

SCHADE IN EEN NIET-RECHTMATIG BELANG

Mevr. mr. drs. I. Haazen*



Inleiding

Eenieder die een ander door zijn toerekenbaar onrechtmatige gedrag schade berokkent, is ingevolge art. 6:162 BW verplicht deze schade te vergoeden. Volgens art. 6:96 BW komt schade in de vorm van geleden verlies of gederfde winst voor vergoeding in aanmerking. Maar wat als de rechter zich geconfronteerd ziet met een vordering tot schadevergoeding voor geleden verlies of gederfde winst voortvloeiend uit verboden activiteiten, zoals belastingontduiking, prostitutie, mensenhandel, handel in drugs of kinderporno of handel met de vijand in oorlogstijd? Zo vorderde een eigenaar van een sekswinkel schadevergoeding toen in beslag genomen, maar daarna weer vrij gegeven kinderpornografisch materiaal in een gemeentelijke opslagloods nog voor de

teruggave was tenietgegaan¹ en nam een werknemer na een arbeidsongeval in zijn schadebegroting ook de inkomsten op die hij door zwart werken placht te verdienen.² Dit type schade wordt wel als ‘niet-rechtmatige schade’ aangeduid of als ‘schade in een ‘niet-rechtmatig belang’,³ d.w.z. een belang dat strijdt met de openbare orde of de goede zeden.⁴ De vergoeding⁵ ervan wordt doorgaans als onwenselijk beschouwd.⁶

*Mevr. mr. drs. I. Haazen is als docent verbonden
¹ Hof Amsterdam 11 januari 2001, *NJ* 2002, 485.
² HR 24 november 2000, *NJ* 2001, 195. m.nt. Bloembergen, *VR* 2001, 97. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2007, *NJF* 2007, 550, r.o. 4.17 (zwarte neveninkomsten ongeoorloofd karakter). Enerzijds worden gemiste inkomsten uit zwart werken als schade in een niet-rechtmatig belang beschouwd, anderzijds onderscheidt deze schadepost zich in die zin van schade voortvloeiend uit (wettelijk) verboden gedragingen dat bij zwarte inkomsten het op zichzelf niet gaat om inkomsten uit verboden activiteiten, maar het laakbare karakter van deze inkomsten een gevolg is van het niet afdragen van lasten. Herstel is dus nog mogelijk. Zie Schadevergoeding (Bolt), art. 6:107, aant. 16, verwijzend naar H.M. Storm, H.P.A.J. Kamp en E.W. Schön, ‘Personenschade’, in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995 (hierna: Barendrecht 1995), p. 187. Andere voorbeelden van schade in een niet-rechtmatig belang: Rb. Rotterdam 22 juni 1956, *NJ* 1957, 22 (inkomsten uit verboden beroep als ‘kruidkundige’); Rb. Utrecht, 5 april 1950, *NJ* 1951, 276 (derving inkomsten uit handel met de vijand in oorlogstijd).
³ A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965 (hierna: Bloembergen 1965), p. 29. De term ‘niet-rechtmatige schade’ is wat ongelukkig. De schade is niet onrechtmatig, hoogstens de wijze waarop deze geleden is of wellicht beter: het gegeven dat men überhaupt schade vordert is onbehoorlijk.
⁴ E. Dirix, *Het begrip schade*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1998 (hierna: Dirix 1998), p. 68; Bloembergen 1965, p. 29.
⁵ De kwalificatie als niet-rechtmatig belang heeft niet alleen relevantie voor het recht op

In dit artikel staat centraal de vraag hoe men dogmatisch kan onderbouwen dat niet-rechtmatige schade niet vergoed wordt.

Is niet-rechtmatige schade schade?

Volgens het Nederlandse schadevergoedingsrecht dient werkelijk geleden vermogensschade volledig vergoed te worden.⁷ Of dit beginsel leidt tot ongelimiteerde schadevergoeding hangt mede af van wat men onder ‘werkelijk geleden schade’ verstaat.

Ten aanzien van het begrip schade zijn er kortweg drie benaderingswijzen. In de eerste is schade een zuiver feitelijk begrip en omvat het al het waarneembare nadeel⁸ in vermogen of genot dat voortvloeit uit een schadeveroorzakende gebeurtenis: het is de feitelijke discrepantie in de toestand

schadevergoeding, maar ook voor de vordering tot een verbod of bevel. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 27 april 1976, *NJ* 1977, 143, waar de vordering van een kraker tot aansluiting op gas, licht en water afgewezen werd, omdat deze gegrond was op zijn onrechtmatig verblijf en derhalve op een belang waaraan in rechte de gevraagde bescherming niet toekwam.

⁶ Zie o.m. H. Drion, in L.C. Hofmann, H. Drion en K. Wiersma, *Het Nederlandsche verbintenissenrecht*, dl. I, Groningen: J.B. Wolters 1959 (hierna: Hofmann-Drion/Wiersma 1959), p. 137: “Art. 1401 kan niet worden ingeroepen om onwettige toestanden te sanctioneren.” Dirix 1998, p. 68-69; S.D. Lindenbergh, *Monografieën BW-B-34, Schadevergoeding algemeen*, deel 1, Deventer: Kluwer 2008 (hierna: Lindenbergh 2008), p. 73.

⁷ Recht op vergoeding van immateriële schade bestaat slechts naar billijkheid (art. 6:106 lid 1 BW).

⁸ Hiertoe wordt ook niet-verkregen voordeel gerekend.

voor en na de schade.⁹ Het beginsel van volledige vergoeding zou dan moeten leiden tot vergoeding van schade aan niet-rechtmatige belangen, enkel en alleen omdat het desbetreffende nadeel onder de definitie valt.¹⁰ Voorstanders van deze opvatting zullen echter moeten beamen dat het recht niet zonder normatieve oordelen kan. De omschrijving dat schade inhoudt ‘al het waarneembare nadeel in vermogen of genot dat voortvloeit uit een schadeveroorzakende gebeurtenis’ importeert bijvoorbeeld causaliteit in het schadebegrip zelf.¹¹ Wat nog als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis beschouwd mag worden, is in de geschiedenis van het causaliteitsbegrip niet vrij van normatieve inslag gebleken.¹² Deze zienswijze is dus niet zo feitelijk als men haar doet voorkomen.

In de tweede zienswijze wordt het tegenovergestelde bepleit: het schadebegrip is zuiver normatief en omvat alleen die vermogens- of genotsverminderende gevolgen van een gebeurtenis die naar juridische maatstaven

⁹ J.M. Barendrecht, E.J. Kars en E.J. Morée, in ‘Schade en schadeberekening in het algemeen’, in: Barendrecht 1995, p. 14.

¹⁰ Barendrecht 1995, p. 60-61. Volgens voorstanders van de feitelijke opvatting plaatst het niet-vergoeden van schade aan een niet-rechtmatig belang deze buiten de rechtsorde. Anders: Lindenbergh 2008, p. 74.

¹¹ Bloembergen 1965, p. 14-15: “Schade is een causaal begrip.”

¹² Barendrecht 1995, p. 15.

Asser/Hartkamp&Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14 laat eveneens ruimte voor normatieve interpretatie.

vergoedbaar zijn en aldus een aanspraak op vergoeding impliceren.¹³ Al het andere is slechts ellende, nadeel, maar geen juridische schade. Schade is met andere woorden vergoedbare schade en gelijk te stellen met toe te kennen schadevergoeding.¹⁴ Stelt men dat een benadeelde met niet-rechtmatig nadeel juridisch geen aanspraak kan doen gelden op vergoeding van dit nadeel, dan kwalificeert het desbetreffende nadeel zich dus niet als ‘schade’.¹⁵ De vraag naar vergoeding van nadeel dat geen schade is, is daarmee niet meer relevant. Het bezwaar van deze opvatting is dat zij over de aan te leggen normatieve maatstaven voor vergoedbaarheid nog steeds niets zegt. Aan de tautologie dat schade, die enkel bestaat in vergoedbaar nadeel, volledig vergoedbaar is, hebben rechtswetenschap en -praktijk niet zoveel. Een schatkist met slechts een enkel goudstuk is niet voor zover zij met het goudstuk gevuld is, *vol*; nee, een dergelijke schatkist is op dat ene muntstuk na gewoon *leeg*.

De derde opvatting is een tussenvorm die deze bezwaren vermijdt. Schade is weliswaar al het feitelijk ervaren nadeel -

¹³ R. J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 17. Deze opvatting wordt algemeen afgewezen. Voor argumenten daarvoor zie Asser/Hartkamp&Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 13.

¹⁴ Barendrecht 1995, p. 15.

