral aan personenschade te denken, zoals in de zaak van baby Kelly.⁷⁷ De verplichting om de

74 Nussbaum 2006, p. 77.

75 Nussbaum 2000, p. 96-101, en Nussbaum 2006, p. 281-291.

76 Nussbaum 2000, p. 97.

77 Economische belangen komen niet op de lijst voor. Dat beperkt haar betekenis tot personenschade. Wil men de theorie een bredere toepassing geven, dan dient de lijst te worden aangevuld.

gevolgen van deze aantasting van de individuele autonomie van de benadeelde ongedaan te maken omvat daarom zowel herstel van het gepleegde onrecht als compensatie van de daardoor geleden schade. Die verplichting brengt mee dat de benadeelde moet worden hersteld in zijn of haar “capabilities”, dat wil zeggen, in de mogelijkheden om zijn of haar leven in vrijheid te leven. Voor de toepassing van het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid levert dat een materieel criterium op. De vraag was “herstel in wat?” (zie nr. 16). Het antwoord zou kunnen zijn: compensatie is herstel van autonomie.⁷⁸ Daarbij verschuift de focus van wat de benadeelde niet meer kan (zoals gebruikelijk is), naar wat hij of zij nog wél kan (hetgeen zinvoller lijkt). Dit antwoord berust op een mix van overwegingen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid vereist herstel, en op grond van distributieve rechtvaardigheid interpreteren wij dat als herstel van autonomie.

32. Daarnaast kan het beginsel van distributieve rechtvaardigheid meebrengen, zoals wij al zagen, dat herstel van de autonomie van de benadeelde tevens een passende reactie van de overheid vormt. Vanuit de grondgedachte dat een rechtvaardige samenleving haar burgers een gelijk recht op een waardig bestaan dient te garanderen, verbindt de notie van “capabilities” individuele behoeften van mensen aan hun fundamentele rechten als burger. Daarmee wordt ook een brug geslagen tussen het publiekrecht en het privaatrecht. De capaciteitenbenadering sluit daarom goed aan bij de doorwerking van fundamentele rechten in de verhoudingen tussen burgers (de constitutionalisering van het privaatrecht). Instituties als de wetgever, het bestuur en de rechter, hebben de verantwoordelijkheid om burgers het minimum aan menselijke capaciteiten te garanderen dat een rechtvaardige samenleving constitueert. Voor de wetgever en het bestuur als politieke gezagsdragers ligt dat in de rede. Maar ook de rechter heeft hier een taak wanneer de benadeelde door het onrecht van een ander beneden dat sociale minimum zakt. De capaciteitenbenadering voorziet daarom niet alleen in een theorie over de rechtvaardiging van aansprakelijkheid, maar ook in een theorie over rechtvaardigheid als grondslag voor verdeelvraagstukken in onze samenleving. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de omstandigheid dat de gelijke waardigheid van burgers wordt gewaarborgd door rechtsmiddelen tegen discriminatie, die zich niet meer beperken tot het publiekrecht maar zich tevens uitstrekken tot het privaatrecht.

33. Illustratief is de volgende casus.⁷⁹ Het betrof een meisje van tien jaar dat slachtoffer werd van een ernstig verkeersongeval, ten gevolge waarvan zij blijvend letsel ondervond. De berekening van de schade had de verzekeraar gebaseerd op de verwachting dat de benadeelde (die had gezegd kapster te willen worden) kinderen zou krijgen. “Naarmate zijn leeftijd lager is”, schrijft Nieuwenhuis, “wordt het fictionele gehalte van het verhaal over de toekomst die

78 Ik realiseer mij dat ik mij hier baseer op een relatief beperkte groep van gevallen uit het aansprakelijkheidsrecht, maar meen niettemin dat die iets laten zien dat voor het hele aansprakelijkheidsrecht van belang is. Hoewel hun betekenis kwantitatief gering is, is die kwalitatief groot.

79 College voor de Rechten van de Mens 19 augustus 2014, oordeelnummer 2014-97. Zie ook Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDH:2013:9276.

*het slachtoffer te wachten zou hebben gestaan, dienovereenkomstig groter.*⁸⁰ Hoe dan ook, in dit geval werd de verdien capaciteit van het slachtoffer op basis van statistische gegevens naar beneden bijgesteld, in die zin dat zij van haar 17^e tot haar 26^e levensjaar waarschijnlijk voltijds zou hebben gewerkt, daarna tot haar 36^e levensjaar uit het arbeidsproces zou treden (in verband met kinderen die zij zou hebben gekregen), om ten slotte van haar 36^e tot haar 67^e in deeltijd te werken. Naar huidige inzichten dient art. 6:97 BW zo te worden uitgelegd dat personenschade zo concreet mogelijk wordt begroot. Komt deze schadeberekening daaraan tegemoet? Of gaat zij mank aan de “*fallacy of misplaced concreteness*”?⁸¹ Of is het nog erger en is zij discriminatoir, omdat bij een benadeelde van het mannelijk geslacht deze neerwaartse bijstelling van zijn verdien capaciteit zou zijn uitgebleven? Die slotsom lijkt onontkoombaar. Weliswaar dient het gemaakte onderscheid een legitiem doel (namelijk een schadevergoeding op basis van de beginselen van volledigheid en concreetheid), maar is het gekozen middel passend noch noodzakelijk (want er zijn alternatieven).⁸² Vanuit het gezichtspunt van distributieve rechtvaardigheid is het onrechtvaardig dat de gemiddelde vrouw bij de begroting van schade slechter af is dan de gemiddelde man (zie nr. 22).

34. De benadeelde is door het ongeval beroofd van de mogelijkheid om een normaal leven te leiden. Bovendien is zij bij de berekening van de schade beroofd van de (hypothetische) keuzemogelijkheid die zij zou hebben gehad, indien het verkeersongeval niet had plaatsgehad, om volledig aan het arbeidsproces te blijven deelnemen (met of zonder kinderen). Het ligt in de lijn van de capaciteitenbenadering om als uitgangspunt te nemen dat de benadeelde zo veel als in de gegeven omstandigheden mogelijk is in de gelegenheid wordt gesteld om haar gelijke recht op een waardig leven uit te oefenen. Indien wordt gekozen voor een vergelijking met het leven dat zij zonder het ongeval zou hebben geleid (“wat als?”) – denkbaar is ook dat wordt gekozen voor de behoeften van het jonge slachtoffer in de huidige situatie (“wat nu?”, zie nr. 41) – dient het hypothetische leven dat als maatstaf dient niet te worden gemodelleerd naar een statistisch gemiddelde dat in het geheel niet hoeft te stroken met de keuzes die zij zou hebben gemaakt, maar naar een leven waarin zij zo veel mogelijk vrijheid zou genieten om existentiële keuzes als het verkrijgen van kinderen naar eigen inzicht en voorkeur te maken. De benadeelde verdient herstel in haar autonomie, ook wanneer die autonomie in een hypothetische situatie zou worden uitgeoefend. Bij de berekening van de schadevergoeding dient derhalve rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat zij volledig aan het arbeidsproces zou zijn blijven deelnemen (met of zonder kinderen). Van de rechter mag worden verwacht dat hij of zij de benadeelde op die grondslag schadeloos stelt. Daartoe staan hem of haar verschillende technieken ten dienste.⁸³ Zo zou hij of zij de focus kunnen verleggen van de verwachte inkomsten naar het verlies aan *verdien capaciteit*,

80 Nieuwenhuis 2005, p. 91.

81 Zie Nieuwenhuis 2005, p. 85 (“Mistaking our abstractions for concrete realities”).

82 Loth 2014, p. 117, en Emaus 2015, p. 16.

83 Zie Emaus 2015, p. 16-23.

hetgeen goed bij de capaciteitenbenadering zou passen. Ook zou hij of zij bij de begroting van de schade kunnen abstraheren van de omstandigheid dat de benadeelde vrouw is, hetgeen een stap zou zijn op weg naar de maatmens benadeelde in het letselschaderecht. Ten slotte zou de rechter ook de focus kunnen verschuiven van het verlies naar de behoeften van de benadeelde, hetgeen zou passen binnen de herstelbenadering in het letselschaderecht. Elk van deze routes voert de rechter weg van ongerechtvaardigd onderscheid bij de begroting van schade.

