

**HET ARREST IZA/VRERINK:
DE HOGE RAAD EN DE BESCHERMING VAN
ONGEMOTORISEERDEN TEGEN DE GEVAREN VAN
HET GEMOTORISEERD VERKEER**

door

T. HARTLIEF(1)

I. Inleiding

1. Een van de meest opmerkelijke ontwikkelingen op het terrein van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de afgelopen decennia betreft de opzet en uitbouw van de bescherming van ongemotoriseerden tegen de gevaren van het gemotoriseerd verkeer. Opmerkelijk is daarbij dat anders dan in enkele van de ons omringende landen het niet de wetgever is die zich over de materie heeft ontfemd, maar de rechter. Van betrekkelijk recente datum zijn de Franse Loi Badinter en art. 29bis van de Belgische WAM. Ook het Nederlandse recht kent een bijzondere wettelijke bepaling, art. 185 Wegenverkeerswet 1994 (hierna WVV), die echter al een behoorlijke geschiedenis heeft: de bepaling heeft voorgangers gehad in art. 25 Motor- en Rijwielwet en in art. 31 van de vorige Wegenverkeerswet(2). Op zich is de gedachte dat ongemotoriseerden extra bescherming verdienen tegen het gemotoriseerd verkeer dus moeilijk nieuw of bijzonder te noemen. Opmerkelijk is echter wel de activiteit die de rechter en dan in het bijzonder de Hoge Raad aan de dag legt sinds het begin van de jaren '90(3). Als hoogtepunt wordt vrij algemeen beschouwd het arrest IZA/Vrerink(4): een arrest waarin de Hoge Raad de zogenaamde 50%-regel in het kader van eigen schuld van de gelaedeerde formuleert en waarvoor in wetgeving, literatuur of rechtspraak geen aanknopingspunten te vinden waren.

(1) Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

(2) Zie voor een vergelijking tussen de Nederlandse en de Belgische ontwikkelingen de preadviezen voor de vereniging „met de lange naam” van respectievelijk T. HARTLIEF en H. BOCKEN en I. GEERS, *T.P.R.* 1996, 1271 e.v.

(3) Al eerder zijn belangrijke stappen gezet, doch de meest opmerkelijke zijn van het laatste decennium. Zie voor een totaaloverzicht in vogelvlucht het NJV-preadvies 1996 van A.T. BOLT en J. SPIER, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Deventer, 1996, 207 e.v.

(4) HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (CJHB).

Ik zou dit staaltje van rechtsvorming door de rechter centraal willen stellen om diverse redenen. In de eerste plaats uiteraard omdat de Hoge Raad een inhoudelijk bijzondere regel heeft geformuleerd, in de tweede plaats omdat de Hoge Raad op dit terrein heeft moeten merken hoe lastig het is als rechter een uitgebalanceerde regeling te formuleren en in de derde plaats omdat de verhouding tot de rechtsvormer bij uitstek, de wetgever, precair is. Loopt de Hoge Raad de wetgever niet voor de voeten? Voor die vraag bestaat zeker aanleiding. In 1989 had de minister van Justitie nu juist de Notitie verkeersaansprakelijkheid het licht doen zien(5), waarin wetgevende activiteit werd aangekondigd, maar niet invoering van een 50%-regel. In 1997 heeft de regering een wetsvoorstel verkeersongevallen ingediend(6), dat echter zo kritisch is ontvangen dat het inmiddels door het huidige kabinet al weer is ingetrokken(7). Ook in dit voorstel kwam de 50%-regel niet voor. Het huidige kabinet heeft echter een nieuw voorstel aangekondigd waarin het nu juist wenst terug te komen op de 50%-regel!

Voordat ik het arrest centraal stel, zal ik eerst kort de contouren van art. 185 Wegenverkeerswet schetsen.

II. Het kader art. 185 Wegenverkeerswet 1994 en art. 6:101 BW

2. Terwijl de meeste verkeersdeelnemers voor vergoeding van hun schade hun heil moeten zoeken in het commune onrechtmatige daadsrecht (art. 6:162 BW), kan de ongemotoriseerde (een voetganger of een fietser) die het slachtoffer wordt van een ongeval waarbij ook een motorrijtuig betrokken is, de eigenaar van het motorrijtuig aanspreken ex art. 185 WVV. Het eerste lid van deze bepaling luidt als volgt:

„1. Indien een motorrijtuig waarmee op de weg wordt gereden, betrokken is bij een verkeersongeval waardoor schade wordt toegebracht aan, niet door dat motorrijtuig vervoerde, personen of zaken, is, behoudens de beperking van het derde lid, de eigenaar van het motorrijtuig of — indien er een houder van het motorrijtuig is — de houder verplicht om die schade te vergoeden, tenzij aannemelijk is dat het ongeval is te wijten aan overmacht, daaronder begrepen het geval dat het is veroorzaakt door iemand, voor wie onderscheidenlijk de eigenaar of de houder niet aansprakelijk is.”

