

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/201020>

Please be advised that this information was generated on 2021-04-18 and may be subject to change.

100 jaar Lindenbaum/Cohen

Een eeuw geleden, op 31 januari 1919, wees de Hoge Raad zijn beroemde arrest *Lindenbaum/Cohen*. Nadat de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel van gelijke strekking was verzand, sprak de Hoge Raad zélf uit dat een onrechtmatige daad ook kon zijn: handelen of nalaten in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Civielrechtelijke aansprakelijkheid kon voortaan rechtstreeks worden gegrond op het ongeschreven recht.

Het arrest lijkt destijds overwegend met instemming te zijn begroet. Kritieken of afwijzende annotaties zijn in ieder geval nauwelijks te vinden.¹ Het arrest was revolutionair, maar het betrof hier kennelijk wel een revolutie waar de toenmalige juridische wereld met smart op zat te wachten. Enkele opstellen van vóór *Lindenbaum/Cohen* bevatten echter wel degelijk scherpe kritiek op het fenomeen van onrechtmatigheidstoetsing op basis van het ongeschreven recht. In Jansens bijdrage aan dit themanummer komen deze opstellen van toenmalige grootheden als Eijssell, Simons en Scholten uitgebreid aan bod. Zo is te lezen hoe toenmalig president van de Hoge Raad Eijssell in de *Themis*-jaargangen 1911 en 1913 met het nodige venijn ten strijde trok tegen de wetsvoorstellen van Regout en van Heemskerk, die de civiele aansprakelijkheidsrechter de bevoegdheid moesten verlenen om aan het ongeschreven recht te toetsen.² De bezwaren van Eijssell c.s. lijken tweeërlei. Deze rechterlijke bevoegdheid zou (1) de rechtszekerheid aantasten, en zij zou (2) de rechter in staat stellen zijn persoonlijke moraal tot recht te verheffen. Mede door deze kritiek raakte de behandeling van de wetsvoorstellen in het slop.³

De Hoge Raad zette ondertussen wél door. In 1919 – men was inmiddels, na Eijssell, twee presidenten verder – nam hij in *Lindenbaum/Cohen* de formulering uit het gestrande voorstel-Heemskerk grotendeels over en moderniseerde daarmee het aansprakelijkheidsrecht vérgaand. Werd er op 31 januari 1919 kennelijk al weinig tegen deze revolutionaire stap ingebracht, op 31 januari 2019 is de rechterlijke bevoegdheid om aansprakelijkstelling of bevel te baseren op het ongeschreven recht simpelweg niet meer uit ons rechtsbestel weg te denken.

Op deze basis heeft de civiele rechter de afgelopen eeuw een fijnmazig net van honderden bijzondere zorgplichten over het maatschappelijk leven gelegd, dat de gerechtvaardigde belangen van burgers op de meest uiteenlopende terreinen beschermt. Men leze de bijdragen van Hartlief, Tjong Tjin Tai, Sieburgh en Hoekzema & Oldenhuis met een rijke variëteit aan voorbeelden. Als de rechtsontwik-

keling op al deze bijzondere gebieden aan de wetgever was overgelaten, dan had ons recht voortdurend achter de maatschappelijke feiten aangehobbeld – en dat, naar het voorkomt, vaak ten detrimente van de ‘zwakkere partij’: de nietsvermoedende consument, particulier, patiënt of passant die het slachtoffer wordt van (economische) activiteiten die worden ontplooid zonder de nodige behoedzaamheid ten opzichte van andermans gerechtvaardigde belangen.

Ook in het publiekrecht is de toetsing aan het ongeschreven recht niet meer weg te denken. In zijn bijdrage laat Schlössels zien hoe het bestuursrecht zich op dit punt parallel ontwikkelde aan het commune aansprakelijkheidsrecht. Al voltrok het zich in kleinere stapjes, ook de bestuursrechter ontwikkelde zich van een wetstoepasser tot een rechter die toetst aan een rijke catalogus van ongeschreven rechtsbeginselen. Barkhuysen & Van Emmerik laten zien dat het Straatsburgse Hof zich, bij de beoordeling of een mensenrecht is geschonden, bedient van een toetsingskader dat veel gemeen heeft met de aloude zorgvuldigheidstoetsing door de Hoge Raad.