8 “Wie is de maatmens benadeelde?”⁸⁴

35. Samengevat kan worden gezegd dat Sen en Nussbaum een theorie over sociale rechtvaardigheid hebben ontwikkeld die de verdeling van capaciteiten betreft en de taak van de overheid bij het waarborgen daarvan (in de vorm van een sociaal minimum, als som van de drempelwaarde bij iedere capaciteit). Wat hier wordt voorgesteld is om die theorie uit te breiden tot het domein van corrigerende rechtvaardigheid; in geval van een inbreuk dient herstel te volgen, hier dan te verstaan als herstel in de mogelijkheden van de benadeelde (“*capabilities*”). Hier staan immers twee partijen tegenover elkaar die zijn verbonden door een ongelukkig voorval in het verleden. De benadeelde is daardoor aangetast in zijn of haar persoon en spreekt degene aan die hij daarvoor verantwoordelijkheid houdt. De taak van de rechter daarbij is tweeledig. In de eerste plaats dient hij of zij de verantwoordelijkheid van de aangesprokene vast te stellen. Voorts dient de rechter de benadeelde in diens autonomie te herstellen. Dat laatste kan neerkomen op het herstel in een vergelijkbare positie als vóór de onrechtmatige gedraging dan wel op het bieden van perspectief op een autonome invulling van een door de omstandigheden afgedwongen nieuw leven. Bij de uitoefening van deze taak kan hij of zij op twee manieren gebruikmaken van een maatmens benadeelde. In de eerste plaats kan de maatmens benadeelde dienen als maatstaf voor de normering en beoordeling van het gedrag van de benadeelde (vergelijk de “gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument”). Bovendien kan de maatmens benadeelde dienen als maatstaf voor de begroting van schade (een gemiddeld slachtoffer).⁸⁵

36. Bij de uitvoering van zijn of haar taak dient de rechter het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid te betrachten, onder meer door te streven naar equivalentie tussen de remedie en het gepleegde onrecht. Maar op de achtergrond spelen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid waaraan hij of zij zich niet kan onttrekken. Wanneer de ongelukkige gebeurtenis voor rekening van de aangesprokene komt, en die gebeurtenis de kansen van de benadeelde negatief heeft beïnvloed, is het aan de rechter de autonomie van de benadeelde te herstellen. Soms impliceert dat een herstel van de benadeelde in zijn mogelijkheden. Wanneer het leven van de benadeelde ingrijpend is veranderd dient hij of zij de gelegenheid te krijgen tot het maken van autonome keuzes

⁸⁴ De titel is ontleend aan Franken 2014.

⁸⁵ Ik verwijs naar Beumers en Van Boom 2016.

voor de invulling van een nieuw leven. Bij de uitvoering van deze taak door de rechter kan de lijst van capaciteiten als richtsnoer dienen; niet alleen voor de rechtsgoederen die zijn beschermd, maar ook als handvat voor de capaciteiten waarin de benadeelde dient te worden hersteld. Dat roept vragen op die nader onderzoek verdienen, maar eerst volgt hier de lijst met capaciteiten, die ik eerder heb onderverdeeld in existentiële capaciteiten (onder 1-3), vermogens (onder 4-6), en sociale capaciteiten (onder 7-10) (zie nr. 27).⁸⁶

1. *Leven. Het vermogen om een menselijk leven van normale duur tot het einde toe te leiden, niet voortijdig te sterven of voordat iemands leven zo gereduceerd is dat het niet meer de moeite waard is geleefd te worden.*
2. *Lichamelijke gezondheid. Het vermogen om een goede gezondheid te hebben, inclusief gezondheid met betrekking tot voortplanting. In staat zijn geschikt voedsel en onderdak te verwerven.*
3. *Lichamelijke onschendbaarheid. Het vermogen om je vrijelijk van de ene plek naar de andere te verplaatsen, en om gevrijwaard te zijn van tegen de persoon gericht geweld, inclusief seksueel geweld en huiselijk geweld. Gelegenheid hebben voor seksuele bevrediging en voor keuzes inzake voortplanting.*
4. *Zintuiglijke waarneming, verbeeldingskracht en denken. Het vermogen de zintuigen te gebruiken, te fantaseren, te denken en te redeneren, en deze dingen te doen op een "waarlijk menselijke" wijze, die wordt geïnspireerd en gecultiveerd door adequaat onderricht, onder andere in – maar in geen geval beperkt tot – lezen en schrijven, en door een basale rekenkundige en wetenschappelijke scholing. Het vermogen verbeeldingskracht en denken te gebruiken in verband met het ervaren en voortbrengen van werken en evenementen naar eigen keuze, religieuze, literaire, muzikale enzovoort. Het vermogen je geest te gebruiken op een manier die beschermd wordt door garanties voor vrijheid van meningsuiting met betrekking tot politieke en kunstzinnige expressie, en vrijheid van godsdienstoefening. Het vermogen aangename ervaringen te hebben en niet-heilzame pijn te vermijden.*
5. *Gevoelens. Het vermogen om gehecht te zijn aan dingen en mensen buiten onszelf, om hen lief te hebben die ons liefhebben en zich om ons bekommeren, om te rouwen bij hun afwezigheid, in het algemeen om te beminnen, verdriet te hebben, verlangen te ervaren, dankbaarheid en gerechtvaardigde woede. In staat zijn om niet in je emotionele ontwikkeling te worden geremd door overweldigende zorgen en angsten. (Dit vermogen ondersteunen betekent vormen van menselijke relaties ondersteunen waarvan kan worden aangetoond dat ze essentieel zijn voor die ontwikkeling.)*
6. *Praktische rede. Het vermogen om een conceptie van het goede te vormen en je bezig te houden met een kritische bezinning op de planning van je leven. (Dit vermogen impliceert het voorzien in waarborgen voor gewetensvrijheid en vrijheid van godsdienstbeoefening.)*
7. *Sociale banden. (A) Het vermogen om met en voor anderen te leven, andere mensen te erkennen en zich om hen te bekommeren, om mee te doen aan diverse vormen van sociale interactie, en om je te verplaatsen in de situatie van*

⁸⁶ Geciteerd uit Nussbaum 2006 (vertaling).

een ander. (Bescherming van dit vermogen betekent het beschermen van instellingen die dergelijke sociale banden gestalte geven en voeden, en ook bescherming van de vrijheid van vereniging en politieke meningsuiting.) (B) Kunnen beschikken over de maatschappelijke fundamenteën tégen vernedering en vóór zelfrespect; het vermogen te worden behandeld als een waardig wezen dat in waarde gelijk is aan anderen. Dit impliceert voorzieningen voor uitsluiting van discriminatie op basis van ras, geslacht, seksuele oriëntatie, etniciteit, kaste, religie en nationale herkomst.

8. Andere biologische soorten. Het vermogen te leven met zorg voor en in relatie met dieren, planten en de wereld van de natuur.
9. Spel. Het vermogen te lachen, te spelen, te genieten van recreatieve activiteiten.
10. Vormgeving van de eigen omgeving. (A) Politiek. Daadwerkelijk kunnen participeren in politieke keuzes die iemands leven sturen. In staat zijn tot uitoefening van het recht op politieke participatie, bescherming van vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging en vergadering. (B) Materieel. In staat zijn eigendom te verwerven (zowel onroerende als roerende goederen) en om eigendomsrechten te hebben op gelijke voet met anderen. In staat zijn tot daadwerkelijke uitoefening van het recht om werk te zoeken op gelijke voet met anderen, om gevrijwaard te blijven van ongegronde inspectie en inbeslagneming. Op de werkplek arbeid kunnen verrichten als een menselijk wezen dat praktische rede en zinvolle relaties van wederzijdse erkenning aangaat met andere werkenden.