(5) TK 1989-1990, 21 528, nrs. 1-2.

(6) TK 1997-1998, 25 759, nrs. 1-2. Zie voor een eerste commentaar M. FAURE e.a. (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen/Groningen, 1998.

(7) TK 1998-1999, 25 759, nr. 5.

De aansprakelijkheid gaat in de richting van een objectieve aansprakelijkheid. De eigenaar van het motorrijtuig is aansprakelijk, *tenzij* hij overmacht aannemelijk maakt. Eigenlijk levert alleen een fout van het slachtoffer of van een derde overmacht op en dan nog alleen wanneer gezegd kan worden dat de gemotoriseerde rechtens geen enkel verwijt kan worden gemaakt en de aanrijding uitsluitend aan de fout van een ander is toe te schrijven. De rechtspraak stelt daarbij zeer hoge eisen aan het rijgedrag van de gemotoriseerde: hij moet zijn rijgedrag aanpassen aan de specifieke omstandigheden en in vergaande mate rekening houden met mogelijke verkeersfouten van anderen(8).

Omdat overmacht dus niet snel wordt aangenomen, is de gemotoriseerde veelal aansprakelijk. Voor de omvang van zijn aansprakelijkheid is echter van belang of en in hoeverre hij een succesvol beroep kan doen op het eigen schuldverweer van art. 6:101 BW. Het antwoord op deze vraag is in sterke mate bepalend voor de kwaliteit van de bescherming van ongemotoriseerden: voor zover immers met succes een beroep kan worden gedaan op het eigen schuldverweer, blijft de schade van de gelaedeerde onvergoed. In de ook in Nederland gevoerde discussie over een mogelijke herziening van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid(9) is dit altijd als een van de problemen van huidige (beter: het oude) recht gezien: mede door het eigen schuldverweer zou de bescherming van ongemotoriseerden niet optimaal zijn. Tegen deze achtergrond verbaast het wellicht niet dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende arbeid op dit punt is aangevat met een beperking van de betekenis van juist dat eigen schuldverweer.

III. De aanloop naar het arrest IZA/Vrerink: de 100%-regel

3. Het arrest inzake IZA/Vrerink is niet helemaal uit de lucht komen vallen. Kort voor het arrest had de Hoge Raad al een opmerkelijke bescherming van slachtoffers jonger dan 14 jaar in het leven geroepen. Voor deze categorie geldt een regime dat tegenwoordig algemeen, ook door de Hoge Raad, de 100%-regel wordt genoemd. Het regime houdt in dat de gemotoriseerde steeds aansprakelijk is voor de schade van de ongemotoriseerde die de leeftijd van 14 jaar nog niet heeft bereikt

(8) Zie onder meer HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 527 ABP/Winterthur, HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 147 (CJHB) Dijkzma/Klaverblad, HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 209 Wijnings/Klaverblad en HR 17 november 2000, *RvdW* 2000, 234 FBTO/Delta Lloyd.

(9) Zie voor een kort overzicht T. HARTLIEF en R.P.J.L. TJIETES, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 2e druk, Deventer, 1999, hoofdstuk 7.

behoudens het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid aan de zijde van de gelaedeerde. Deze 100%-regel is het resultaat van een tweetal kort na elkaar gewezen arresten. Het begint met het arrest inzake Ingrid Kolkman, een meisje van 13 jaar en 8 maanden oud dat plotseling de weg op fietst en wordt aangereden, waarin het eigen schuldverweer van art. 6:101 BW ingeval van slachtoffers jonger dan 14 jaar behoudens het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid is afgeschaft. Na een jaar volgt dan het arrest inzake Marbeth van Uitregt, een meisje van 10 jaar oud dat ook weer onvoorzichtig de weg op fietst, waarin voor deze categorie slachtoffers zelfs het overmachtverweer wordt afgeschaft⁽¹⁰⁾. Door te oordelen dat dat verwijt, althans het ontbreken van verwijt, aan de zijde van de gemotoriseerde niet langer relevant is, heeft de Hoge Raad eigenlijk een buitenwettelijke risico-aansprakelijkheid jegens slachtoffers jonger dan 14 jaar in het leven geroepen. Deze 100%-regel is derhalve niet alleen een eigen schuld-regel, maar ook een aansprakelijkheidsregel. Vooral in dat laatste aspect zat de verrassing; voor de vergaande beperking van het eigen schuldverweer waren namelijk reeds aanwijzingen in eerdere arresten van de Hoge Raad te vinden⁽¹¹⁾.