¹⁵ Zie ook Barendrecht 1995, p. 16.

verlies van kinderpornografische handelswaar en inkomen uit zwartwerk hieronder begrepen -, maar die constatering staat los van de vraag of deze ook vergoedbaar is.¹⁶ Die slotsom vergt nog een nader oordeel. Of de schade ook inderdaad afgewenteld kan worden, hangt af van verscheidene factoren: is de gedraging onrechtmatig jegens de benadeelde, is de gedraging deze dader toerekenbaar, is er voldoende causaal verband tussen de gedraging en het ontstaan van de schade, is er sprake van eigen schuld, enzovoort.¹⁷ Kortom: tussen schade lijden en schade vergoeden zitten ettelijke stappen waarvan het effect is dat een benadeelde zijn schade mogelijkwerijs niet (volledig) vergoed krijgt. “Volledige vergoeding van werkelijk geleden schade” is een formulering die verborgen houdt dat het eindpunt wel eens *onvolledige* schadevergoeding zou kunnen zijn. Nadeel dat bestaat in verloren tijd, ernstige frustratie en slapeloosheid, lelijkheid,

¹⁶ Lindenbergh 2008, p. 74. In dezelfde zin G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Studiepockets privaatrecht nr. 21, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 78: “In abstracto is vergoedbaar de schade die binnen het terrein van art. 1401 valt, maar waarvan nog moet worden vastgesteld of ze ook in de onderhavige zaak op de dader behoort te worden afgewenteld. Alleen in zoverre afwenteling daadwerkelijk plaatsvindt, is de schade ook in concreto vergoedbaar. Bij de toewijzing van de vordering gaat het om de laatstgenoemde schade.”

¹⁷ Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 95, aant. 14: Met volledige schadevergoeding wordt eigenlijk bedoeld “een vergoeding met inachtneming van de wettelijke beperkingen, zoals die van art. 98 (causaal verband), 101 (eigen schuld) en 163 (relativiteit).”

gemiste huwelijkskansen, onbewijsbare toekomstige schade, schade die te gering, schade die teveel is, verdriet om het verlies van een vriend, redelijkerwijs niet voorzienbare of te ver verwijderde schade: het is allemaal *daadwerkelijk* geleden schade die toch niet wordt vergoed. Dit geldt ook schade die geen bescherming ‘verdient’, de niet-rechtmatige schade. Het gemengde schadebegrip doet het meest recht aan deze situatie.

Een gemengde opvatting die al het waarneembare nadeel ook schade noemt maar de vergoedbaarheid afhankelijk maakt van nog toe te passen normatieve beperkingen voorkomt dat de jurisprudentie geheel van de normale wereld vervreemd - waar in het spraakgebruik al het waarneembare nadeel van een gebeurtenis schade mag heten-, maar geeft tegelijkertijd ruimte aan een normatieve schifting ten aanzien van de uiteindelijke vergoedbaarheid van de schade.

Het vertrekpunt is hier dus de gemengde opvatting waarin niet-rechtmatig nadeel in ieder geval feitelijk schade is. Wat zijn nu die normatieve beperkingen die uiteindelijke vergoedbaarheid blokkeren en hoe worden zij dogmatisch onderbouwd?

Zelfstandige regel: de belangenleer?

Een zelfstandige grond voor de niet-vergoedbaarheid van niet-rechtmatige

schade werd traditioneel gevonden in de zogenaamde belangenleer, ook wel de oneigenlijke relativiteitsleer genoemd.¹⁸ In deze leer staat centraal welke belangen art. 6:162 BW beoogt te beschermen, maar die vraag wordt geformuleerd in het kader van de ontvankelijkheid en speelt derhalve voorafgaand aan het traject van art. 6:162 BW. Een vordering tot vergoeding van schade in een niet-rechtmatig belang sneuvelt bij toepassing van deze visie door een niet-ontvankelijkheidsverklaring bij gebrek aan een belang dat onder het beschermingsbereik van dit artikel valt.¹⁹ Bezwaar tegen deze leer is dat, ongeacht het ongewenste karakter van niet-rechtmatige schade, feitelijk sprake is van vermogensschade die derhalve onder het bereik van art. 6:162 BW dient te vallen: “[E]en privaatrechtelijk belang [is] in het geding, ook als zonneklaar is dat die schade naar ons recht niet voor vergoeding in aanmerking komt.”²⁰ Barendrecht²¹

¹⁸ Zie ook G.J. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992 (hierna: Lankhorst 1992), p. 85. De belangenleer is inmiddels grotendeels verlaten.

¹⁹ I.t.t. de relativiteitsleer is de belangenleer een ontvankelijkheidsleer, niet een onrechtmatigheidsleer. Lankhorst 1992, p. 75 en J.H. Nieuwenhuis, ‘Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW’ in *WPNR* 1987/5821, (hierna Nieuwenhuis 1987), p. 145 e.v.
²⁰ C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 14 april 1989, *NJ* 1990, 712 (Benckiser), nr. 3. Dat schade belang schept in de zin van art. 6:162 BW is ook de visie van de Hoge Raad in HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 462 m.nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort): “(..) het afzonderlijk –naast het vereiste dat jegens de overheid onrechtmatig is gehandeld- eisen van een door art. 1401 beschermd belang is niet op zijn

meent dat de beslissende toets of een belang privaatrechtelijke bescherming toekomt, de vraag moet zijn of het recht een passende remedie geeft wanneer een schending van dat belang dreigt of reeds een feit is.²²

De belangenleer maakt niet inzichtelijk om welke *reden* een belang niet door art. 6:162 BW wordt beschermd. De leer betreft een actiënrecht en is eerder bedoeld om het gebruik van middelen ter handhaving van rechten²³ te stroomlijnen dan om materiële belangen af te wegen. De meerwaarde van een materiële behandeling door de rechter boven een afwijzing op formele gronden is dat deze het ‘onethische’ karakter van deze schadevordering ontvouwt en de gronden van de afwijzing uitgebreider moet motiveren. Op deze wijze kan het recht dus

plaats wanneer de overheid schadevergoeding vordert op grond van een tegenover haar gepleegde onrechtmatige daad.” (r.o. 3.1.5).

²¹ C. van Zeeland, P. Kamminga en J.M. Barendrecht, ‘Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan’, in G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 50.

²² C.H. Sieburgh, in ‘Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten?’, in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 177, meent, naar aanleiding van de kwestie inzake het belang van de ouders in het Jeffrey-arrest, dat een burgerlijke rechter zich een belang pas moet aantrekken indien dat belang op een zinnige wijze door een rechterlijk oordeel (positief dan wel negatief) kan worden beïnvloed.

²³ Bijv. door geen privaatrechtelijke remedie toe te staan bij de behartiging van een zuiver publiekrechtelijk belang. Zie HR 9 november 1973, *NJ* 1974, 91 m.nt. WFP (Limmen-Houtkoop) en Nieuwenhuis 1987, p. 147. Tevens kan de leer dienst doen bij vorderingen die sterk politiek gekleurd zijn, Lankhorst 1992, p. 85.

een passende remedie bieden door inhoudelijk glashelder te maken waarom deze vordering niet mag slagen.²⁴

Een zelfstandige regel: nadeel dat niet op geld waardeerbaar is?

Een meer inhoudelijk uitgangspunt voor de ongewenstheid van schadevergoeding voor nadeel in een niet-rechtmatig belang spruit voort uit de gedachte dat bepaalde belangen niet voor geldelijke waardering in aanmerking komen. Zo betoonde het Hof Amsterdam in bovengenoemde zaak inzake verloren gegane kinderporno grote terughoudendheid ten aanzien van de waardering van dit zoekgeraakte materiaal en oordeelde “dat aan het kinderpornografisch materiaal géén te vergoeden waarde toekomt.”²⁵

Dezelfde ratio heeft art. 6:211 BW, dat ziet op een situatie waarin na nietigverklaring van een overeenkomst de reeds verrichte prestaties ongedaan gemaakt moeten worden en één daarvan naar haar aard niet op geld gewaardeerd behoort te worden.²⁶

²⁴ Zie J.B.M. Vranken in zijn noot bij HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 (De Groot/Vereniging), nr. 7; Zie ook Lankhorst 1992, p. 85, die om deze reden een inhoudelijke behandeling (i.c. toepassing van de relativiteit) “iets aantrekkelijker” vindt.

²⁵ Hof Amsterdam 11 januari 2001, *NJ* 2002, 485, r.o. 2.5. Lindenbergh 2008, p. 74, plaatst de benaderingswijze van het Hof in de context van de schadebegroting.