37. Over de strekking van deze lijst in het aansprakelijkheidsrecht enkele opmerkingen.⁸⁷ Hiervoor bleek al dat zij een tiental capaciteiten, mogelijkheden, of kansen specificiert die een waardig leven constitueren, individuele autonomie definiëren, en in een rechtvaardige samenleving door de overheid dienen te worden gegarandeerd. Aantasting van één of meer van deze capaciteiten door een ander biedt derhalve voldoende rechtvaardiging voor herstel van autonomie door de veroorzaker. Daarnaast kan die aantasting voldoende rechtvaardiging bieden voor tot herstel strekkend ingrijpen door de rechter, indien de inbreuk ertoe leidt dat de benadeelde onder het sociale minimum zakt. Onder een bepaalde drempelwaarde kan immers niet meer worden gesproken van een waardig leven, zoals dat in een rechtvaardige samenleving door de overheid wordt gegarandeerd (zie nr. 28). Het is aan de rechter om van geval tot geval te bepalen waar die drempelwaarde ligt. De lijst met capaciteiten fungeert hierbij niet alleen als lijst van beschermde rechtsgoederen, maar ook als oriëntatiepunt om van geval tot geval te bepalen of de drempelwaarde is overschreden. Zij kan in zoverre worden beschouwd als de geschreven neerslag van de bescherming die de overheid biedt aan iedere benadeelde, dat wil zeggen, als een maatmens benadeelde. De lijst kan dan ook worden gezien als een specificatie van een “maatmens van 10 capaciteiten”, een “*model victim*”, of “*the (other) man on the Clapham omnibus*”. Lastig is overigens de vraag hoever de door de rechter op te leggen verplichting tot compensatie strekt (vgl. nrs. 44-46).

⁸⁷ Naast de opmerkingen in de vorige paragraaf over de strekking van de lijst in het algemeen.

38. Op dit punt in het betoog kan worden teruggegrepen op de bevindingen ten aanzien van corrigerende rechtvaardigheid (nrs. 13 en 16). Wij hebben gezien dat corrigerende rechtvaardigheid een tandeloze notie is ten aanzien van de begrenzing van aansprakelijkheid, omdat zij op zichzelf betrekkelijk "leeg" is; zij behelst geen catalogus van te beschermen rechten of belangen. Weinrib zocht aansluiting bij de rechten en belangen die in het recht zélf als zodanig worden erkend. Hoewel de benadering van Coleman minder formeel is dan die van Weinrib, bleek zij in de kern aan hetzelfde gebrek te lijden, omdat ook in zijn benadering een catalogus van te beschermen rechten en belangen ontbreekt. Anders dan bij Weinrib en Coleman heeft de hier gevolgde benadering wél zo'n catalogus van te beschermen rechten en belangen opgeleverd, namelijk de bovenstaande lijst met capaciteiten,⁸⁸ die immers is op te vatten als een lijst van te beschermen rechtsgoederen.⁸⁹ Wij zijn dus een stap verder gekomen, maar hebben daarvoor ook een prijs betaald; wij hebben ons namelijk niet hebben beperkt tot het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook het beginsel van distributieve rechtvaardigheid in de beschouwing opgenomen.

Het resultaat is de genoemde lijst met rechtsgoederen, die voldoende specifiek is om aansprakelijkheid te legitimeren en te begrenzen. Voor zover de vestiging en omvang van een bepaalde aansprakelijkheid bijdraagt aan de handhaving van de bescherming van deze rechtsgoederen, is zij gerechtvaardigd door de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid (althans door de hier voorgestelde mix daarvan). Voor zover zij die overschrijdt, is dat niet (meer) het geval.⁹⁰ De lijst vormt dus een antwoord op onze onderzoeksvraag in hoeverre de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid kunnen bijdragen aan de legitimatie en de begrenzing van aansprakelijkheid, en welke rol de 'maatmens benadeelde' daarbij speelt. Genoemde beginselen blijken, in samenhang, te kunnen bijdragen tot de legitimatie en begrenzing van aansprakelijkheid. De maatmens benadeelde speelt daarbij de hier geschetste rol, in de vorm van de lijst met capaciteiten. Samengevat: de maatmens benadeelde is het subject van bescherming in het aansprakelijkheidsrecht en zij specificeert de capaciteiten waarvan de bescherming wordt gelegitimeerd door de hier voorgestelde mix van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid.

39. Daarnaast heeft de bovenstaande lijst nog een andere strekking. Wanneer is vastgesteld dat de benadeelde in één of meer van deze belangen op onrechtmatige wijze is aangetast, en dat de aangesprokene daarvoor verantwoordelijk is, dient de rechter binnen de gegeven processuele context de remedie te bepalen. Ook hierbij kan de lijst met capaciteiten als richtsnoer een rol spelen, namelijk als weergave van de capaciteiten waarin de benadeelde zo veel als

88 Dit kan een "partly distribution-responsive view (of corrective justice)" worden genoemd (naar Walt 2006), zij het dat de wisselwerking van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid die ik voorsta door hem niet wordt genoemd (Walt 2006, p. 1322-1323).

89 Vergelijkbaar met de belangen die par. 823 I BGB specificeert (leven, lichamelijke integriteit, gezondheid, vrijheid, eigendom, of "andere rechten"). De lijst reikt overigens in sommige opzichten verder dan het geldende recht, zie bijvoorbeeld de capaciteiten onder 5 en 10.

90 Waarmee niet is gezegd dat aansprakelijkheid niet door andere beginselen of doeleinden kan zijn gelegitimeerd.

mogelijk is dient te worden hersteld (in natura of in geld). Voor zover dat niet meer mogelijk is, kan compensatie worden gezocht in het faciliteren van de capaciteiten waarover de benadeelde nog wél beschikt. Corrigerende rechtvaardigheid eist equivalentie tussen het gepleegde onrecht en de compensatie. Dat kan worden verstaan als het vereiste om te worden hersteld in de capaciteiten waarin de benadeelde is aangetast, dan wel in de capaciteiten waarover de benadeelde nog wel onverminderd beschikt. Bij het bepalen van de wenselijke eindtoestand van de benadeelde kan de lijst met capaciteiten wederom behulpzaam zijn, zowel door de specificatie van de verschillende capaciteiten die essentieel zijn voor een waardig leven als door de ontwikkeling van een drempelwaarde voor iedere capaciteit. De lijst met capaciteiten kan dus ook worden beschouwd als een richtsnoer en maatstaf voor herstel van iedere benadeelde, dat wil zeggen, van een maatmens benadeelde.

40. Voor de verschillende vormen van aantasting van de kwaliteit van iemands leven kunnen verschillende vormen van herstel of remedies zijn aangewezen, waaronder compensatie door betaling van geld, maar ook het bieden van hulp, ontzorging, coaching, het maken van excuses, enzovoorts. In het systeem van de wet staat schadevergoeding in geld voorop, en vormt feitelijk herstel door betaling in natura de uitzondering (vgl. art. 6:103 BW). Zo kan de rechter bevelen een bepaalde handeling te verrichten, zoals de verrichting van een rechtshandeling, de bevrijding van een verbintenis, de nietigverklaring van een rechtshandeling, of een feitelijke handeling (zoals het ondergaan van een bloedonderzoek, of de staking van de executie van een opgelegde straf).⁹¹ De verklaring daarvoor is dat geld een neutraal hulpmiddel is om onrecht en herstel vergelijkbaar te maken en dat compensatie in de vorm van betaling van een geldsom daarom goed past in een door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid beheerst aansprakelijkheidsrecht (zie nr. 16). In de hier ontwikkelde gedachtegang is de prioriteit veeleer omgekeerd. De betaling van geld is een middel om een bepaalde kwaliteit van leven te realiseren, en niet een doel op zich (zie nr. 19). Vanuit dat perspectief verdient herstel in natura in beginsel de voorkeur boven schadevergoeding in de vorm van geld.⁹² Herstel in natura betekent hier dan: herstel van autonomie, dat wil zeggen, herstel in capaciteiten of mogelijkheden. Indien schadevergoeding in de vorm van geld passend en noodzakelijk is, vormt dat de maatstaf voor de hoogte van het te betalen geldbedrag. De lijst van capaciteiten is dan maatgevend voor de vorm en de omvang van het herstel.⁹³

41. Ten slotte rest nog één vraag, namelijk wat het betekent om de benadeelde te herstellen in de toestand die zou hebben bestaan indien de onrechtmatige gedraging niet had plaatsgehad (“*as if it never happened*”, zoals dat heet⁹⁴).⁹⁵ Herstel in de historische toestand die bestond vóór de onrechtmatige gedraging is zelden mogelijk, omdat de tijd niet kan worden teruggedraaid (zie nr. 10). Herstel in de hypothetische toestand die zou hebben bestaan indien de

91 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nrs. 21, 22.

