

## Proportioneel vermogensrecht: deining aan de Haagse kust

Het is de WPNR-lezer natuurlijk niet ontgaan dat de Hoge Raad het eerste kwartaal van 2006 tot het kwartaal van de *proportionaliteit in het vermogensrecht* heeft bestempeld. Twee belangrijke arresten markeren deze ontwikkeling naar een meer op evenredigheid ('naar rato van') en tussenoplossingen gebaseerd vermogensrecht. Ten eerste werd bij arrest van 17 februari 2006<sup>1</sup>, kort gezegd, het beroep op een vervalbeding in een verzekeringsovereenkomst 'proportioneel' uitgelegd in die zin dat:

"het hof kennelijk van oordeel was dat een beroep op het onderhavige polisbeding [het vervalbeding, IG], gelet op het ingrijpende karakter van de daarin opgenomen sanctie, onvoldoende daardoor wordt gerechtvaardigd dat Royal c.s. als gevolg van de niet-tijdige nakoming door Polygram van haar meldingsplicht de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen, feiten en omstandigheden te verzamelen die van belang zijn voor de dekkingsvraag en zelf in een vroeg stadium van het geschil een schikkingspoging te ondernemen. Het hof heeft zich immers in staat geacht de mate waarin de verzekeraar is benadeeld door de te late melding van de onderhavige schade, zelfstandig vast te stellen en heeft dit nadeel in mindering gebracht op het door de verzekeraar uit te keren bedrag. Mede in aanmerking genomen het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt, welk uitgangspunt mede van belang is bij de beoordeling van een beroep op het onderhavige vervalbeding, is het hof ook niet in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten. [mijn cursiveringen, IG]"

Vervolgens werd bij arrest van 31 maart 2006<sup>2</sup> een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid op basis van art. 7:658 BW. Het betrof een werknemer uit de asbestindustrie die getroffen werd door longkanker. Het causaliteitsprobleem dat ontstond, lag hierin dat de longkanker veroorzaakt kon zijn door asbestblootstelling bij de werkzaamheden, maar tevens door het roken van de werknemer. De Hoge Raad overwoog in dat kader:

"Mede gelet op de aan de artt. 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever (...), als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder

dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen. [mijn cursiveringen, IG]"

Uiteraard kan en wordt inmiddels druk gespeculeerd over de precieze reikwijdte van deze arresten en de daarin besloten gelegen rechtsregels. Ziet de proportionaliteit zoals aanvaard op alle toepassingen van de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid, en zo nee, op welke gevallen dan wel? Doortrekt de aansprakelijkheid naar evenredigheid nu ons hele aansprakelijkheidsrecht, of enkel de gevallen van beroepsziekten?

Los van deze bij wijze van voorbeeld geponeerde vragen, rijst echter de algemenere vraag hoe deze ontwikkeling in de richting van, ommezwaai naar of wellicht zelfs 'bekering' tot de proportionele benadering van het vermogensrecht door de Hoge Raad geduid kan en/of moet worden. Is de Raad nu definitief en over de gehele linie 'om' en moeten we er voortaan bij elk nieuw of te heroverwegen leerstuk ten minste serieus rekening mee houden dat proportionele oplossingen voorrang krijgen? En staan we daarmee soms aan de vooravond van een (noodzakelijke) proportionele (nieuwe) doordening van ons gehele vermogensrecht?<sup>3</sup>

Bij een poging tot beantwoording van deze belangrijke, en daarom zo breed en scherp gestelde vraag, is ten eerste van belang dat de Hoge Raad enige jaren geleden ook al een moment van bekering leek te hebben gevonden, maar toen werd die lijn niet verder voortgezet. De aanvaarding – toen als subsidiaire optie weliswaar, maar toch – van proportionele aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar (advocaat) doordat de rechter ertoe over mocht gaan de 'goede en kwade kansen' af te wegen om vervolgens conform die kansen te beslissen dat de advocaat voor een bepaald percentage verplicht was tot schadevergoeding<sup>4</sup>, leek in de jaren die volgden een incident te zijn geweest.

1. HR 17-2-2006, *RvdH* 2006, 205 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), waarover o.a. C.E. Drion, T.H.M. van Wechem, Proportionele redelijkheid en billijkheid, *NJB* 2006, p. 567 e.v.
2. HR 31-3-2006, *RvdH* 2006, 328 (Karamus/Nefalit), waarover J.S. Kortmann, Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?, *NJB* 2006, p. 1404 e.v. (die liever over een gedeeltelijke aansprakelijkheid spreekt).
3. Drion/Van Wechem, *l.a.p.*, p. 569, spreken in dat kader al over het aannemen van 'een beetje onrechtmatigheid'.
4. HR 24-10-1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings/mr. H.).

Weliswaar werd die uitspraak door de lagere rechtspraak verwelkomd als een soort akkoordverklaring of toestemming om door te kunnen gaan met de in die lagere rechtspraak al eerder ingezette lijn – in navolging van de toen net op gang komende literatuur hierover – om tot tussenoplossingen te komen<sup>5</sup>, maar op het hoogste niveau van rechtsvorming bleef deze uitspraak zonder verdere bijval of bevestiging.