²⁶ H.J. van Kooten, Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2002 (hierna: Van Kooten 2002), p. 289-291: moreel gezien zou het volstrekt onacceptabel zijn, indien de rechter tot bepaling van de waarde

Volgens de Hoge Raad is het onoirbaar om een overeenkomst tot het plegen van strafbare feiten of gedragingen in strijd met de goede zeden op geld te waarderen:

“Heeft iemand krachtens overeenkomst met een ander voor geld een derde gedood of mishandeld, dan zou het stuitend zijn wanneer de rechter poogde vast te stellen welke geldswaarde de dood of mishandeling van het slachtoffer voor de opdrachtgever heeft vertegenwoordigd.”²⁷

In een Amerikaanse zaak speelde een soortgelijke overweging een rol. Een verhuurder wijzigde zijn *adults-only* beleid in de door hem verhuurde stacaravans, omdat hij hierdoor verplicht was op grond van federale wetgeving, the Fair Housing Act. De gemeente Hayward, dwong de verhuurder daarop tot een huurverlaging. De rechter verwierp deze gedwongen huurverlaging, omdat de verhuurder feitelijk afgestraft werd voor het volgen van de Housing Act. De gemeente verweerde zich met de stelling dat de huurverlaging was gebaseerd op de vermindering van het huurgenot nu het complex ook toegankelijk was voor gezinnen met kinderen. De Court of

van de prestatie in geld zou overgaan. In het Nederlandse recht staat in dit kader vooral het in stand houden van een fundamentele zedelijkheidsnorm voorop, in het Duitse en het Engelse recht de bescherming van de waardigheid van de rechter.

²⁷ HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 581 (Polyproject/Warmond) m.nt. JH, r.o. 3.6.

Appeal wees deze stelling af, overwegende dat de verhuurder door het wijzigen van zijn beleid in essentie een discriminatoire en dus onrechtmatige toestand ophief. De huurverlaging impliceerde een waardeverschil tussen de eerdere toestand *adults only* (die zou waardevoller zijn) en de huidige toestand (die zou minder waardevol zijn). Dat de oorspronkelijke toestand waardevoller is, is echter een discriminatoir oordeel van de bewoners en de rechter weigert daarin mee te gaan: “We cannot attach value to unlawful discrimination (...). Private biases may be outside the reach of law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect. (...) the only value lost was the value placed on discriminatory housing practice, which is a ‘value’ we cannot sanction.”²⁸

Rechters zijn terughoudend ten aanzien van schadeposten met een dergelijk ‘onethisch’ karakter. Met name in situaties waarin de eiser schade vordert terwijl hij zelf bepaald geen toonbeeld is van ethisch gedrag en dit relevantie heeft voor zijn schadevordering, grijpt de rechter terug op eeuwenoude adagia als de ‘*nemo auditur*’-regel en de daaraan verwante ‘*in pari delicto*’ en ‘*ex turpi causa non oritur*’

²⁸ *United States v City of Hayward*, 36 F. 3d 832 (9th Circ. 1994), p. 835-836.

actio'.²⁹ Deze rechtsregels worden in verscheidene rechtsstelsels al of niet officieel toegepast. In de Engelse uitspraak *Ashton v Turner*³⁰ overwoog Ewbank J dat “*as a matter of public policy*”³¹ in rechte geen *duty of care* aangenomen kon worden jegens een bankovervaller die tijdens een ontsnappingspoging per auto door het wilde rijgedrag van de bestuurder/medebankovervaller letsel opliep.³²

²⁹ De volledige adagia luiden: *Nemo auditur suam turpitudinem allegans* (Hij die zijn eigen onzedelijkheid aanvoert, vindt in rechte geen gehoor); *In pari delicto potior est conditio defendentis* (Bij gelijke onrechtmatigheid is de positie van de gedaagde sterker); *Ex turpi causa non oritur actio* (Op een onzedelijke grondslag wordt geen vordering gebaseerd). Alle zijn op dezelfde leest geschoeid met enige nuanceverschillen. Voor de herkomst van deze adagia zie R. Feenstra, ‘Nemo auditur turpitudinem allegans’ in J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), Brocardica in honorem G. C. J. J. van den Bergh, Deventer: Kluwer 1987, p. 31-36.

³⁰ *Ashton v Turner* [1981] QB 137.

³¹ Zie ook L.J. Kerr in zijn overwegingen in *Euro-Diam Ltd. v Bathurst* [1990] 1 Q.B.1, 35: “The *ex turpi causa* defence ultimately rests on a principle of public policy that the courts will not assist a plaintiff who has been guilty of illegal (or immoral) conduct of which the courts should take notice. It applies if in all the circumstances it would be an affront to the public conscience to grant the plaintiff the relief which he seeks because the court would thereby appear to assist or encourage the plaintiff in his illegal conduct or to encourage others in similar acts.”

³² Vgl. de overweging van Owen J in de Australische zaak *Smith v Jenkins*, 44 ALJR 78, p. 89: “It would (...) be an odd state of affairs if (...) a court was called upon to consider and decide whether the smuggler who had not warned his confederates of a defect in the rope which they were using in the course of hiding smuggled goods had acted with the degree of care to be expected in the circumstances, of a reasonably careful smuggler.”

De ethiek van het geldelijke waarderingsprobleem leek ook een prominente rol te spelen in het Kelly-arrest, waarin centraal stond of een gehandicapt kind schadevergoeding kon vorderen van een verloskundige die had nagelaten prenataal onderzoek te verrichten. Was dat wel gebeurd, dan hadden de ouders besloten niet een gehandicapt kind op de wereld te zetten. Maatschappelijke bezorgdheid ontstond dat schadevergoeding in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid: “Het bestaan van het kind wordt immers gerelateerd aan niet-bestaan en wordt bovendien op geld gewaardeerd en daarmee op (on)waarde geschat.”³³

De Hoge Raad en PG Hartkamp zagen dat – m.i. terecht - anders. Het feit dat de geboorte van een ernstig gehandicapt kind als schade wordt aangemerkt, impliceert geen oordeel ten aanzien van de waarde van dat kind als persoon of van diens bestaan, of dat het hele leven van dat kind als schadepost zou worden gezien (r.o. 4.4):³⁴ “Het gaat immers uitsluitend om

³³ C.H. Sieburgh, ‘Het zijn en het niet’ in S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer: Kluwer 2004 (hierna Sieburgh 2004), p. 68, die daarmee de maatschappelijke onrust weergeeft. Zie ook p. 91.

³⁴ Zie reeds Sieburgh 2004, p. 70: “Dat een fout deze kostenpost veroorzaakt, brengt immers niet mee dat het leven waarvan de kostenpost is afgeleid, onrechtmatig is en dat dit eigenlijk niet mag zijn. Erkenning van de vermogensrechtelijke druk die is verbonden aan de aanwezigheid van een

vergoeding voor de extra last die als gevolg van de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind ontstaat.”³⁵

Relativiteit

De vermeende bezwaren tegen de ‘onethische’ kant van de schadevorderingen in de Kelly-zaak leken te duiden op een niet-rechtmatig belang. De term zelf is echter (terecht) niet als zodanig gevallen. In een vergelijkbare zaak inzake een mislukte sterilisatie met een ongewenste zwangerschap als gevolg werd deze term echter wel in de mond genomen.³⁶ De arts die aansprakelijk gesteld werd voor de onsuccesvolle ingreep voerde het verweer dat hij weliswaar onzorgvuldig gehandeld had, maar dat het nadeel dat hij veroorzaakt had bij de desbetreffende vrouw (doordat zij ongewenst zwanger werd en een kind kreeg), niet de schending van een rechtmatig belang was in de zin van art. 1401 BW (thans art. 6:162 BW). De geschonden norm, het op onzorgvuldige wijze verrichten van een medische ingreep, zou niet beogen bescherming te bieden tegen de schade zoals de vrouw geleden

had. Het Hof verwierp deze stelling, nu een medische ingreep die steriliteit beoogt en die niet resulteert in een zodanige toestand, bij uitstek beschermt tegen de soort schade zoals door benadeelde in casu geleden was. De formulering van zowel arts als Hof duidt op een toepassing van het relativiteitsbeginsel. Ingevolgde art. 6:163 BW bestaat er geen verplichting tot schadevergoeding, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De relativiteitsleer toetst op drie aspecten.³⁷ behoort de persoon van de benadeelde tot de kring der gerechtigden die op de bescherming van de norm een beroep kunnen doen en bestrijkt het beschermingsbereik van de norm het type schade en de wijze waarop de schade is geleden?³⁸

“De pot verwijt de ketel.”

Eigen gedrag kan in zijn algemeenheid ertoe leiden dat men een beroep op de bescherming van art. 6:162 BW verspeeld heeft of dat althans de drempel tot die bescherming verhoogd is. Dit blijkt onder meer uit de lijn die de Hoge Raad volgt bij aansprakelijkheid bij sport- en spel. Door deelname kunnen sporters over en weer een bepaalde mate van gevaarlijke

kind zegt evenmin iets over de waarde van het kind.”

³⁵ A.S. Hartkamp in zijn conclusie bij HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (Kelly), nr. 14.

³⁶ Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, *NJ* 1984, 240.

³⁷ Zie onder meer HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (Duwbak Linda), m.nt. JH.