92 Zoals in het Duitse recht het geval is (de “Naturalherstellung” van par. 249 lid 1 BGB).

93 Vgl. over herstel in het aansprakelijkheidsrecht Lindenbergh 2014.

94 Vgl. Ripstein 2007.

95 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 21.

onrechtmatige gedraging niet was verricht, kan evenzeer problematisch zijn, omdat die hypothetische toestand nooit heeft bestaan, noch ooit zal bestaan. Een van de notoire problemen bij de vaststelling van schade is dat wij nooit met zekerheid weten hoe het leven van de benadeelde zich zou hebben ontwikkeld indien het ongeval niet had plaatsgehad (vergelijk het geval van het meisje in nrs. 33 en 34). Daarom lijkt het dikwijls vruchtbaarder om het idee dat wij moeten "teruggaan" naar een situatie – historisch of hypothetisch – te laten varen ("wat als?"), en in plaats daarvan te erkennen dat de compensatie van een benadeelde een nieuwe situatie schept ("wat nu?").⁹⁶ De vraag is dan wat de behoeften zijn van de benadeelde en wat in dat licht een gerechtvaardigde interventie van de rechter is. Daarmee verschuift weliswaar het probleem naar de vraag welke interventie gerechtvaardigd is (en welke niet), maar toch lijkt dat vooruitgang, omdat daarbij ook overwegingen van distributieve rechtvaardiging hun rol kunnen spelen. De nieuwe toestand na rechterlijk ingrijpen is verbonden met de oude door een praktische redenering, waarin zowel overwegingen van corrigerende als van distributieve rechtvaardigheid een rol spelen. Het resultaat is de best mogelijke benadering van rechtvaardige aansprakelijkheid die binnen ons bereik ligt.

42. Uit het voorgaande volgt een verschuiving van het perspectief op zowel de actuele situatie van de benadeelde als de hypothetische situatie waarin hij of zij zou hebben verkeerd, indien het voorval niet zou hebben plaatsgehad. Het is gebruikelijk om het perspectief te richten op de vermogenspositie van de benadeelde en op de vraag in hoeverre zijn financiële belangen door het voorval zijn geschaad. De schade is immers het verschil tussen de situatie mét en zónder voorval, in geld uitgedrukt. Hier is echter een ander perspectief bepleit, waarin de nadruk niet ligt op *het vermogen* van de benadeelde, maar op *zijn vermogens*. Zowel de situatie mét als zónder ongeval wordt immers beschouwd in termen van de mogelijkheden van de benadeelde, zijn capaciteiten. De vraag is dan hoe het ongeval zijn mogelijkheden heeft beperkt, dat wil zeggen, in welke capaciteiten hij of zij is geschaad. Voor de vraag naar de aard en omvang van de compensatie ligt de nadruk dan ook niet op een vergelijking van zijn financiële belangen in beide situaties ("wat als?"), maar op een beoordeling van zijn behoeften in de actuele situatie ("wat nu?"). Daarbij is schadevergoeding in natura – hulp, ontzorging, coaching – veelal minstens zo belangrijk als schadevergoeding in geld (een omkering van de prioriteit in art. 6:103 BW). Anders gezegd, het perspectief verschuift van het *vermogen als geld* naar het *vermogen als capaciteit*. Tegen de achtergrond van het herstel van de autonomie van de benadeelde is wat deze *kan* immers belangrijker dan wat hij *heeft*. Geld is geen doel op zich, maar een middel tot een doel, namelijk het leven van een menswaardig en autonoom leven. Deze perspectiefwisseling is ontleend aan de theorievorming over distributieve rechtvaardigheid (zie nr. 19), maar is evenzeer van betekenis voor de theorie over corrigerende rechtvaardigheid. Zoals verdelingsvraagstukken beter in termen van capaciteiten dan in termen van welvaart kunnen worden benaderd, zo kunnen ook vragen van herstel beter

96 Naar Kremer 2009, p. 139-153.

worden gesteld in termen van mogelijkheden dan in termen van financiële compensatie. Dat kan bijdragen aan een betere balans tussen doel en middelen in het aansprakelijkheidsrecht; het doel is het herstel van autonomie, het middel is een systeem van “verginging en vergoeding”.⁹⁷

43. Ook de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht kunnen aldus in samenhang beter worden begrepen.⁹⁸ Zoals wij zagen, is het gebruikelijk om de compensatie van onrechtmatig toegebrachte schade als primaire doelstelling te noemen, en als afgeleide doelstellingen het voorkómen van schade, het bieden van genoegdoening, het erkennen van toegebracht leed, waarheidsvinding in de procedure, en andere “emotionele belangen” (zie nrs. 9-11). Op die wijze ontstaat een merkwaardige dichotomie tussen de “harde”, financiële belangen enerzijds, en de “zachte”, emotionele belangen anderzijds, met alle problemen van dien (zoals de begroting van die “zachte” belangen). Het beeld wordt veel relevanter en coherenter wanneer wij compensatie niet uitsluitend opvatten als financiële compensatie, maar als herstel van autonomie. In de eerste plaats wordt dan zichtbaar dat de rechtsgoederen *waarin* de benadeelde wordt hersteld veel ruimer zijn dan alleen zijn financiële schade; het gaat immers vooral om de existentiële capaciteiten, de vermogens, en de sociale mogelijkheden waarin de benadeelde is getroffen. Bovendien volgt daaruit dat de wijze *waarop* de benadeelde wordt beschermd veel gevarieerder is dan louter financiële compensatie. Een heel scala aan remedies is relevant voor het herstel van autonomie, waaronder ook “alternatieve remedies” als het aanbieden van excuses. Wanneer wij het perspectief verschuiven van het aansprakelijkheidsrecht als systeem van verginging en vergoeding naar een systeem voor de bescherming van individuele autonomie, wordt het mogelijk om zowel de beschermde rechtsgoederen als de daarvoor geboden remedies te begrijpen als onderdeel van een breder, maar niettemin relevant en coherent systeem.

9 Verdere vragen

44. Het gebruik van de notie van een maatmens benadeelde, zoals hierboven voorgesteld, roept verschillende vragen op waarvan ik er hier drie noem. Als de lijst met capaciteiten een standaard vormt voor onrecht en herstel, dan rijst allereerst de vraag hoe die standaard in het aansprakelijkheidsrecht functioneert. Wanneer de capaciteiten en de bijbehorende drempelwaarden met precisie zouden kunnen worden gedefinieerd, hoe moeten wij ons dan hun werking voorstellen? Misschien kan een cijfermatige voorstelling van zaken verhelderend zijn, al zou ik niet de indruk willen wekken dat onrecht en herstel zijn te kwantificeren (van die opvatting wil de capaciteitenbenadering juist afstand nemen). Laten we aannemen dat de kwaliteit van leven van iemand als de optelsom van de drempelwaarden van de relevante capaciteiten 100 bedraagt. Stel vervolgens dat A over 150 beschikt, maar dat die waarde door het onrechtmatige gedrag van B wordt verminderd tot bijvoorbeeld 120. In dat geval zijn er sterke morele redenen voor herstel, ondanks de omstandigheid dat

⁹⁷ De uitdrukking is ontleend aan Feenstra en Feenstra 2015.