De Hoge Raad komt niet zonder argumenten tot de 100%-regel. In zijn motivering in het Kolkmanarrest wijst de Hoge Raad er onder meer op dat kinderen door hun impulsiviteit en onberekenbaarheid aanzienlijk meer gevaar hebben te duchten van het gemotoriseerd verkeer dan volwassenen, dat art. 185 WWV juist de strekking heeft om deze kinderen tegen de extra risico's te beschermen en dat juist voor kinderen de gevolgen van een aanrijding uitzonderlijk ingrijpend zijn. Vervolgens overweegt hij dan in het Van Uitregtarrest dat vanwege de nauwe samenhang tussen het overmachtverweer en het eigen schuldverweer een zelfde inhoudelijk benadering op beide fronten, zowel op het punt van overmacht als van eigen schuld, is aangewezen.

In hetzelfde arrest laat de Raad uitdrukkelijk in het midden of het bijzondere regime ook voor andere slachtoffers dan de kinderen jonger dan 14 zou gelden. Vrij algemeen werd geoordeeld dat de Raad hiermee waarschijnlijk al vast wilde aankondigen dat ook andere bijzonder kwetsbare groepen als bejaarden op een bijzondere behandeling konden rekenen.

(10) Resp. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 (CJHB) en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721 (CJHB).

(11) Zie het bekende HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 685 (GJS) Ebele Dillema I en HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 778 (CJHB) Lars Ruröde.

IV. Het arrest IZA/Vrerink: een bijzonder regime voor bejaarden?

4. Het is precies in deze sleutel dat de procedure IZA/Vrerink althans in cassatie staat. Centraal staat een ongeval waarbij de 67-jarige voetganger Van Duiven, op kerstavond 24 december 1984 bij het oversteken van een voorrangsweg op een oversteekplaats voor voetgangers werd aangereden door een door Vrerink bestuurde auto. In feitelijke instanties was de bijdrage van Vrerink op 20% bepaald. In cassatie wordt deze schuldverdeling aangevallen. De in de rechten van Van Duiven gesubrogeerde verzekeraar IZA betoogt dat het Hof heeft miskend dat bij *bejaarde* verkeersdeelnemers, die bijzonder kwetsbaar zouden zijn en meer gevaar zouden hebben te duchten van gemotoriseerd verkeer dan andere volwassen verkeersdeelnemers, de billijkheid in beginsel eist dat de schade geheel of in overwegende mate ten laste komt van de gemotoriseerde verkeersdeelnemer. De Hoge Raad wil er echter niet van weten:

„De in r.o. 5.3 van het arrest van 1 juni 1990 gebruikte argumentatie (waarop ook de beslissing van 31 mei 1991 berust TH) geldt evenwel niet op het terrein van aan het verkeer deelnemende bejaarden. In de eerste plaats zijn de daar gebezigde argumenten voor de groep van bejaarden hoe men deze groep ook omlijnt, voor een belangrijk deel op zichzelf reeds minder sprekend. In de tweede plaats biedt de wet hier, anders dan bij kinderen, geen aanknopingspunt voor een vaste leeftijdsgrens, die aan een bepaalde vaste regel ten grondslag zou kunnen worden gelegd. In de derde plaats laat deze groep zich ook op andere wijze niet goed afgrenzen, nu bejaarde verkeersdeelnemers aanzienlijk minder dan kinderen een eenheid vormen ter zake van de eigenschappen die voor een veilige deelneming aan het verkeer vereist zijn, terwijl zij voorts voor andere verkeersdeelnemers in de regel op enige afstand nauwelijks als zodanig herkenbaar zijn.”