³⁸ Dit is de relativiteitsleer in strikte zin. Zie Lankhorst 1992, p. 92.

gedragingen waartoe het spel uitlokt verwachten.³⁹ Daarmee hebben ze echter niet hun aanspraken op een vordering uit onrechtmatige daad verspeeld, maar onzorgvuldig gedrag jegens hen zal minder snel worden aangenomen.⁴⁰

Ook voor de relativiteitsvraag heeft eigen gedrag relevantie. De relativiteitsleer is menig keer toegepast in situaties waar het eigen gedrag van de benadeelde een rol speelt, in die zin dat deze schadevergoeding vordert voor schade

veroorzaakt door onrechtmatig handelen van gedaagde, terwijl eiser zelf hetzelfde onbehoorlijke gedrag ten toon gespreid heeft. Om deze reden wordt de door eiser geleden schade, getoetst aan het beschermingsbereik van de geschonden norm, beschouwd als schade in een niet-rechtmatig belang.⁴¹ Afwijzing van de schadevergoedingsvordering van eiser baseert de rechter op de zogenaamde ‘*in pari delicto*’-doctrine, ook vaak aangehaald als ‘de-pot-verwijt-de-ketel’.⁴² Kenmerkend voor deze gevallen is dus de schending door beide partijen van dezelfde norm.⁴³

³⁹ HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622 (Dekker/Van der Heide) m.nt. CJHB.

⁴⁰ Vgl. ten aanzien van andere terreinen dan sport en spel: HR 24 januari 1992, *NJ* 1992, 302, waarin twee loslopende honden in een gevecht verwikkeld raakten en één van de eigenaars op verzoek van de ander probeerde de beide dieren uit elkaar te trekken, daarbij letsel opliep en de andere eigenaar vervolgens aansprakelijk stelde. Het enkele feit dat de gebeten eigenaar zijn hond los liet lopen, was niet voldoende om hem aanspraken uit art. 1404 BW (thans 6:179 BW), te ontzeggen wegens aanvaarding van het risico dat zijn hond zou gaan vechten. Wel kan er sprake zijn van omstandigheden die aan hem zijn toe te rekenen en de aansprakelijkheid van de andere eigenaar verminderen (zie r.o. 3.6). In HR 4 april 1997, *NJ* 1997, 509, casseerde de Hoge Raad de uitspraak van het Hof Den Bosch inhoudende dat een organisator van kansspelen SNS door zelf deelname aan kansspelen in groepsverband aan te moedigen op haar lottoformulier “zich derhalve moeilijk in rechte [kon] beklagen” over het feit dat Combigames –althans in de visie van het Hof- dergelijke groepsdeelnames feitelijk organiseerde en daar winst mee behaalde. Het Hof achtte dit gedrag van Combigames derhalve niet onrechtmatig, de Hoge Raad daarentegen wel. In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad betitelt Verkade de uitspraak van het Hof als een “vleugje ‘uitlokking’ of ‘in pari delicto’.” (onder nr. 3). Tevens Brunner in zijn noot onder HR 31 maart 1995, *NJ* 1997, 592 (Taams/Boudeling), nr. 3: “(...) dat wie bewust en langdurig agressie van een ander provoceert, zich er achteraf niet over kan beklagen dat hij van die agressie het slachtoffer is geworden.”

⁴¹ Rutten in Asser/Rutten 4-III 1983, p. 143, wil, blijkens zijn opsomming van de belangen die onder de bescherming van art. 1401 BW vallen, de kwalificatie schade in een niet-rechtmatig belang uitsluitend toekennen aan nadeel voortvloeiend uit volstrekt illegale activiteiten (zoals winstderving op beschadigde smokkelwaar) en niet aan nadeel geleden in een situatie waarin eigen gedrag van de benadeelde tot niet-bescherming leidt (*in pari delicto*). Hij ziet echter voor beide groepen de belangenleer als de grondslag voor het niet slagen van een vordering tot schadevergoeding, maar houdt voor de *in pari delicto*-situaties de mogelijkheid open voor andere grondslagen (zie noot 46). Hartkamp, Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 420, ziet in art. 6:98 BW (‘aard van de schade’) de grondslag voor afwijzing van een vordering tot vergoeding van verloren smokkelwinst.

⁴² Het ‘pot-verwijt-de-ketel’ idee ligt ook ten grondslag aan het reeds genoemde art. 6:211 BW. Zie de noot van Hijma bij HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 581 (Polyproject/Warmond).

⁴³ Onrechtmatige Daad (Jansen), art. 6:162 lid 2, aant. 238: van *in pari delicto* is sprake wanneer “eiser het aan de gedaagde verweten gedrag eveneens tentoonspreidt.” Onrechtmatige daad (Jansen) art. 6:163, aantek. 26: “precies die gedraging”. Bloembergen 1965, nr. 22. Zie ook Hoge Raad in HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 (De Groot/Vereniging) r.o. 3.6.2. Uit verscheidene bronnen kan men evenwel afleiden dat om van een *in pari delicto* te kunnen spreken partijen niet alleen

In het arrest Maas/Willems⁴⁴ had expeditiebedrijf Maas NV tariefvoorschriften overschreden. Door onder de toegestane minimumvervoerprijs haar diensten aan te bieden, had zij een klant weggekaapt van concurrent Willems NV die tot op dat moment deze klant tot haar klantenkring mocht rekenen. Deze tarieven strekten er onder meer toe om medevervoerders te beschermen tegen oneerlijke mededinging door te voorkomen dat één van hen zich ten koste van zijn bedrijfsgenoten een voorsprong verschafte. Willems leed door het verlies van deze vaste klant aanzienlijke schade en vorderde vergoeding hiervan van Maas. De geschonden tariefvoorschriften bleken in de onderhavige vervoersbranche echter standaard overschreden te worden, óók door Willems zelf. De Hoge Raad oordeelde dat Willems, door zelf de

dezelfde norm geschonden moeten hebben, maar dat ook de mate waarin partijen die norm geschonden hebben, van overeenkomstige omvang dient te zijn. In HvJ EG 20 september 2001, C-543/99 (Courage/Crehan), *NJ* 2002, 43, oordeelt het Hof dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen een regel van nationaal recht die een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen, het recht ontzegt zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze partij in *aanzienlijke mate* verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging (nr. 31). Hieruit volgt dat indien deze partij echter een zwakkere onderhandelingspositie heeft en de overeenkomst door de wederpartij vrijwel eenzijdig opgelegd krijgt, er geen sprake meer is van *dezelfde* normschending en de partij *in minore delicto* het recht behoudt om schadevergoeding te vorderen.

⁴⁴ HR 16 februari 1973, *NJ* 1973, 463 m.nt. HB.

wettelijke tariefvoorschriften te overtreden, zich door zijn gedrag had onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming die hij aan dat voorschrift op grond van art. 1401 BW tegenover Maas had kunnen ontlennen. Het gedrag van Maas was weliswaar onrechtmatig maar niet jegens Willems.⁴⁵ Vrijwel algemeen aanvaard is dat de Hoge Raad hier de relativiteitsleer toepast.⁴⁶

Recent is de *in pari delicto*-gedachte toegepast in het arrest De Groot/Vereniging.⁴⁷ De Groot was als lid van de watersportcommissie ADAM medeorganisator van een zeilweekend van de studentenvereniging Io Vivat.

⁴⁵ Vgl. Rechtbank Amsterdam 27 juni 1945, *NJ* 1946, 6: “O. (...) dat zij, die zich willens en wetens buiten het normale rechtsverkeer stellen, (...) door onderling zwartten handel te bedrijven, zich over en weer op overtreding van bedoelde normen niet kunnen beroepen, althans geen aanspraak kunnen maken op de bescherming, welke art. 1401 BW bij overtreding van die normen in het algemeen biedt.” Een vergelijkbare redenering volgt de Hoge Raad in HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 574 (SHV/Nauta). Het betreft hier een beroepsfout van een notaris, waaraan de cliënt zelf deels had bijgedragen: “Wel kan het zo zijn, dat de eigen houding of gedraging van laatstgenoemde [de cliënt van de notaris, IH] ertoe leidt dat moet worden aangenomen dat deze zich heeft onttrokken aan de bescherming die de norm beoogde te verlenen, in welk geval schending van die norm weliswaar onrechtmatig blijft, maar deze op die schending geen beroep kan doen (...).”

⁴⁶ Rutten ziet in de context van Maas/Willems de belangenleer als de meest geschikte grondslag voor het niet slagen van een vordering tot schadevergoeding, maar wijdt ook enige woorden aan andere mogelijke grondslagen zoals de relativiteit, een rechtvaardigingsgrond of rechtsverwerking: Asser/Rutten 4-III 1983, p. 143. Voor andere benaderingswijzen zie het overzicht van A-G Strikwerda in zijn conclusie bij dit arrest en Asser/Hartkamp 4-III 2006, nr. 101.