⁹⁸ Zie Loth en Stegershoek 2016.

A nog steeds boven het sociale minimum functioneert. Dat zijn redenen van corrigerende rechtvaardigheid (niet van distributieve rechtvaardigheid).⁹⁹ Maar stel nu dat door dezelfde oorzaak de kwaliteit van leven daalt tot onder het niveau van het sociale minimum, bijvoorbeeld tot een niveau van 70. Ook dan is er alle reden tot herstel, maar nu van gemengde aard. Tot aan het niveau van 100 zijn dat zowel redenen van distributieve als van corrigerende rechtvaardigheid, daarboven (uitsluitend) redenen van corrigerende rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid vormt immers het uitgangspunt in het privaatrecht (zie nrs. 24 en 25), tot zover geen probleem. Maar wat als de kwaliteit van leven van de benadeelde niet boven het niveau van 80 uitstijgt en door het onrechtmatige gedrag van de veroorzaker daalt tot 40? Heeft de benadeelde dan een aanspraak op herstel tot 80, of (zelfs) tot 100? Corrigerende rechtvaardigheid rechtvaardigt herstel tot 80, maar overwegingen van distributieve rechtvaardigheid rechtvaardigen herstel tot het niveau van 100. Welke overwegingen prevaleren?

45. Het past in de lijn van Nussbaums theorie om distributieve overwegingen te laten prevaleren. Het is immers de taak van de overheid om het sociale minimum te rechtvaardigen dat een menswaardig leven vereist.¹⁰⁰ Dat zou erop neerkomen dat overwegingen van distributieve rechtvaardigheid niet alleen een negatief effect hebben op de schadevergoeding (het matigingsrecht), maar ook een positief effect (een aanvullingsverplichting). Een dergelijke verplichting vertoont gelijkenis met een positieve verplichting uit het EVRM, die immers de Staat verplicht te doen wat hij eerder heeft nagelaten (namelijk de benadeelde een sociaal minimum te garanderen). De rechter zou hier de taak van de executieve overnemen (zie nr. 32). Niettemin kan men zich afvragen waarom de veroorzaker de rekening van een sociale misstand moet betalen die al voor zijn optreden bestond. Daarop is evenwel een antwoord mogelijk. Als hij de benadeelde onrechtmatig schade heeft toegebracht en daarom aansprakelijk is voor die schade, dan rust op hem of haar het risico dat die schade hoger uitvalt dan voorzienbaar was. Dat is pech, zoals hij geluk kan hebben wanneer de schade lager uitvalt dan voorzienbaar is. Is dat niet gewoon een toepassing van het adagium "*the tortfeasor takes the victim as he finds him*"? De scherpe kantjes kunnen hier eventueel worden afgeslepen door collectivering van de schade in de vorm van een verzekering of een fonds, of door de rekening door te schuiven naar de overheid. De rekening wordt dan niet door de individuele veroorzaker betaald, maar door de gemeenschap.

99 Vgl. de derde casus die Walt 2006 (p. 1322) onderscheidt ("cases in which there is a wrongful harm but no demand by distributive justice for or against repair", p. 1322). In dit geval eist een "partly distribution-responsive view of corrective justice" (zoals hier verdedigd is) herstel op grond van (uitsluitend) redenen van corrigerende rechtvaardigheid.

100 Vgl. de tweede casus die Walt 2006 onderscheidt ("cases in which there is both a wrongful harm and a demand for repair by distributive justice", p. 1322). In dit geval eist in een "partly distribution-sensitive view of corrective justice" (zoals hier verdedigd is) herstel op grond van redenen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. In de prikkelende woorden van Klimchuck: "(...) Nothing prevents us (the courts, that is) from taking advantage of a tort to make the world a distributively more just place" (a.w., p. 58).

46. Toch is deze consequentie van Nussbaums theorie contra-intuïtief. “*De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft er recht op niet te worden veroordeeld tot vergoeding van méér dan de in werkelijkheid geleden schade*”, schrijft Nieuwenhuis.¹⁰¹ Is het niet onrechtvaardig de individuele veroorzaker van de schade aansprakelijk te houden voor een hogere schade dan hij heeft veroorzaakt? Is de positieve verplichting van de rechter daarvoor wel voldoende legitimatie? Wordt het aansprakelijkheidsrecht zo niet misbruikt voor de realisering van politieke doeleinden? Een belangrijke reden voor twijfel is bovendien dat op deze wijze wordt gebroken met het beginsel dat wat de rechter tussen partijen uitsprekt gelijk is aan wat tussen partijen (al) geldt. De verplichtingen tussen partijen worden immers beïnvloed door de (eigen) positieve verplichtingen van de rechter. Dat zijn allemaal goede redenen om een dergelijke aanvullingsverplichting van de hand te wijzen. In deze redenering is er een fundamentele asymmetrie tussen een matiging en een verhoging van de schadevergoeding op grond van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. De eerste is wel gerechtvaardigd, de tweede niet. Wanneer de kwaliteit van leven van de benadeelde door het onrechtmatige gedrag van de veroorzaker daalt van 80 tot 40, dan is herstel gerechtvaardigd tot 80 (en niet tot 100). Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid moeten ook hier wijken voor corrigerende rechtvaardigheid (zie nrs. 24 en 25). De omstandigheid dat wij eerder geneigd waren anders te denken is niets anders dan weer een voorbeeld van distributieve rechtvaardigheid als de koekoek in het nest van het privaatrecht; eenmaal binnen domineert zij andersoortige overwegingen. Tot zover de alternatieve redenering, die misschien wel plausibeler is. Verder debat is nodig, in het bijzonder over de vraag welke kosten voor rekening komen van de (verzekeraar van) de veroorzaker, en welke van de overheid. De beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid zijn daarbij behulpzaam.

47. Een tweede vraag is hoe de maatmens benadeelde zich verhoudt tot de “eigen schuld” van de benadeelde. Hier gaat het derhalve om de maatstaf voor de normering en beoordeling van het gedrag van de benadeelde. De lijst met capaciteiten laat de vrijheid onverlet om van die capaciteiten naar keuze gebruik te maken. Heeft iemand die daarvan gebruikmaakt door bijvoorbeeld een ongezond leven te leiden evenveel aanspraak op het sociale minimum als iemand die wél gezond leeft? Nussbaum beantwoordt deze vraag bevestigend, maar ook hier is meningsverschil mogelijk. De vraag is waar wij op grond van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid de grens trekken tussen de vrijheid om te leven zoals je wilt, en de solidariteit die van de anderen wordt gevraagd. In het aansprakelijkheidsrecht doen zich verwante vragen voor, maar hier wordt de vrijheid van de individuele benadeelde via corrigerende rechtvaardigheid begrensd door die van de veroorzaker van de onrechtmatig toegebrachte schade. Om die reden wordt de aansprakelijkheid van de veroorzaker verminderd naar evenredigheid met de mate van eigen schuld van de benadeelde (art. 6:101 BW). De lijst met capaciteiten speelt nu niet alleen een rol aan de zijde van de benadeelde, maar ook aan de zijde van de veroorzaker (voor

¹⁰¹ Nieuwenhuis 2005, p. 88.

zover deze tevens benadeelde is). Van deze situatie dat de benadeelde niet anders *wil* handelen is te onderscheiden de situatie dat hij niet anders *kan* handelen. Indien de benadeelde kwetsbaarder is dan gebruikelijk, komt dat risico voor de veroorzaker van het onrecht. Dat is de gebruikelijke betekenis van het adagium “*the tortfeasor takes the victim as he finds him*”, zelfs als de benadeelde behept is met een renteneurose.¹⁰² Ook deze uitkomst wordt gerechtvaardigd door corrigerende rechtvaardigheid. Hoewel het herstel meer vergt dan gebruikelijk is bij dit onrecht, ziet corrigerende rechtvaardigheid op de eindtoestand tussen *deze* partijen. De minder bedeelde of minder weerbare benadeelde wordt niet vervangen door een maatmens benadeelde. De lijst met capaciteiten functioneert in het recht dan ook niet als een standaard voor de capaciteiten waarover de benadeelde wordt *geacht* te beschikken.