Dat die bijval uitbleef, is ongetwijfeld deels te wijten aan de (achteraf wellicht onbedoelde) enorme opmars die de 'omkeringsregel' (de bewijslastverlichting ten aanzien van de causaliteitsvraag in aansprakelijkheidszaken) in diezelfde periode onderging, omdat aanvankelijk zo hetzelfde bewijsprobleem (te weten: de moeilijkheden ten aanzien van het bewijs van causaal verband) voor het eisende slachtoffer langs een alternatieve route opgelost leek te worden. Het gevolg was dat de toen in Nederland nog kersverse, en enigszins systeemvreemde, proportionaliteitsleer voor het aansprakelijkheidsrecht niet langer nodig leek; het meer vertrouwde instrument van de bewijslastverdeling bracht redding.

Hierin kan op zichzelf echter niet de gehele verklaring voor het toentertijd niet verder doorbreken van de 'proportionaliteit' gelegen zijn. Immers, van de negen jaar later opeens opduikende, al genoemde keerpunten in de rechtspraak heeft er in elk geval één (het Royal & Sun Alliance-arrest) een veel bredere strekking dan (louter) de civielrechtelijke aansprakelijkheid en de daarbij spelende causaliteitsproblemen.<sup>6</sup> Dat laat zien dat de mogelijkheid van een ontwikkeling richting proportionele oplossingen niet beperkt is (en m.i. ook nooit geweest is) tot het aansprakelijkheidsrecht. Daarmee blijft echter wel de vraag onbeantwoord waarom de eerdere aanzet (uit 1997) in deze richting geen vervolg vond (ook of alleen buiten het aansprakelijkheidsrecht om). Bij gebrek aan andere verklaringen<sup>7</sup>, hou ik het er voorlopig maar op dat onze geesten er blijkbaar nog niet rijp (genoeg) voor waren om werkelijk die stap te zetten.

Als gezegd, het Royal & Sun Alliance-arrest toont nu, anno 2006, wel de brede omvang – in elk geval in potentie – van de gesignaleerde ontwikkeling. Betekent dat dan dat we er nu wel klaar voor zijn? Het lijkt er op. Zeker de 'proportionalisering' van de redelijkheid en billijkheid duidt erop dat de Hoge Raad nu echt bekeerd is en bereid is 'proportionaliteit' ver te doen strekken.<sup>8</sup>

Maar wat is er dan gebeurd sinds 1997? Op het beperkte vlak van het aansprakelijkheidsrecht valt te constateren dat de 'omkeringsregel' eigenlijk weer afgedaan heeft, hoewel dat nog niet expliciet zo is beslist<sup>9</sup>, zodat een terugkeer naar die andere wijze van omgaan met causaliteitsvragen (de proportionele oplossing) logisch lijkt. Een dergelijke verklaring, via het aansprakelijkheidsrecht en de rol van de 'omkeringsregel' daarin, is echter ook hier weer te beperkt.

Wat ter verdere verklaring sterk spreekt voor de proportionele benadering is de inhoud, de aantrekkelijkheid van

de daarmee bereikbare uitkomsten, waardoor recht gedaan wordt aan de posities van alle betrokkenen. In de woorden van de Hoge Raad is het:

"uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever (...), is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen (...)".

Proportionaliteit is volgens de Hoge Raad, en vele anderen, een juridisch waterdichte en rechtvaardige manier van handelen, zodat de keuze ervoor in wezen voor de hand ligt. Maar dat was tien jaar terug natuurlijk ook al zo. Wellicht echter werd daaraan toen nog geen gevolg gegeven, omdat in het (privaat)recht werkelijke revoluties (in de zin van: snelle omwentelingen) zeer zeldzaam zijn. Een meer behoedzame, sluipende of zelfs kruipende omslag ten aanzien van een eenmaal gekozen benadering ligt eerder voor de hand. Er was dus ook hier een zekere incubatietijd nodig. Dat is ook niet zo gek, want wij juristen zijn zo flexibel – als ik zo vrij mag zijn – als olietankers. Elke toekomstige bocht, wending of draai moet eindeloos ver tevoren in gang gezet worden.<sup>10</sup> Maar daarbij geldt dan wel, en daarin schuilt wellicht de blijvende winst voor de ontwikkeling in de richting van proportionele oplossingen, dat als zo'n jurist-olietanker dan weer op zijn nieuwe koers ligt, daarin ook niet snel weer verandering komt. Zo bezien zou het jaar 2006 niet alleen het kwartaal van de proportionaliteit in het vermogensrecht kunnen bevatten, maar ook de kiem voor een langdurige koerswending van ons gehele vermogensrecht.

*Prof. mr. I. Giesen\**

5. Zie voor literatuur en rechtspraak, met vele verwijzingen, uit die tijd onder andere A.J. Akkermans (e.a.) (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Bju: Den Haag 2000.
6. In wat eigenlijk een additionele, niet dragende overweging is, wordt bijvoorbeeld het recht inzake de nietigheden in algemene zin (breder dan art. 3:41 BW) 'geproportionaliseerd': deze reiken niet verder dan hun strekking met zich brengt.
7. Dat zich in al die jaren geen enkele zaak heeft aangediend bij de Hoge Raad waarin de aanzet wel vervolgd had kunnen worden, als men dat echt gewild zou hebben, acht ik onwaarschijnlijk.
8. Ook twee zwaluwen maken geen zomer, maar van een 'slip of the pen' kan na twee arresten, principieel gemotiveerd, zeker niet meer gesproken worden.
9. Vgl. I. Giesen, *Stilstand en voortgang in de rechtspleging*, *NJB* 2006, p. 521.
10. Dit is zeker geen diskwalificatie, want de rechtszekerheid is hierbij enorm gebaat.

\* Hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch en medewerker van het WPNR. Met dank aan Esther Engelhard.