⁴⁷ HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 m.nt. J.B.M. Vranken.

Bovendien was hij belast met het uitvoeren van het toezicht op de veiligheid. Tijdens een zeiltocht lieten de opvarende studenten de boot zodanig schommelen dat een slang van een gasfles in de keuken losschoot terwijl er gekookt werd. Er ontstond een explosie. De Groot die poolshoogte was gaan nemen omdat de motor was uitgevallen, liep ernstige brandwonden op en stelde de Vereniging aansprakelijk. De Hoge Raad verwijst naar een overweging van het Hof:

“Onder de hiervoor genoemde omstandigheden kan De Groot Io Vivat niet een gebrek aan toezicht verwijten, daar hij immers als deelnemer aan het zeilweekend en varende op een motorboot als commissielid van ADAM zelf niet heeft gedaan wat hij Io Vivat verwijt te hebben nagelaten: het houden van toezicht tijdens de vaartocht.”⁴⁸

De Hoge Raad bevestigt dit oordeel van het Hof door te concluderen dat de aldus geschonden norm, i.c. het houden van onvoldoende toezicht, “niet strekt tot bescherming van de Groot nu deze zichzelf als (mede-) organisator van het zeilweekend zelf ook niet naar die norm heeft gedragen.” (r.o. 3.6.2).⁴⁹

⁴⁸ R.o. 3.4, verwijzend naar r.o. 9 van het Hof.

⁴⁹ T.F.E. Tjon Tjin Tai, in ‘Vuile handen en relativiteit’ in *Bb* 2007, p. 71-75, betwijfelt of hier een *in pari delicto*-situatie aan de orde is en verkiest toepassing van de eigen schuld. Anders G.N. van Kooten, in ‘De ‘in pari delicto’verkerende

In een uitspraak van de Rechtbank Arnhem opteerde de rechter voor een afwijkende oplossing.⁵⁰ Beide partijen, Gerritsen en Nutrivital B.V., hadden, onafhankelijk van elkaar, een antirookkuur op de markt gebracht en zich daarbij bediend van misleidende reclame-uitingen. Door het publiek op het verkeerde been te zetten, verschaften ze zich een ongeoorloofde voorsprong op hun concurrenten. Beide partijen overtraden dus dezelfde norm en vorderen in kort geding een verbod van de laakbare praktijken van de andere partij. Op het eerste gezicht volgt de voorzieningenrechter de Maas/Willems-formulering. Na de constatering dat Nutrivital zich door haar eigen onrechtmatig gedrag heeft onttrokken aan de bescherming die zij anders aan art. 1416a BW jegens Gerritsen had kunnen ontnemen, verlaat hij de lijn van de Hoge Raad en komt tot de volgende slotsom: de mate van onbehoorlijk gedrag van de beide *in pari delicto* verkerende partijen tegen elkaar afzettend, honoreert de rechter de verbodsvordering van de minst flagrante overtreder, i.c. Gerritsen. Deze ‘balk-splinter’aanpak⁵¹ wordt door Van Nispen

eiser komt geen bescherming toe’ in *MvV* (2007), nr. 4, p. 80-83, die in navolging van de Hoge Raad wel van een *in pari* uitgaat.

⁵⁰ Pres. Rb. Arnhem 22 februari 1989, *BIE* 1991, 18 m.nt. CvN.

⁵¹ Van Nispen, Pres. Rb. Arnhem 22 februari 1989, *BIE* 1991, 18, onder nr. 5: “De balk (“de ernstige

bekritiseerd: “Het resultaat spreekt niet aan: de zwaardere vorm van misleidende reclame wordt verboden en de lichtere blijft ongemoeid. Dit strookt niet met de strekking van art. 1416a BW dat niet enkel ernstige, maar iedere vorm van misleidende reclame wil tegengaan.”

De conclusie dat beide partijen door hun gelijke onbehoorlijk handelen niet onrechtmatig jegens elkaar handelen, heeft als belangrijk nadeel dat het mogelijk een onduidelijk signaal afgeeft over de onrechtmatigheid van de desbetreffende gedraging in het algemeen, dat is, naar anderen dan de betrokken partijen.⁵² Mijns inziens kan er echter geen misverstand bestaan over het feit dat de rechter dit normovertredend gedrag wel onrechtmatig acht jegens anderen, maar i.c. niet *jegens*

mate van onrechtmatigheid”) wordt wel verwijderd, maar de splinter (“de veel geringere mate van onrechtmatigheid”) niet.” Een soortgelijk ‘balk-splinter’ oordeel velde ook de voorzieningenrechter in Pres. Rb. Arnhem, 26 november 1990, *BIE* 1992, 10. Het ‘de pot verwijt de ketel’ argument stond i.c. niet aan toewijzing van de vordering van eiser in de weg: “de kleine pot” van eiser rechtvaardigde in geen geval “de enorme ketel” van gedaagde. De ‘balk-splinter’ methode wordt in het Engelse recht wel toegepast bij een restitutievordering van eiser als deze zich in vergelijking met het gedrag van gedaagde aan een minder ernstige normschending heeft schuldig gemaakt (*in minore delicto*): Van Kooten 2002, p. 233, 251 e.v. De normovertredingen worden dan niet meer als ‘*par*’ beschouwd. Ook de overwegingen in HvJ EG 20 september 2001, *NJ* 2002, 43 (Courage/Crehan), nr. 32-33, lijken te getuigen van een ‘balk-splinter’ aanpak (zie noot 43).

⁵² Van Nispen onder Pres. Rb. 22 februari 1989, *BIE* 1991, 18: de onrechtmatigheid van misleidende reclame jegens derden- i.c. het publiek- blijft voortduren.

de benadeelde.⁵³ Maar juist in het ontbreken van onrechtmatigheid jegens de benadeelde schuilt het risico van deze aanpak.

Willems beticht Maas in rechte van oneerlijke concurrentie wegens overschrijding van de minimumtarieven. Willems had zich zelf echter evenmin aan deze tarieven gehouden. In plaats van de geijkte weg te bewandelen, de gang naar de rechter met een vordering op grond van oneerlijke concurrentie, doet Maas precies dat wat zijn concurrent Willems ook gedaan heeft: hij besluit de tarieven ook aan zijn laars te lappen en maakt Willems aldus een klant afhandig. De uitspraak van de Hoge Raad in deze zaak impliceert dat Willems zich niet moet komen beklagen over gedrag van een ander dat hij zelf evenzeer tentoonspreidt. Nu de rechter deze gedraging van Maas niet onrechtmatig acht jegens Willems, wordt eigenrichting hiermee *de facto* gehonoreerd.⁵⁴

⁵³ Zie ook C.J.H. Brunner, *RM Themis* 1981, p. 39: “Het algemene oordeel dat de normschending een onrechtmatige daad jegens derden in de positie van de eiser oplevert, wordt gecorrigeerd in het bijzondere geval dat eiser zich door eigen gedrag aan die bescherming heeft onttrokken. Naast elkaar staan onrechtmatigheid jegens eiser in abstracto en in concreto. In beide gevallen gaat het om relativiteit van de normschending: is de gedraging jegens de eiser onrechtmatig.”

⁵⁴ Zie hierover ook Lankhorst 1992, p. 91. Illustratief is een voorbeeld ontleend aan C.H. Sieburgh, in ‘Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht’, *TvP* 2003, p. 680-681, betreffende een jeugdig

Ook in de aanpak in de zaak van Nutrivital en Gerritsen schuilt dit gevaar. De ene partij kan zich te buiten gaan aan hetzelfde onbetamelijk gedrag als zijn concurrent, mits hij ervoor zorg draagt dat zijn normschending van geringere omvang (*in minore delicto*) is.

Een belangrijk onderscheid tussen bovengenoemde gevallen waarin een persoon schade lijdt die bestaat uit verlies of gederfde winst inzake verloren gegane kinderporno of zwarte inkomsten en *in pari delicto*- situaties is dat deze laatste groep zich kenmerkt door tweezijdigheid: het niet-rechtmatige karakter van de schade is een gevolg van de *vergelijking* van het gedrag van eiser met dat van gedaagde. De crux van het *in pari delicto* is dat het recht op bescherming door de norm van de benadeelde eiser tegen de onbehoorlijkheid van de gedaagde afhankelijk is van het eigen gedrag van de eiser. In de eerste categorie gevallen is doorslaggevend voor de niet-rechtmatigheid van het geschonden belang dat de schade gerelateerd is aan een illegale activiteit, onafhankelijk van het

slachtoffer van ontucht dat op een later tijdstip de ontuchtpleger in elkaar slaat. Beiden gedragen zich onbehoorlijk, verdedigbaar is dat het om eenzelfde norm gaat (schending van de fysieke integriteit). Enerzijds is dit een vorm van eigen gedrag/uitlokking; dit onbehoorlijke gedrag van de ontuchtpleger zal van invloed zijn op de aansprakelijkheid van het ontuchtslachtoffer/dader, anderzijds is dit een vorm van eigenrichting die het recht op zichzelf niet mag sanctioneren.

gedrag van een eventuele andere partij.