48. Een derde vraag is ten slotte: waarom juist deze belangen? Hiervoor werd al opgemerkt dat de lijst met capaciteiten kan variëren afhankelijk van het doel (zie nr. 28). Vooralnog heb ik de lijst van Nussbaum overgenomen zonder mij al te veel rekenschap te geven van de vraag of zij zou moeten worden aangepast voor het aansprakelijkheidsrecht. Dat existentiële belangen als het leven of de gezondheid bescherming verdienen, staat buiten kijf, en hetzelfde geldt voor de categorie van de vermogens. Maar wat te denken van frivolere sociale capaciteiten, zoals het vermogen te spelen? Hierover is debat mogelijk en ook wenselijk. Omgekeerd is de lijst met capaciteiten voor het hele aansprakelijkheidsrecht incompleet; de capaciteit om de eigen omgeving materieel vorm te geven dient te worden aangevuld met economische belangen als de verdien capaciteit. Voor de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid is het debat over de door het aansprakelijkheidsrecht te beschermen belangen en over het niveau van de geboden bescherming (te specificeren door de drempelwaarden), natuurlijk hoogst relevant. Aan de hand van concrete gevallen uit de rechtspraak wordt dat debat in feite ook gevoerd, zij het zonder duidelijk overkoepelend kader. De lijst met capaciteiten zou daarin kunnen voorzien (in het bijzonder waar het gaat om persoonlijke belangen), en zou aldus kunnen functioneren als een kader voor het debat over de rechtvaardiging en begrenzing van aansprakelijkheid. Overwegingen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid spelen in dat debat een rol, naast andere beginselen en doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht. Wat ik met de voorgestelde lijst in ieder geval *niet* beoog is een soort eindbod te doen voor de belangen waarvan bescherming in het aansprakelijkheidsrecht gerechtvaardigd is. Door deze lijst te presenteren als handvat voor de discussie over rechtvaardige aansprakelijkheid beoog ik immers om die discussie te faciliteren, niet om haar te beëindigen (zie nr. 3).

10 Gerechvaardigde aansprakelijkheid?

49. Kan het bovenstaande ons helpen bij de rechtvaardiging en begrenzing van beginselloze aansprakelijkheid (par. 2)? Wij waren immers op zoek naar

102 HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (renteneurose).

beginselen die daarbij behulpzaam zijn. Het geval van baby Kelly kan als voorbeeld dienen van de toepassing van de hier bepleite rechtvaardiging van aansprakelijkheid. De beslissing van de Hoge Raad dat Kelly zo veel mogelijk in de situatie wordt gebracht als wanneer zij gezond was geboren, kan nu namelijk wel worden gelegitimeerd. De rechtvaardiging is níet gelegen in de omstandigheid dat haar huidige situatie een gevolg is van handelen of nalaten van de verloskundige en het ziekenhuis (dat is namelijk niet het geval). Die rechtvaardiging is echter wél hierin gelegen, dat dit in de gegeven omstandigheden de beste benadering is van herstel in de toestand waarin zij over dezelfde levenskansen beschikt als een ander. Herstel van autonomie vereist niet minder dan dat. In feite wordt de vergelijking met een hypothetische situatie (“wat als?”) verlaten ten behoeve van een beoordeling van de actuele situatie (“wat nu?”). De beoordeling van die actuele situatie kan echter worden gerechtvaardigd door de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Volgens het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén is aansprakelijkheid niet gerechtvaardigd, omdat de aansprakelijkheid van de verloskundige en het ziekenhuis verder reikt dan waarvoor zij op grond van de toepassing van de geldende maatstaven verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Een gecombineerde theorie biedt betere resultaten, zo is hier betoogd, waardoor herstel in autonomie centraal staat en bij de bepaling van de remedie rekening mag worden gehouden met overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. Het is niet meer dan rechtvaardig Kelly in de ontstane situatie dezelfde levenskansen te bieden als ieder ander kind. Tegelijkertijd stelt de lijst met capaciteiten ook grenzen aan de kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. Distributieve rechtvaardigheid heeft immers de neiging de oordeelsvorming te domineren. Misschien zijn er ook wel goede redenen van distributieve rechtvaardigheid tot een verdergaande vermogensoverheveling van de verzekeraars van het ziekenhuis en de verloskundige naar het gezin van Kelly, maar hier stellen overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid dan toch grenzen. Een dergelijke vermogensoverheveling past niet in de relatie tussen de partijen.¹⁰³

50. Maar is deze benadering niet te ruimhartig, in die zin dat zij weliswaar aansprakelijkheid kan rechtvaardigen, maar niet of nauwelijks in staat is haar te begrenzen? Hiervoor citeerde ik Nieuwenhuis, waar hij onderscheid maakt tussen het Amsterdamse spoor en het Zwolse spoor voor de begroting van letselschade (nr. 7). Het eerste spoor kiest een referentie (bijvoorbeeld de loopbaan en het leven van een oudere broer van het slachtoffer) en blijft daarmee binnen de traditionele coördinaten van het letselschaderecht (“wat als?”). Het tweede spoor richt zich op de toekomst (hoe optimaliseren wij de toekomst van dit blijvend invalide kind?) en verlaat daarmee de traditionele

103 De casus van Croesus en Diogenes laat in feite het omgekeerde zien. De eerste kan schadevergoeding claimen op grond van overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid, in weerwil van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. Dit correspondeert met de eerste door Walt onderscheiden casus (Walt 2006, p. 1322): “cases in which there is a wrongful harm and a demand by distributive justice that it is not repaired”. Anders dan bij Walt prevaleren hier de overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid. Niettemin rechtvaardigen overwegingen van distributieve rechtvaardigheid wel het gebruik van het matigingsrecht van de rechter (art. 6:109 BW).

kaders van het letselschaderecht (“wat nu?”). Geven wij daarmee niet ieder houvast prijs voor de begroting van de schade? Ik denk het niet.¹⁰⁴ Weliswaar geven wij het houvast van de vergelijking met een hypothetische situatie prijs, maar hoeveel houvast biedt die vergelijking eigenlijk? Vél in geval van een hoogleraar die de datum van zijn afscheidsrede al heeft vastgelegd, om een voorbeeld van Nieuwenhuis aan te halen,¹⁰⁵ maar weinig in het geval van een jong slachtoffer; dan heeft die situatie een hoog fictieel gehalte (vgl. de casus in nrs. 33 en 34). Bovendien krijgen wij er iets voor terug. Nadat de vestiging van aansprakelijkheid door corrigerende rechtvaardigheid is gelegitimeerd, spelen bij het bepalen van de omvang van aansprakelijkheid overwegingen van distributieve rechtvaardigheid een rol (nrs. 21 en 25). Compensatie vergt herstel van autonomie (nr. 31). Wat heeft de benadeelde nodig om zijn autonomie te herstellen, dat wil zeggen, om de regie over zijn of haar leven terug te krijgen? Het ongeval heeft de benadeelde in zijn capaciteiten beperkt, maar in hoeverre is herstel daarin nog mogelijk? Of, indien en voor zover dat niet het geval is, hoe kunnen de resterende capaciteiten worden gefaciliteerd? Daarmee verschuift het perspectief bij de begroting van de schade van het verleden naar de toekomst, en wel in twee opzichten. In de eerste plaats doordat het niet langer gaat om herstel in de oude toestand, maar om herstel van autonomie van de benadeelde om zijn of haar verdere leven naar eigen keuze in te richten. Bovendien gaat het niet primair om wat de benadeelde níet meer kan, maar om wat hij nog wél kan (gefaciliteerd door een schadevergoeding). Het Zwolse spoor leidt rechtstreeks naar een herstelgerichte benadering in het letselschaderecht.¹⁰⁶