V. Het arrest IZA/Vrerink: een bijzonder regime voor „volwassenen”

5. Het interessante is dat de Raad het niet bij de afwijzende beslissing ten aanzien van „bejaarden” laat. Hij acht namelijk de rechtsontwikkeling die in de arresten inzake Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt tot uitdrukking komt van belang voor volwassen voetgangers

en fietsers in het algemeen. Stellende dat de regels uit deze arresten berusten op de strekking van art. 31 WWV (oud) voetgangers en fietsers zoveel mogelijk te beschermen overweegt hij:

„Die strekking is eveneens van belang als het gaat om de schade van een volwassen fietser of voetganger, waarbij opmerking verdient dat ook deze verkeersdeelnemers kwetsbaar zijn, dat ook hun schade ingrijpend kan zijn en dat ook daarvoor een verplichting van het gemotoriseerde verkeer tot verzekering bestaat.”

Dat de Hoge Raad spreekt van „volwassen” heeft ongetwijfeld met de leeftijd van mevrouw Van Duiven te maken. Dat de genoemde strekking echter geen betekenis zou hebben voor de categorie van 14 tot 18 jaar lag echter niet voor de hand. Het arrest IZA/Vrerink werd daarom — naar later bleek terecht — uitgelegd als een arrest dat betrekking heeft op de categorie van 14 jaar en ouder.

De kern van het arrest zit in de formulering van de volgende regel, later ook door de Hoge Raad(12) 50%-regel genoemd:

„Wanneer de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel krachtens art. 31 WWV aansprakelijk is, omdat hij niet overmacht aannemelijk heeft gemaakt, doch er wel een fout van de fietser of voetganger is, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar.”

Dit betekent dat de eigenaar — behoudens overmacht — in ieder geval voor de helft van de schade van de fietser of de voetganger aansprakelijk is, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. Ten aanzien van de andere helft:

„... is in beginsel beslissend in hoeverre de — foutieve — gedragingen van de eigenaar en de fietser of voetganger tot de schade hebben bijgedragen.”

Vrijwel algemeen was de uitleg dat deze 50%-regel een „50 plus”-regel inhield. Wanneer de causale bijdragen van gemotoriseerde en ongemotoriseerde zich verhouden als 2:3 houdt dit in dat de ongemotoriseerde door de 50%-regel 70% (zijnde 50% plus 20%) vergoed krijgt, zodat 30% van de schade voor zijn eigen rekening blijft. In deze uitleg wordt de causale verdeling betrokken op de „andere” helft van de schade.

(12) Zie bijvoorbeeld HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700.

VI. Het arrest Anja Kellenaers: authentieke interpretatie

6. Deze uitleg is onjuist, zo leert het arrest inzake Anja Kellenaers⁽¹³⁾. Anja Kellenaers heeft de leeftijd van 14 jaar reeds bereikt op het moment dat zij het slachtoffer wordt van een ongeval. Gezien haar leeftijd is op haar situatie niet de regel van het arrest Ingrid Kolkman — eigen schuld alleen bij opzet of daaraan grenzende roekeloosheid — van toepassing. Desondanks heeft het Hof overwogen dat de verkeerde gedragingen van Anja niet tot enige vermindering van de schadevergoedingsplicht van automobilist Sikes kunnen leiden nu hier niet gesproken kan worden van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid, waarmee het Hof wel degelijk de regel van het arrest Ingrid Kolkman lijkt te hebben toegepast. De klacht tegen dit oordeel is volgens de Hoge Raad terecht voorgesteld:

„Uit de formulering van de overweging waarin het Hof nagaat of in het onderwerpelijke geval plaats is voor enige vermindering van de schadevergoedingsplicht van Sikes in verband met de door deze ingeroepen eigen schuld van Anja aan het ongeval, blijkt dat het Hof heeft gemeend dat in de omstandigheden van het geval aanleiding bestond dienaangaande de regel toe te passen, welke in de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard voor aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een niet door dat motorrijtuig vervoerd kind dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt (HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721). Uit de motivering voor en de formulering van deze regel blijkt evenwel dat het daarbij gaat om een *vaste regel* (Vgl. ook HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566). Met dit karakter strookt niet deze regel, zoals het Hof heeft gedaan, ook toe te passen in het geval dat het betrokken kind de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, maar zich qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidt van een kind beneden de leeftijd van veertien jaar.”