In het licht van al deze ontwikkelingen is het op 31 januari 2019 verleidelijk om Eijssell en zijn medestanders weg te zetten als een stel hopeloze conservatieven die lang en breed zijn ingehaald door de geschiedenis. Toch is het ook aardig om eens de vraag te stellen of zij ergens niet gewoon gelijk hadden.

(1) Bracht *Lindenbaum/Cohen* rechtsonzekerheid?

Onze aansprakelijkheidsrechter geniet sinds *Lindenbaum/Cohen* een grote beoordelingsruimte. Toetsing aan het ongeschreven recht biedt hem aanzienlijke mogelijkheden om in uiteenlopende situaties zélf een concrete handelingsnorm te formuleren, toegespitst op alle omstandigheden van het geval. Zulke op het geval toegespitste normen zijn niet ‘opgeschreven’. Vóóraf konden de partijen ze nergens opzoeken en nalezen. Toch moet de rechtsonzekerheid die zulke ‘concrete normstelling achteraf’ creëert, niet overtrokken worden, net zomin als de bijdrage van *geschreven* rechtsnormen aan de rechtszekerheid moet worden overschat. Veel burgers en mogelijk zelfs ondernemers lezen zelden wetteksten. Als zij dat al doen, is het maar de vraag of zij die – zonder de nodige juridische achtergrondkennis – adequaat kunnen interpreteren. Rechtszekerheid wordt de burger vooral geboden doordat de overheid of andere in- of externe juridische deskundigen de nodige voorlichting en uitleg geven over de wet. Voor de ongeschreven zorgvuldigheidsplichten

1. De hierna te noemen Simons bleef overigens kritisch, zie het slot van de bijdrage van C.J.H. Jansen in dit themanummer.

2. Zie de bijdrage van C.J.H. Jansen voor literatuurverwijzingen.

3. Overigens zal het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog hier ook zijn invloed op hebben gehad, vgl. de opmerkingen van Hartlief in dit themanummer.

geformuleerd door de Hoge Raad, geldt natuurlijk hetzelfde. Ook over jurisprudentie kunnen deskundigen immers de nodige voorlichting en uitleg – en daarmee rechtszekerheid – bieden, zolang die jurisprudentie althans voldoende consistent en constant is.

Echter, zelfs waar er geen duidelijk ‘precedent’ beschikbaar is zal het met die rechtsonzekerheid vaak wel meevallen. De toepassing van de (prima facie vage) maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm is immers geen daad van willekeur. Die toepassing beantwoordt aan een eigen rationaliteit; een waardenordering die en een afwegingskader dat iedere goede jurist zich op den duur eigen maakt. Dit verleent de nodige voorspelbaarheid aan de vraag hoe de zorgvuldigheidstoetsing zal uitvallen.⁴ Barkhuysen & Van Emmerik halen in hun bijdrage met instemming Van Maanen aan, volgens wie de toepassing van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, zoals nader vormgegeven in de kelderluikcriteria, zozeer ‘common sense’ is, dat zij in onafhankelijk van elkaar bestaande rechtssystemen haast automatisch tot ontwikkeling komt.

Soms zal de rechter via de zorgvuldigheidsnorm echter wel degelijk het recht verder *ontwikkelen*, dus: een werkelijk nieuwe gedragsnorm formuleren omdat daaraan maatschappelijk behoefte bestaat. Deze ontwikkeling biedt onmiskenbaar minder rechtszekerheid dan rechtsontwikkeling via wetswijziging, waarvan zowel de inhoud als het inwerkingtredingstijdstip voorzienbaar is. Op dit punt hadden Eijssell c.s. dus inderdaad gelijk. Daar staat alleen wel iets waardevols tegenover. Deze, zich waarschijnlijk slechts incidenteel voordoende, rechtsonzekerheid is de prijs die wij als samenleving moeten (willen) betalen voor een rechtssysteem dat op ieder moment veel meer *up to date* is dan een rechtssysteem dat alle vernieuwing aan de wetgever overlaat. Tegelijkertijd vraagt deze vorm van rechtsontwikkeling het nodige van de rechter. Op hem (m/v) rust een bijzondere verantwoordelijkheid om te zorgen dat zijn jurisprudentie evolueert in plaats van zich schoksgewijs te ontwikkelen, om nieuwe jurisprudentie zo veel mogelijk te laten aansluiten bij oude, en wellicht ook om met middelen als rechterlijk overgangsrecht, *prospective overruling*, overwegingen ten overvloede, matiging van aansprakelijkheid of niet-toerekening buiten schuld de rechtsonzekerheid te verzachten die de prijs is van rechtsontwikkeling via de rechter.