51. De beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid blijken dus in combinatie heel goed in staat om aansprakelijkheid te rechtvaardigen én te begrenzen. De maatmens benadeelde, in de vorm van de lijst met capaciteiten, speelt daarbij een belangrijke rol: als subject van bescherming in het aansprakelijkheidsrecht, als handvat voor wat individuele autonomie in het aansprakelijkheidsrecht inhoudt, als catalogus van rechtsgoederen die in het aansprakelijkheidsrecht bescherming verdienen, als richtsnoer voor de keuze voor een remedie in geval van bijvoorbeeld ernstige letselschade, maar ook als sociaal minimum dat door de overheid in een rechtvaardige samenleving wordt gegarandeerd en als uitgangspunt bij de verdere ontwikkeling van fundamentele rechten. Indien dat op het eerste gezicht tot een “overbedeling” van de benadeelde leidt, zoals in het Kelly-arrest, is dat in ieder geval geen oeverloze bevoordeling onder de mantel van slachtofferbescherming, maar een afgepaste toedeling gelegitimeerd door de eisen van een menswaardig leven (ingebod in de lijst met essentiële capaciteiten en gerechtvaardigd door overwegingen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid). Dat is natuurlijk geen herstel in de oude toestand, maar een overgang naar een nieuwe toestand

104 Zie ook Van Dijk 2015, die wijst op de begrenzendende werking van precedentes en de leer van de redelijke toerekening.

105 Nieuwenhuis 2005, p. 91.

106 Akkermans 2015, p. 17, die spreekt van een paradigmashift: “van primair het vergoeden van schade, naar primair het faciliteren van herstel met schadevergoeding als sluitpost”.

die op een beredeneerde wijze met de oude samenhangt. In die redenering doen de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid hun werk. Het resultaat is de beste benadering van rechtvaardige aansprakelijkheid die binnen ons bereik ligt.

11 Ten slotte

52. In dit preadvies heb ik de werking van het rechtvaardigheidsbeginsel in het aansprakelijkheids- en het letselschaderecht onderzocht, meer in het bijzonder de werking van de beginselen van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. Wij waren immers op zoek naar beginselen die aansprakelijkheid kunnen legitimeren en begrenzen. Daarbij is gebleken dat de beide genoemde beginselen in combinatie een grotere potentie hebben om aansprakelijkheid te legitimeren en te begrenzen dan misschien was verwacht. Het zijn tamelijk abstracte beginselen en daarom lijken zij over de concrete casuïstiek heen te glijden. Voor het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid alléén bleek dat ook het geval te zijn, maar in combinatie met distributieve rechtvaardigheid bleek het wel degelijk greep te bieden op het recht. De onderlinge taakverdeling tussen de beide beginselen is dat corrigerende rechtvaardigheid de vestiging van aansprakelijkheid legitimeert, en dat distributieve rechtvaardigheid een rol speelt bij de invulling van de notie van herstel en bij het bepalen van de omvang van aansprakelijkheid. Daarbij is distributieve rechtvaardigheid hier ingevuld als een gelijke verdeling van levenskansen en capaciteiten. Ook dat lijkt een nuttige invulling van de notie van de maatmens benadeelde. Hoe dat ook zij, deze werking van het rechtvaardigheidsbeginsel doet niet af aan de werking van andere beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, zoals het beginsel van redelijkheid en billijkheid, het profijtbeginsel, en de beginselen van effectiviteit en efficiëntie. Alleen in samenhang kunnen zij de werking van het aansprakelijkheidsrecht verklaren, legitimeren en begrenzen.

53. Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het rechtvaardigheidsbeginsel een genuanceerd beeld geeft van de verdeling van risico's en kansen die het aansprakelijkheidsrecht behelst. Enerzijds kan de benadeelde niet ieder ongeluk of ongemak afwentelen op degene die hij daarvoor verantwoordelijk houdt. Uitsluitend een substantiële aantasting van zijn autonomie, in de vorm van één of meer beschermde rechtsgoederen, rechtvaardigt de afwenteling van de schade op degene die daarvoor verantwoordelijk is. Anderzijds brengt het beginsel van distributieve rechtvaardigheid mee dat burgers aanspraak kunnen maken op de handhaving van een sociaal minimum dat een menswaardig bestaan garandeert. Dat kan op verschillende manieren doorwerken in het aansprakelijkheidsrecht. Gelet op de structuur van het privaatrecht, die wordt beheerst door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid, ligt het in de rede de rekening hiervan niet bij de veroorzaker neer te leggen, maar bij een collectiviteit, een fonds, of bij de overheid. Hoe dat ook zij, compensatie vereist herstel van autonomie. Daarmee is een bodem gelegd in het aansprakelijkheidsrecht die nauw verwant is aan de fundamentele rechten van de burger uit het publiekrecht. Het is niet verbazingwekkend dat de eisen

van rechtvaardigheid in het privaatrecht en het publiekrecht uiteindelijk niet wezenlijk verschillen.

54. Wat betekent dit voor de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht? Enkele jaren geleden vroeg Schwitters om een “aansprekend aansprakelijkheidsrecht”, dat niet teruggrijpt naar een verloren paradijs van de corrigerende rechtvaardigheid, maar evenmin het aansprakelijkheidsrecht in dienst stelt van de handhaving van ander recht.¹⁰⁷ Daarbij verwees hij naar Kortmann, die in zijn oratie verzet aantekent tegen het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van het EU-recht (onder meer het gelijke behandelingsrecht en het mededingingsrecht) en pleit voor een terugkeer naar “*full compensation*”.¹⁰⁸ Zou een “beginselen-benadering” hier geen uitkomst kunnen bieden? Het houdt in ieder geval het midden tussen de geschetste uitersten. In concrete gevallen legitimeert corrigerende rechtvaardigheid de vestiging van aansprakelijkheid, waardoor het conceptuele verband tussen de aansprakelijkheid van de veroorzaker en diens verantwoordelijkheid behouden blijft. Bij de vaststelling van de omvang van zijn aansprakelijkheid is het monopolie van corrigerende rechtvaardigheid echter doorbroken, omdat ook overwegingen van distributieve rechtvaardigheid van belang zijn. De maatstaf is daarom niet langer “herstel in de oude toestand”; het gaat om een rechtvaardige schadevergoeding in de actuele toestand. Wat dat betekent, is hier uitgewerkt in de vorm van herstel van de autonomie, en daarmee de capaciteiten van de benadeelde. Voor het aansprakelijkheidsrecht als zodanig worden vergelijkbare contouren zichtbaar. De inzet van het aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van ander recht sluit niet uit dat het is ingebed in een theorie over sociale rechtvaardigheid, die betrekking heeft op een rechtvaardige verdeling van maatschappelijke kansen en risico's (vgl. de rechtvaardigheidstheorieën van Sen en Nussbaum). Die inbedding biedt een waarborg tegen instrumentalisme; zij kan voorkomen dat het aansprakelijkheidsrecht ten prooi valt aan louter politieke en economische overwegingen. Met de voeten in de beginselen van het aansprakelijkheidsrecht, en de blik op de noden van de actualiteit. Dat is wat mij betreft een “aansprekend aansprakelijkheidsrecht”.

12 Literatuur:

Akkermans 2015

Arno Akkermans, *Think Rehab!, over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel*, in: (Je) geld of je leven (terug), vergoeding in natura, Arno Akkermans e.a., voordrachten gehouden op het symposium van letselschade Advocaten 2015, Den Haag: Bju 2015, p. 11-36.