Het venijn zit in het vervolg:

„Het voorgaande betekent echter niet dat aan 's Hof's vaststelling dat Anja zich destijds qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidde van klasgenootjes die de leeftijd van veertien jaren nog net niet hadden bereikt, in dit geding geen betekenis zou toekomen. Na verwijzing zal immers opnieuw moeten worden beoordeeld of en in hoeverre in dit geval plaats is voor vermindering van de vergoedingsplicht van Sikes in verband met de door hem ingeroepen eigen schuld van Anja aan het ongeval. Volgens HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 zal daarbij op

(13) HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236 (CJHB).

grond van de in art. 6:101 lid 1 BW bedoelde billijkheid *ten minste* 50% van de schade ten laste van Sikes moeten worden gebracht. In gevolge dat arrest — *zoals dit moet worden verstaan* (cursivering van mij TH) — zal vervolgens nog moeten worden nagegaan of wellicht naar de maatstaven van die bepaling *meer* dan 50% van de schade ten laste van Sikes moet worden gebracht, hetzij omdat zijn gedragingen in verhouding tot die van Anja voor meer dan 50% tot de schade hebben bijgedragen — wat in de vaststaande omstandigheden weinig voor de hand ligt —, hetzij omdat de in art. 6:101 lid 1 bedoelde billijkheid, in het licht van alle omstandigheden van het geval, een zodanige verdeling eist dan wel eist dat de schade geheel ten laste van Sikes komt. Bij deze billijkheidsafweging dient ook te worden gelet op de voormelde door het Hof vastgestelde omstandigheid betreffende de ontwikkeling van Anja.”

Het gaat uiteraard om de passage waarin de Hoge Raad aangeeft op welke wijze de 50%-regel (wel had) moet(en) worden toegepast. De causale verdeling dient niet op de andere helft, maar op de totale schade te worden betrokken. De Hoge Raad gaat uit van een vergoedingsplicht van de gemotoriseerde van in ieder geval 50% op basis van de billijkheid. Een hogere vergoedingsplicht kan worden gebaseerd op: (1) de causale verdeling; of (2) de billijkheid. Wanneer de causale bijdragen van gemotoriseerde en ongemotoriseerde zich verhouden als 2:3 houdt dit in dat de ongemotoriseerde door de 50%-regel 50% vergoed zou krijgen. Voor meer geeft de causale verdeling immers geen aanleiding. Vergeleken met de „50 plus”-benadering scheelt dat 20% vergoeding. Dat hiermee een aanzienlijk financieel belang in het geding kan zijn behoeft geen verdere uitleg.

VII. Het arrest IZA/Vrerink: één grote overweging ten overvloede

7. Wat verder van de juiste uitleg zij: het arrest IZA/Vrerink sloeg in als een bom: behalve de vakbladen haalde het ook de 'gewone' media. De commentaren waren in de regel kritisch; kritisch waar het de regel als zodanig betreft (waarom 50%?, waar komt dat percentage vandaan?), kritisch waar het de rechtsvorming door de rechter betreft (is dit niet veeleer iets dat tot het terrein van de wetgever behoort?, loopt de Hoge Raad de wetgever niet voor de voeten met deze beslissing?) en kritisch waar het de consequenties van de regel betreft (verdienen ongemotoriseerden werkelijk ten laste van het gemotoriseerd verkeer een zo vergaande bescherming tegen eigen onvoorzichtigheid?).

De Hoge Raad heeft hier echter geen halt gehouden. Behalve een tweedeling in slachtoffers aan de hand van de leeftijd (tot 14 jaar en 14 jaar en ouder), heeft hij nog een tweedeling geïntroduceerd. Het betreft hier een tweedeling tussen de (vordering van) direct gelaedeerden en (die van) zogenaamde regresnemers: (sociale en particuliere) verzekeraars en (andere) uitkeringsinstanties die een deel van de schade van de gelaedeerde(n) hebben vergoed en vervolgens regres kunnen nemen (krachtens subrogatie of op grond van een zelfstandig wettelijk regresrecht). Die laatste categorie die volgens de normale regels een beroep zou kunnen doen op hetzelfde regime als de gelaedeerden kan echter niet profiteren van de 100%- en 50%-regel.