Illustratief is de volgende casus:⁵⁵

Hoevers krijgt per fax een laadopdracht om auto-onderdelen van Italië naar Lexmond BV in Stompwijk te vervoeren. Op de vrachtbrief staat zonder opgaaf van reden expliciet vermeld dat het niet toegestaan is tijdens dit vervoer door Frankrijk te rijden.

Tevens sluit de afzender alle aansprakelijkheid uit voor de schade die voortvloeit uit het niet opvolgen van dit uitdrukkelijke verbod.

De vrachtwagen blijkt te zwaar voor vervoer door Zwitserland en Hoevers besluit door Frankrijk te rijden. Franse opsporingsambtenaren nemen een groot deel van de onderdelen in beslag op verdenking van inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van onder meer Renault SA. De laatste spant in Frankrijk een procedure aan tegen Lexmond inzake deze inbreuk en de vordering wordt toegewezen. Lexmond BV eist van Hoevers vergoeding van de schade die zij lijdt door haar veroordeling in deze procedure, omdat Hoevers onrechtmatig gehandeld zou hebben jegens Lexmond door de vracht tegen de uitdrukkelijke instructies in over Frans grondgebied te vervoeren. De rechter wijst dit af met een beroep op het niet-rechtmatige karakter van het geschonden belang:

⁵⁵ Rb. Arnhem 18 mei 2000, *SES* 2001, 46

“Als de vordering van Renault wordt toegewezen, moet worden aangenomen dat Lexmond c.s. inbreuk hebben gemaakt op aan Renault toebehorende intellectuele eigendomsrechten. De schade die Lexmond c.s. in dat geval lijden, is schade in het kader van activiteiten die inbreuk maken op die intellectuele eigendomsrechten. Dergelijke schade is schade in een niet-rechtmatig belang die niet voor vergoeding in aanmerking komt, zoals Hoevers terecht betoogt.”⁵⁶

Het niet-rechtmatige karakter van Lexmonds schadevordering schuilt niet in het gegeven dat hij dezelfde norm overschreden zou hebben als waarvan hij Hoevers beticht. Lexmond vordert compensatie van een verlies dat gebaseerd is op primair eigen verboden gedrag, nl. de inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht van Renault. Dat door Hoevers dit gedrag niet geheim gebleven is –mijns inziens geen onrechtmatig gedraging van Hoevers- waar dat anders wellicht wel het geval was geweest, is niet van belang voor de kwalificatie van de schade van Lexmond als niet-rechtmatig. Met andere woorden een vergelijking tussen het gedrag van Lexmond met het gedrag van Hoevers is niet aan de orde.

Zelfstandige regel: geen aanspraak op herstel van niet-bestaande rechten

Het resultaat van het jurisprudentie-onderzoek heeft tot nu toe twee constatering opgeleverd. Ten eerste: de term ‘niet-rechtmatig belang’ wordt enerzijds gebruikt in gevallen waar vergoeding gevorderd wordt van nadeel dat terug te voeren is op primair eigen verboden gedrag van eiser, anderzijds in gevallen waar eiser compensatie wenst voor nadeel voortvloeiend uit handelen van gedaagde waaraan hij zichzelf ook bezondigd heeft. Het te bereiken eindpunt is helder: vergoeding is ongewenst. Ten tweede: een geldelijk waarderingsprobleem, een door de jurisprudentie beproefde methode, is niet altijd als grondgedachte aanwijsbaar: er zijn bijvoorbeeld concrete maatstaven om de door Lexmond of Willems geleden schade vast te stellen. Evenmin is er een gebrek aan een privaatrechtelijk belang. Waarom is het nu zo kwalijk dat een persoon die inbreuk maakt op intellectuele eigendomsrechten schadevergoeding vordert voor gederfde winst doordat hem belet wordt deze inbreuk te continueren? Wat schort er aan de vordering van de kinderpornohandelaar of die van Willems of Nutrivital? De crux zit in de vermeende beschermingswaardigheid van het belang. De zich oneerlijk gedragende concurrent heeft helemaal geen recht - ook nooit

⁵⁶ R.o. 4.11.

gehad - op het voordeel dat hij uit zijn onbehoorlijke gedrag hoopte te trekken. Wordt hem dit voordeel onthouden of ontnomen, dan kan hij bij de rechter geen rechtsherstel krijgen, want van herstel van enig recht door middel van schadevergoeding kan geen sprake zijn. Omdat men geen recht heeft te verdienen aan de handel in kinderporno of op arbeidsloon zonder afdracht van belastingen en premies, kan men zijn verlies ook niet in rechte vergoed krijgen. Dit is ook het kernpunt van de Amerikaanse zaak inzake de huurverlaging na wijziging van het *adults-only* beleid. De rechter maakte deze huurverlaging ongedaan, omdat zij slechts voortvloeide uit subjectieve vooroordelen van de bewoners en discriminatoire, dus onbehoorlijke praktijken. De gedachte is nauw verwant aan de ratio van art. 6:104 BW, dat de rechter toestaat bij gebreke van concrete aanknopingspunten de schadevergoeding te begroten ten bedrage van de winst die de pleger van de onrechtmatige daad ten gevolge van zijn onbehoorlijke gedrag heeft genoten, ook al lijdt de benadeelde geen in rechte aantoonbare schade. Men heeft geen recht op voordeel dat voortvloeit uit eigen onrechtmatig handelen, noch een recht om dat voordeel te ontvangen, noch om het te behouden, noch om het bij verlies vergoed te krijgen.

Een uitspraak van het Hof Den Bosch⁵⁷ geeft deze gedachte voortreffelijk weer: Duco B.V. verkoopt naaimachines door middel van presentaties in shows. Een voormalige medewerker van het bedrijf, Van Bavel, begint een eigen bedrijf dat zich ook toelegt op de verkoop van naaimachines, waarbij hij de demonstraties en het reclamemateriaal van Duco plagieert. Duco besluit Van Bavel een koekje van eigen deeg te geven. Hij doet zich voor als personeelslid van Van Bavel, geeft door dat diens show verschoven is naar een eerdere datum en biedt nieuw reclamemateriaal aan met deze nieuwe datum. Dit nieuwe materiaal was echter ter promotie van zijn eigen show. Als Van Bavel's show vervolgens inderdaad mislukt en hij schadevergoeding wegens oneerlijke concurrentie vordert van Duco, wordt zijn vordering door het Hof goeddeels afgewezen.

Het Hof constateert dat de folders van Van Bavel inderdaad nagenoeg gelijk zijn aan die van Duco. Dit levert ongeoorloofde mededinging en derhalve een onrechtmatige daad op jegens Duco. Desalniettemin rechtvaardigt dit onrechtmatig handelen van Van Bavel naar het oordeel van het Hof niet dat Duco zich op haar beurt schuldig maakt aan

⁵⁷ Hof 's-Hertogenbosch 14 november 1978, *NJ* 1979, 263.

onzorgvuldig handelen⁵⁸ jegens haar concurrent door zich in een valse hoedanigheid te presenteren aan de verspreiders van de folders van Van Bavel om aldus te beletten dat deze het bewuste materiaal verspreiden. Duco heeft zich onrechtmatig gedragen tegenover Van Bavel. Dit brengt echter niet met zich mee dat op Duco de plicht rust alle door haar onrechtmatig gedrag veroorzaakte schade van Van Bavel te vergoeden, aldus het Hof.⁵⁹

“De algemene regel dat de pleger van een onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade lijdt namelijk uitzondering indien die schade is toegebracht aan een niet-rechtmatig belang van de gelaedeerde en deze laatste bij het nastreven van het verwerven van dit belang een norm heeft geschonden strekkende of medestekkende ter bescherming van het rechtmatig belang van de laedent.

⁵⁸ Het Hof signaleert aldus het risico van eigenrichting. In dezelfde zin HR 29 november 1929, *NJ* 1930, 293 (EMM) (Brenninkmeyer/Van Hasselt): “(...) de wanpraestatie van verweerster geen vrijbrief aan eischeres gaf, om zich niet te houden aan de zorgvuldigheid, welke haar in het verkeer ten aanzien van verweerster’s belang betaamt.” Zie ook Lankhorst 1992, p. 91.

⁵⁹ Opvallend is dat een klein deel van Van Bavel’s vordering wel werd toegewezen, nl. de kosten die hij besteed had aan het drukken van een deel van de folders (die identiek waren aan die van Duco) maar die hij niet had kunnen verspreiden omdat Duco deze onrechtmatig bij de verspreiders had laten verwisselen voor die van hemzelf. Omdat de folders van Van Bavel niet verspreid waren en de oneerlijke mededinging van deze zijde zich derhalve niet gerealiseerd had, was er m.b.t. deze 200 euro geen niet-rechtmatig belang, aldus het Hof.