(2) Kan de rechter door *Lindenbaum/Cohen* zijn persoonlijke moraal aan zijn landgenoten opdringen?

Een eeuw aan zorgvuldigheidsjurisprudentie heeft een inzichtelijk afwegings- en toepassingskader opgeleverd, dat de individuele rechter vergaand bindt. Die gebondenheid vergroot de rechtszekerheid voor de justitiabele, en op evenredige wijze verkleint zij de mogelijkheden voor het plattelandskantonrechtertje⁵ om naar believen zijn persoonlijke moraal tot recht te verheffen. Een eeuw zorgvuldigheidsjurisprudentie biedt een solide anker voor wat de ‘juristerij’ als geheel als *common sense* beschouwt.

Ook op dit punt valt echter op te merken dat de rechter op basis van de zorgvuldigheidsnorm soms werkelijke vernieuwingen doorvoert. Daarbij zullen zijn persoonlijke overtuigingen onvermijdelijk meespelen. Als de rechter de zorgvuldigheidsnorm aangrijpt om het recht verder te brengen, rust op hem daarom ook een verantwoordelijkheid om voeling te houden met de rechtsovertuigingen die er binnen de bevolking als geheel leven. Een rechter die met een simpel ‘lex dura, sed lex’ geen recht doet in gevallen van schreeuwend onrecht, verliest zijn gezag. Een rechter die bij zijn invulling van open normen té ver voor de troepen uitstormt, loopt dat risico echter evenzeer. Aan de rechter de taak om behendig tussen Scylla en Charybdis door te laveren.

Wellicht worden deze overpeinzingen over Bijzondere Verantwoordelijkheden wat protestants van toon. Er is ook een *bright side*. Wij juristen kunnen ons gelukkig prijzen met *Lindenbaum/Cohen*. De ruime rechterlijke bevoegdheid tot toetsing aan het ongeschreven recht maakt ons vak bijzonder *interessant*. Door de openheid van ons rechtssysteem (een openheid die mede aan *Lindenbaum/Cohen* te danken valt) is het niet uitsluitend de wetgever, zelfs niet uitsluitend de rechter, maar de hele juridische beroepsgroep die kan bijdragen aan de ontwikkeling van ons recht. De hedendaagse jurist kan, mede door *Lindenbaum/Cohen*, aan een veel grotere hoeveelheid maatschappelijke problemen een zinvolle bijdrage leveren dan de eijsselliaanse wetstoepasser had durven dromen. Complexe problemen van uiteenlopende aard kunnen en zullen hun weg naar de rechtspraktijk vinden. Moge dit themanummer een mooie illustratie bieden van de veelheid aan boeiende kwesties waarmee *Lindenbaum/Cohen* het werkterrein van de jurist heeft uitgebreid.

RJBS

4. HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*) biedt een mooi inkijkje in het denkkader ‘achter’ de toepassing van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Men zie in dit verband ook het fraaie handboek *Aansprakelijkheidsrecht* waarin Van Dam op overtuigende wijze inzichtelijk maakt dat (en hoe) de rechter bij de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm niet zomaar wat doet, maar daarentegen juist volgens een vrij nauwkeurig ‘na-rekenbare’ rationaliteit opereert.

5. Men leze verder de onvergetelijke passages van Eijssell, geciteerd in Jansens bijdrage aan dit themanummer.