Aanvankelijk had de Hoge Raad dit in het arrest inzake Ingrid Kolkman nog uitdrukkelijk in het midden gelaten. Of ook een regresnemer van de 100%-regel zou profiteren, liet de Hoge Raad uitdrukkelijk open, doch in IZA/Vrerink hakt hij de knoop door: regresnemers profiteren niet van de 50%-regel. Wonderlijk genoeg is daarmee de kern van het arrest, de formulering van de 50%-regel, een *obiter dictum* gebleken. Nadat de Hoge Raad namelijk de 50%-regel formuleert, wijst hij er op dat *in casu* niet het slachtoffer zelf (mevrouw Van Duiven), maar de gesubrogeerde verzekeraar IZA de vordering heeft ingesteld:

„Dat brengt mee dat het hiervoor in 3.7 overwogene toepassing mist. De daar omschreven afweging berust immers op de billijkheid in de verhouding van de tegen aansprakelijkheid verzekerde of verzekeringsplichtige deelnemer aan het gemotoriseerde verkeer ten opzichte van de fietser of voetganger die slachtoffer van dat verkeer werd en die anders de schade grotendeels persoonlijk zou moeten dragen. Dat billijkheidsargument verliest evenwel zijn gewicht in geval de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid.”

In een (aantal) later(e) arrest(en) is dezelfde beslissing voor de 100%-regel gegeven(14). In zijn arresten van 5 december 1997 geeft de Hoge Raad uiteindelijk de volgende argumentatie(15):

„Zoals ook in de arresten van 2 juni 1995 tot uitgangspunt is genomen, heeft de Hoge Raad met het oog op de in het gemotoriseerde verkeer vereiste bescherming van fietsers en voetgangers beneden de leeftijd van veertien jaar — kort gezegd — de daar bedoelde 100%-regel

(14) HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700-702 (CJHB).

(15) HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400-402 (JH).

aanvaard en voor volwassen fietsers en voetgangers de daar bedoelde 50%-regel. Deze regels komen erop neer dat voor de aansprakelijkheid voor schade door ongevallen waarbij een motorrijtuig is betrokken, op grondslag van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 een standaardisering ter zake van deze beide groepen van verkeersslachtoffers is aanvaard. Daarbij verdient aantekening dat bij de toepassing van deze billijkheidsmaatstaf, zoals art. 3:12 BW het uitdrukt, rekening moet worden gehouden met de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn.”

De Hoge Raad geeft vervolgens aan welke belangen bij de totstandkoming van de 100%- en 50%-regel een rol gespeeld hebben:

„De voormelde standaardisering is ingegeven door — kort gezegd — het grote gewicht van het persoonlijke belang van ieder van deze verkeersslachtoffers zelf en van het maatschappelijk belang van een behoorlijke bescherming van deze groepen van verkeersslachtoffers in het algemeen in vergelijking met de belangen aan de zijde van het motorrijtuig. Daarbij komt dat het slachtoffer zelf bij uitstek behoefte heeft aan een aansprakelijkheid die eenvoudig en dus snel is vast te stellen. Standaardisering komt ook aan die behoefte tegemoet.”

Deze belangen zijn in casu niet in het geding:

„Bij regresvorderingen van verzekeraars is evenwel voor een standaardisering als die van voormelde rechtspraakregels geen plaats. Voor wat betreft het bedrag waarvoor regres genomen wordt, heeft het slachtoffer zijn schade vergoed gekregen. Er is hier derhalve geen reden om, in verband met persoonlijke belangen van het slachtoffer en het maatschappelijk belang van een goede slachtofferbescherming, aan de omstandigheden aan de zijde van het kind het zeer zware gewicht toe te kennen dat tot de 100%-regel heeft geleid, onderscheidenlijk aan de omstandigheden aan de zijde van het volwassen, niet-gemotoriseerde verkeersslachtoffer het zware gewicht dat tot de 50%-regel heeft geleid.”

De Hoge Raad gaat vervolgens in op de specifieke verhouding tussen de bij regres betrokken partijen:

„Ook is hier aan een zodanige standaardisering minder behoefte. In gevallen als het onderhavige staan doorgaans, zoals ook hier, twee verzekeraars tegenover elkaar, zulks in verband met de wettelijke verplichting aan de zijde van het motorrijtuig om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, door verzekering te dekken. Verzekeraars moeten in beginsel in staat worden geacht om zelf door collectief overleg tot de door hen nodig geachte mate van standaardisering te komen.”

Naar het oordeel van de Hoge Raad bestaat daarom onvoldoende reden om voor regresvorderingen nader vorm te geven aan de toepassing van de maatstaven van art. 6:101 lid 1 BW door bijzondere in de rechtspraak te ontwikkelen regels.