Dit uitzonderingsgeval doet zich i.c. voor, daar de door Van Bavel gestelde kosten (...) bestemd waren om de tegen Duco gerichte ongeoorloofde mededinging te realiseren of daaruit voordeel te trekken, terwijl ook de winstderving [door Van Bavel gevorderd, IH] in deze ongeoorloofde mededinging haar oorzaak vond.”

Opvallend is dat het eigen onbetamelijke gedrag van eiser Van Bavel hier geen invloed heeft gehad op het onrechtmatigheidsoordeel: in afwijking van de lijn Maas/Willems acht de rechter i.c. het gedrag van gedaagde Duco wél onrechtmatig jegens eiser, ook al maakt ook eiser zich schuldig aan oneerlijke concurrentie. Te betwijfelen valt overigens of hier wel sprake is van een *in pari delicto*. Beiden maken zich weliswaar schuldig aan oneerlijke concurrentie, maar Van Bavel in de vorm van plagiaat, Duco in de vorm van het aannemen van een valse hoedanigheid. Nog belangwekkender is dat de rechter de onwenselijkheid van de schadevergoeding baseert op het gegeven dat de schade van Van Bavel bestaat uit kosten en het derven van een voordeel waarvan de herkomst direct terug te voeren is op zijn eigen onrechtmatig gedrag jegens Duco. Met andere woorden: hij vraagt herstel van een onrechtmatig verkregen voordeel. Vergoeding daarvan kan rechtens niet worden toegekend. Deze regel vormt

de uitzondering op de algemene regel dat iemand die een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt gehouden is tot het vergoeden van de daaruit voortvloeiende schade.

Hiermee formuleert het Hof niet alleen de kerngedachte achter de onvergoedbaarheid van schadevergoeding bij schade in niet-rechtmatige belangen, maar het ziet dit ook als een zelfstandige regel. Deze regel biedt de mogelijkheid het gedrag van gedaagde jegens benadeelde eiser onrechtmatig te achten (en aldus mede tegemoet te komen aan het bezwaar van eigenrichting) maar tevens aansprakelijkheid van gedaagde voor schadevergoeding uit te sluiten.

Daarnaast kan deze regel onverkort worden toegepast in de eerste groep gevallen waarin de schade primair voortvloeit uit eigen verboden activiteiten.⁶⁰ Bijkomend voordeel is dat deze regel ook toepasbaar is waar de schade in een niet-rechtmatig belang voortvloeit uit wanprestatie en niet uit onrechtmatige daad.⁶¹

⁶⁰ Rutten reserveert de term 'niet-rechtmatig belang' uitsluitend voor dit type gevallen (zie noot 41). De beweegredenen daarvoor zijn niet vermeld. Ik verkies handhaving van de term voor beide typen gevallen. Ongeacht de bron van de niet-rechtmatigheid van het belang (hetzij primair eigen verboden gedrag, hetzij eenzelfde normschending door beide partijen), is het kernpunt immers dat schadevergoeding voor beide typen ongewenst is, om één en dezelfde reden: niemand mag profiteren van eigen onrechtmatig gedrag.

⁶¹ De overweging dat de grondslag voor niet-vergoedbaarheid van schade in een niet-rechtmatig belang óók toepasbaar moet zijn in gevallen waarin deze schade voortkomt uit wanprestatie was voor Hartkamp een argument om deze grondslag in

Gemengde feitencomplexen

Naast de twee besproken typen van niet-rechtmatige schade is er de categorie gevallen dat iemand tijdens het uitoefenen van een illegale activiteit tevens of uitsluitend schade lijdt die qua aard niet rechtstreeks verband houdt met de ongeoorloofde handeling. Een inbreker struikelt over een rondslingerende hark op het terrein waar hij zich wederrechtelijk bevindt: de zojuist door hem gestolen voorwerpen breken en hijzelf loopt letsel op. Tijdens een nachtelijke rit wordt een smokkelaar het slachtoffer van een verkeersongeval op de openbare weg waarbij zijn voertuig beschadigd wordt, hijzelf gewond raakt en hij aldus geen winst kan realiseren. Hebben inbreker en smokkelaar recht op vergoeding van de door hen geleden schade? Beiden lijden deels schade in een niet-rechtmatig belang: de gebroken voorwerpen respectievelijk de smokkelwinst. De gedachte dat men geen recht heeft op herstel van onrechtmatig verkregen voordeel geldt onverkort voor deze schade.

De andere schadeposten vergen een genuanceerdere benadering. Uitgangspunt is dat men in beginsel niet bedacht hoeft te zijn op het belang van een inbreker dat hij

afwijking van Rutten (Asser/Rutten 4-III 1983, p. 144) niet te baseren op de belangenleer, maar op art. 6.1.9.4 (thans art. 6:98 BW): Asser/Hartkamp 4-III 1986, nr. 112.

ge vrijwaard blijft van schade tijdens zijn ongeoorloofde activiteit op een plek waar hij zich onbevoegd bevindt.⁶² Het feit dat een persoon met ongeoorloofde activiteiten bezig is, betekent echter niet dat hij daarmee al zijn rechten verspeeld heeft: “De omstandigheid dat een benadeelde zich in een ongeoorloofde situatie bevindt mag hem daarom niet meteen rechteloos maken. De onrechtmatige toestand heeft *niet tot gevolg dat alle voordelen bij behoud waarvan de eiser belang heeft, door onrechtmatigheid worden besmet* (...). Aldus zal de smokkelaar een rechtmatig belang blijven behouden in de vrijwaring van zijn fysieke integriteit en het eigendomsrecht van zijn voertuig.”⁶³

[cursivering IH]

⁶² C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 2000, p. 53; A.J.O. Van Wassenaer, Eigen schuld, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971 (hierna: Van Wassenaer 1971), p. 68.

⁶³ Dirix 1998, p. 70. Het betreft een uitspraak van het Hof te Brussel. Het Hof was van oordeel dat de omstandigheid dat de smokkelaar bezig was met ongeoorloofde activiteiten “geen verband met de schade heeft, [en] zonder oorzakelijk verband is met het ongeval.” Ook Rutten, Asser/Rutten 4-III 1983, p. 97, 143, is van mening dat beschadiging aan een smokkelauto vergoed kan worden. Zie de overweging van the Supreme Court van Canada in *Hall v Hebert* (1993) 101 DLR 4th 129, dat er een dogmatisch instrument zou moeten bestaan om schadevergoeding voor niet-rechtmatige belangen af te wijzen, zonder de rechten van eiser die niet gerelateerd zijn aan de onwettige activiteit aan te tasten: “Its use is justified where allowing the plaintiff’s claim would introduce inconsistency into the fabric of law (...) by permitting the plaintiff to profit from an illegal or wrongful act (...). Its use is not justified where the plaintiff’s claim is merely for compensation for personal injuries sustained as a consequence of the negligence of the defendant.” Anders: het reeds besproken arrest *Ashton v Turner*.

De schadevergoedingsvordering die niet gericht is op herstel van onrechtmatig verkregen voordeel betreft geen schade in een niet-rechtmatig belang en hiervoor geldt de bovengenoemde regel dus niet. Daarmee wil niet gezegd zijn dat deze vordering dus per definitie gehonoreerd moeten worden. Men kan zijn twijfels hebben of het letsel van een inbreker opgelopen door het struikelen over een hark of door de beet van een waakhond op het terrein waar hij zich wederrechtelijk bevindt (volledig) vergoed moet worden. Hier kan toepassing van de relativiteitsleer tot aanvaardbare oplossingen leiden. Essentieel verschil met de inbreker is dat de smokkelaar zich niet onbevoegd op de plek bevindt waar hij getroffen wordt door letsel. Sterker nog: de inbreker loopt zijn schade op terwijl hij bezig was een misdrijf te plegen *juist tegen degene* van wie hij schadevergoeding wil vorderen.⁶⁴ Het zich

Zie ook het commentaar van R. Kidner, Casebook on Torts, London 1994, p. 241, bij de bespreking van de Australische zaak *Gala v Preston* (1991) 172 CLR 243, waar een dief het recht op schadevergoeding ontzegd werd voor zijn letsel opgelopen tijdens een ongeluk met de door hem en zijn mededieven gestolen auto, dat veroorzaakt werd door het roekeloze rijgedrag van één van deze *partners in crime*: “Is this too harsh a rule? What connection was there between the theft and the standard of driving?” In dezelfde zin Dirix 1998, p. 71-72: er moet sprake zijn van “un lien entre l’indignité du demandeur et l’action à intenter, lien de nature telle que l’action naîtrait, si elle était recevable, de l’acte immoral lui-même” (citaat ontleend aan G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Parijs 1949, nr. 104). De *turpitude* (onbehoorlijkheid) van eiser moet enige relevantie hebben ten aanzien van wat gevorderd is.⁶⁴ Van Wassenaer 1971, p. 69.