Aristoteles 1997

Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, editie Amsterdam: Kallias 1997.

¹⁰⁷ Schwitters 2012.

¹⁰⁸ Kortmann 2008, p. 23.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011).

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013).

Beumers en Van Boom 2016

M.Th. Beumers en W.H. van Boom, *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*, preadvies VASR 2015, deze band.

Benson 1992

Peter Benson, *The basis of corrective justice and its relation to distributive justice*, in: *Iowa Law Review* 1992, p. 515-624.

Brickhouse 2014

Thomas C. Brickhouse, *Aristotle on corrective justice*, in: *Journal of Ethics* 2014, p. 187-2015.

Castermans e.a. 2008

A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Coleman 1992

Jules Coleman, *Risks and wrongs*, Oxford: Oxford University Press 1992.

Coleman 2001

Jules L. Coleman, *The practice of principle, in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Van Dam 2013

Cees van Dam, *European tort law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Dauenhauer en Wells 2000

Bernard P. Dauenhauer and Michael L. Wells, *Corrective justice and constitutional torts*, in: *Georgia Law Review* 2000-2001 (35), p. 903-929.

Van Dijck 2015

G. van Dijck, *Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand*, *NJB* 2015, p. 2530-2535.

Dworkin 1986

Ronald Dworkin, *Law's empire*, Cambridge (Mass.): The Belknap Press 1986.

Dworkin 2000

Ronald Dworkin, *Sovereign virtue, the theory and practice of equality*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press 2000.

Du Perron 2012

E. du Perron, *Genoegdoening in het Privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht*, in: *Handelingen NJV*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2012.

Emaus 2015

J.M. Emaus, *Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoeding: blik op Canada*, in: *Letsel & Schade* 2015, nr. 3, p. 6-23.

Englard 1993

Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, Aldershot: Dartmouth 1993.

Feenstra en Feenstra 2015

R. Feenstra en R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding, grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2015.

Franken 2014

A.Ch.H. Franken, *Wie is de "maatmens benadeelde"?*, in: *AV&S* 2014/1.

Gardner 2011

John Gardner, *What is tort law for? Part 1, the place of corrective justice*, in: *Law and Philosophy* 2011 (30), p. 1-50.

Van Gerven 2000

W. van Gerven e.a., *Tort law, the common law of Europe casebooks*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2000.

Goldberg 2010

John C.P. Goldberg, *Introduction: pragmatism and private law*, in: *Harvard Law Review* 2010, p. 1640-1663.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, oratie.

Honoré 1999

Tony Honoré, *Responsibility and fault*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 1999.

Hosemann 2014

Eike Götz Hosemann, *"The new private law": die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive*, in: *Rabels Zeitung* 78, 2014, p. 37-70.

Keirse e.a. 2007

A.L.M. Keirse, E.M. van Orsouw, R.D. Lubach, B.T.M. van der Wiel, *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden, inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2007*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

Klimchuck 2003

Dennis Klimchuck, *On the autonomy of corrective justice*, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, no. 1 (2003), p. 49-64.

Kortmann 2008

Jeroen Kortmann, *The tort law industry*, inaugural lecture University of Amsterdam, Amsterdam: Vossius Pers UvA 2008.

Kremer 2009

F. Th. Kremer, 'Wat nu' in plaats van 'Wat anders', in: *Kind en schade: wat nu?*, S.D. Lindenbergh e.a. (red.), Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, p. 139-153.

Lindenbergh 2014

Siewert Lindenbergh, *Herstel bij letsel, over juridische fundering van verplichtingen tot herstel*, in: *Kritiek op recht, liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht*, Deventer 2014, p. 239-251.

Lippke 1999

Richard L. Lippke, *Torts, corrective justice, and distributive justice*, in: *Legal theory* 1999, p. 149-169.

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1988.

Loth 2006

M.A. Loth, "Engaged in a search for justice"; *over grenzeloze aansprakelijkheid en de moeizame integratie van een moreel principe*, in: Martin Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 33-50.

Loth 2014

M.A. Loth, *Schadebegroting en mensenrechten*, AV&S 2014/17, afl. 5/6, p. 117.

Loth en Stegershoek 2016

M.A. Loth en L. Stegershoek, *Herstel van autonomie; de herstelgerichte benadering in het licht van de doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht*, nog te verschijnen.

Lucy 2007

William Lucy, *Philosophy of private law*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Meurkens 2014

R.C. Meurkens, *Punitive damages, the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 2014.

Mitchell and Tetlock 2006

Gregory Mitchell and Philip E. Tetlock, *An empirical inquiry into the relation of corrective to distributive justice*, in: *Journal of empirical legal studies* 2006, p. 421-466.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, *Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letsel-schaderecht*, in: *Waarheidsvinding en privacy*, D.H.M. Peepkorn (red.), 2005, Den Haag: Sdu uitgevers, p. 83-95.

Nussbaum 2000

Martha C. Nussbaum, *Women and human development, the capabilities approach*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Nussbaum 2006

Martha C. Nussbaum, *Frontiers of justice, disability, nationality, species membership*, Cambridge (Mass.)/London: The Belknap Press of Harvard University Press 2006.

Nussbaum 2006

Martha C. Nussbaum, *Grensgebieden van het recht, over sociale rechtvaardigheid*, Amsterdam: Ambo 2006, vertaling.

Perry 2002

Stephen R. Perry, *On the relationship between corrective and distributive justice*, in: *Oxford Series of Jurisprudence, fourth series*, Jeremy Horder (ed.), Oxford: Oxford University Press 2002, p. 237-263.

Porat 2001

Ariel Porat, *Questioning the idea of correlativity in Weinrib's theory of justice*, *Theoretical inquiries in law* 2001, p. 161-174.

Posner 1994

Richard A. Posner, *The concept of corrective justice in recent theories of tort law*, in: *Foundations of tort law*, Saul Levmore (ed.), Oxford: Oxford University Press 1994, p. 59-67.

Rawls 1971

John Rawls, *A theory of justice*, Oxford: Oxford University Press 1971.

Rawls 1999

John Rawls, *The law of peoples*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press 1999.

Ricoeur 2000

Paul Ricoeur, *The just*, Chicago and London: The University of Chicago Press 2000.

Ripstein 2007

Arthur Ripstein, *As if it had never happened*, in: *William & Mary Law Review* 2007, p. 1957.

Scheffler 2015

Samuel Scheffler, *Distributive justice, the basic structure and the place of private law*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2015, p. 213-235.

Schwitters 2012

Rob Schwitters, *Aansprekend aansprakelijkheidsrecht*, in: *NJB* 2012, p. 1390-1396.

Sen 2008

Amartya Sen, *Capabilities, lists, and public reason: continuing the conversation*, in: *Feminist Economics*, 10:3, 77-80 (<http://dx.doi.org/10.1080/1354570042000315163>).

Sen 2009

Amartya Sen, *The idea of justice*, London: Penguin 2009.

Sieburgh 2010

C.H. Sieburgh, *Gerechtigheid en rechtshandhaving*, in: *WPNR* 2010, p. 388-395.

Spier/Bolt 1996

J. Spier en A.T. Bolt: *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, in: *Handelingen NJV*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Spier 2012

J. Spier e.a., *Verbintenis uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.

Spier 2014

J. Spier, *Gedachten over een vastgelopen stelsel; een nieuw tijdperk?*, in: *AV&S* 2014/6.

Walt 2006

Steven Walt, *Eliminating corrective justice*, in: *Virginia Law Review* 2006, p. 1311-1323.

Weinrib 2012

Ernest Weinrib, *Corrective justice*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Weinrib 2012 (2)

Ernest J. Weinrib, *The idea of private law*, Oxford: Oxford University Press, revised edition.

Wright 1992

Richard W. Wright, *Substantive corrective justice*, in: *Iowa Law Review* 1992, p. 625-711.