onbevoegd ergens ophouden is een vorm van eigen gedrag dat, zoals eerder besproken, ertoe kan leiden dat de drempel voor onrechtmatigheid hoger is of dat men zelfs niet bedacht hoeft te zijn op het belang van de onbevoegd aanwezige persoon. Zo hoefde de bestuurder van de bestelbus niet bedacht te zijn op het belang van de onopgemerkte verstekeling die gewond raakte in het door de chauffeur veroorzaakte ongeval.⁶⁵ De vorm waarin de onbevoegdheid gegoten wordt, kan verschillen. In het arrest van de verstekeling opteerde de Hoge Raad voor de relativiteitsleer.⁶⁶

Het effect van eigen gedrag kan ook dienst doen in de casus van de bankovervaller die door het roekeloze rijgedrag van zijn medebankovervaller gewond raakt tijdens de ontsnappingspoging.⁶⁷ Ook de gewonde bankovervaller is er immers mee gebaat zo snel mogelijk weg te komen van de locatie van de bankoverval. Nu dat specifieke belang van hem behartigd wordt, mag hij zijn belang omtrent het behoud van zijn fysieke integriteit wat minder scherp stellen ten aanzien van de chauffeur van de

vluchtauto.⁶⁸ De verkeersnorm in beide casus ziet niet op het belang van een bankovervaller of van een verstekeling, waar de norm hen als ‘normale medeinzittende’⁶⁹ wel ten dienste gestaan zou hebben.

Conclusie

Situaties waarin vergoeding gevorderd wordt van schade in niet-rechtmatige belangen zijn te verdelen in twee groepen. De eerste groep bestrijkt de schadegevallen die ‘eenzijdig’ niet-rechtmatig zijn, in die zin dat de eiser compensatie vordert van schade waarvan het niet-rechtmatige

⁶⁵ HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536 (Verstekeling) m.nt. G.

⁶⁶ Ook alternatieven zoals de toerekening naar redelijkheid worden in dergelijke situaties bepleit. Zo lijkt de formulering van het Hof in de verstekeling-zaak (schade is “niet voorzienbaar”) te wijzen op toepassing van de toerekening naar redelijkheid.

⁶⁷ *Ashton v Turner* [1981] QB 137.

⁶⁸ Alternatieven zijn toestemming, risicoaanvaarding of eigen schuld. Een andere benaderingswijze biedt art. 6:179 BW: wanneer een loslopende waakhond een inbreker bijt zal aansprakelijkheid van de bezitter vaak afgewezen worden op grond van de tenzij-formule. Deze houdt in dat wanneer aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW zou hebben ontbroken, indien de bezitter het dier in zijn macht zou hebben gehad, deze ook niet aansprakelijk is op grond van art. 6:179 BW. Wordt de bijtende waakhond door de mens beheerst, dan wordt algemeen aangenomen dat de onrechtmatigheidseis in het kader van het nu toepasselijke art. 6:162 BW, tenietgedaan wordt door de rechtvaardigingsgrond noodweer. De bezitter zou de aangelijnde hond in hebben mogen zetten ter noodzakelijke verdediging van zichzelf. Dit laat onverlet dat nu artikel 6:179 BW naar de vorige afdeling verwijst, waarin ook art. 6:163 BW staat, het mogelijk is om de afwijzing van aansprakelijkheid te baseren op de relativiteit: de dief heeft zich onttrokken aan de bescherming van de norm. Dat relativiteit en rechtvaardigingsgrond verwant zijn, vermeldt ook Onrechtmatige daad (Jansen) art. 6:162 lid 2, aant. 238, ten aanzien van het *in pari delicto*-verweer dat ook wel als een rechtvaardigingsgrond wordt gekwalificeerd. Over de toepasbaarheid van de relativiteit bij risico-aansprakelijkheden zie C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 241 e.v.

⁶⁹ De term is van Lankhorst 1992, p. 104.

karakter primair voortvloeit uit eigen verboden gedrag en niet gerelateerd is aan gedragingen van de wederpartij. Argumenten voor niet-vergoedbaarheid van deze schade zoals het geldelijk waarderingprobleem of de belangenleer hebben hier weliswaar in afzonderlijke gevallen tot een aardige oplossing geleid, maar bieden geen breed toepasbaar bevredigend dogmatisch fundament. De tweede groep omvat de *in pari delicto*-gevallen. Zij kenmerken zich door tweezijdigheid: het niet-rechtmatige karakter van de schade is een gevolg van een *vergelijking* van het gedrag van eiser met dat van gedaagde. Door gelijksoortig onbehoorlijk gedrag verspeelt eiser in zoverre zijn recht op bescherming van art. 6:162 BW. De *in pari delicto*-gedachte als onderdeel van de relativiteitsleer is als doorslaggevende toetssteen voor het toekennen van vergoeding niet bevredigend. Niet alleen geeft deze mogelijk een vrijbrief voor eigenrichting, maar heeft zij als belangrijkste bezwaar dat het gedrag van gedaagde niet onrechtmatig wordt geacht jegens eiser, omdat, nu beiden dezelfde norm overschreden hebben, eiser zich aan de bescherming van de geschonden norm heeft onttrokken. Bij gemengde feitencomplexen leidt het ontplooiën van verboden activiteiten niet alleen tot schade geleden in belangen die zeer nauw aan deze illegale handelingen

verbonden zijn, maar ook in belangen die hier los van staan. Ten aanzien van laatstgenoemde zijn de rechten op schadevergoeding van de benadeelde in beginsel onaangetast. Bij de beoordeling of deze schade uiteindelijk vergoed zal worden, ligt nog steeds een belangrijke rol voor de relativiteitsleer. De vordering ten aanzien van de schade die in rechtstreeks verband staat met de verboden activiteiten betreft echter schade in een niet-rechtmatig belang en is niet vergoedbaar.

In essentie gaat het in al deze vormen van niet-rechtmatige schade om vorderingen voor compensatie voor het verlies van een reeds verkregen of het mislopen van een nog te verwachten voordeel. Dit voordeel is het resultaat van onrechtmatig, in vrijwel alle gevallen, tevens onwettig handelen. De vordering van de eiser is gebaseerd op de aanname dat hij recht zou hebben op dit voordeel en dus aanspraak kan maken op compensatie bij verlies ervan. Maar deze aanname berust op een niet bestaand recht: de eiser heeft rechtens geen beschermingswaardig belang, omdat hij geen recht heeft een dergelijk voordeel te verkrijgen en te behouden noch bij verlies ervan herstel of compensatie te vorderen. Niemand mag profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen.⁷⁰ Dit vormt de

⁷⁰ Zie ook HvJ EG 20 september 2001, *NJ* 2002, 43 (Courage/Crehan), nr. 31: "Overeenkomstig een

werkelijke grondslag voor afwijzing van schadevorderingen inzake niet-rechtmatige belangen. Deze zelfstandige regel, treffend geformuleerd in het arrest inzake Van Bavel en Duco, noopt de rechter niet alleen tot afwijzing van vergoeding voor schade uit illegale activiteiten als smokkel, maar komt ook tegemoet aan de bezwaren die kleven aan de *in pari delicto*-gedachte. In de besproken jurisprudentie ging het vrijwel altijd om verloren *geldelijk* voordeel (uit handel in kinderporno, smokkel, oneerlijke concurrentie of plagiaat) maar de term moet ruim opgevat worden. Hij omvat bijvoorbeeld ook de vermeende genotsaanspraak van de kraker die voor de gekraakte woning een aansluiting op gas, licht en water vordert⁷¹ en betreft ruimer gezegd: ieder vermeend recht op herstel van of compensatie voor het uitblijven van een rechtens ongeoorloofde toestand.⁷²

Deze regel die schadevergoeding als vorm van rechtsherstel onmogelijk maakt, is niet alleen logisch dwingend (omdat geen sprake is van een ‘recht’ dat valt te ‘herstellen’) maar is ook om een beleidsmatige reden onvermijdelijk.

Vergoeding van voordelen die men met onbehoorlijk gedrag hoopte te realiseren

zou niet alleen die voordelen als beschermingswaardig erkennen, maar ook dat onbehoorlijk gedrag belonen. Laat het recht de dader de vruchten plukken van zijn gedrag, dan moedigt het overtreding van de eigen normen aan.

beginsel dat in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten wordt erkend (...) mag een justitiabele niet profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen, wanneer dit is komen vast te staan.”

⁷¹ Zie noot 5.

⁷² Vgl. Hofmann-Drion/Wiersma 1959, p. 137.