Hoewel de argumentatie best indruk maakt, moet ook hier worden vastgesteld dat de Hoge Raad een buitenwettelijk onderscheid maakt. Weliswaar is een onderscheid tussen regresnemers en gelaedeerden niet helemaal onbekend, zo verwijst de Hoge Raad naar art. 6:197 BW, doch deze bepaling is niet van toepassing en maakt een onderscheid in een geheel ander kader, namelijk dat van de toepassing van risicoaansprakelijkheden (bijvoorbeeld voor gebrekkige zaken en producten) uit Boek 6 BW.

Welk regime overigens wel geldt voor regresnemers is lange tijd onduidelijk gebleven (zie nog hierna): uiteindelijk heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat in beginsel het „normale” basisregime geldt. Dat betekent art. 185 WWV inclusief het overmachtverweer en art. 6:101 BW zonder toepassing van de 100%- en 50%-regel(16).

VIII. Voorlopige balans

8. Als we de balans opmaken heeft de Hoge Raad niet alleen een onderscheid tussen slachtoffers gemaakt al naar gelang de leeftijd doch ook een onderscheid tussen slachtoffers en regresnemers. Dat laatste onderscheid, het is zojuist aan de orde geweest, is moeilijk op de wet terug te voeren. Hetzelfde geldt echter voor het andere onderscheid.

Voor de categorie slachtoffers jonger dan 14 jaar heeft de Hoge Raad een buitenwettelijke risicoaansprakelijkheid in het leven geroepen. Voor de oudere slachtoffers wil de Hoge Raad echter niet zo ver gaan. Voor die categorie is het overmachtverweer van art. 185 WWV gehandhaafd gebleven(17), zodat art. 185 WWV voor zover het de vestiging van aansprakelijkheid betreft, intact is gebleven. Op het punt van het eigen schuldverweer heeft de Hoge Raad echter met de 50%-regel een wel heel opmerkelijke beslissing genomen, waarvoor afgezien van de zogenaamde billijkheidscorrectie in art. 6:101 BW —

(16) Zie in dit kader HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700-702 (CJHB), HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400-402 (JH) en HR 17 november 2000, *RvdW* 2000, 234 FBTO/Delta Lloyd.

(17) HR 20 november 1992, *NJ* 1993, 137 Hoogwerkersbakje. Zie ook HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 209 Wijnings/Klaverblad.

opnieuw — geen wettelijk aanknopingspunt te vinden is. Het getal 50 is ergens op te baseren.

Dat de Hoge Raad derhalve een behoorlijke mate van creativiteit en vrijheid ten opzichte van (tekst en systeem van) de wet aan de dag heeft gelegd, is duidelijk. Het verbaast dan ook niet dat de bevoegdheid van de rechter op dit punt althans zijn taken in verhouding tot die van de wetgever ter discussie zijn gesteld.

IX. Rechtsvorming door de Hoge Raad. Een zegen?

9. Het is onbetwist dat de civiele rechter en dan in het bijzonder de Hoge Raad een rechtsvormende taak heeft. Even duidelijk is dat deze rechtsvormende taak van de rechter en daarmee diens bevoegdheid begrensd is. De Hoge Raad geeft dat zelf vaak ook aan, maar vindt op dit punt kennelijk dat hij nog binnen de marges blijft. Enkele vraagtekens kunnen echter worden geplaatst: was het bijvoorbeeld juist ook gelet op de kort voor het arrest Ingrid Kolkman verschenen Notitie verkeersaansprakelijkheid wel aangewezen deze materie naar zich toe te trekken? Men hoort wel de stelling dat de Raad zou vinden dat regelgeving te lang uitbleef. Veelal is daarvoor echter een alleszins gerechtvaardigde reden althans in ieder geval vanuit het perspectief van de regelgevers. Moeten zij hieromtrent inderdaad niet het laatste woord hebben? Verder kan men ook vraagtekens plaatsen bij de door de Hoge Raad ingeslagen weg: met zijn beslissingen zou hij de wetgever voor de voeten kunnen lopen in die zin dat deze wellicht moeilijk kan terugdraaien wat de Hoge Raad betrekkelijk recent in het belang van ongemotoriseerden als kennelijk wenselijk regime heeft afgekondigd.

In ieder geval moet worden vastgesteld dat juist ook op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid is gebleken dat de wetgever beter in staat is tot regelgeving dan de Hoge Raad. De wetgever kan langer nadenken, kan zich (beter) laten voorlichten en is beter in staat algemene vragen te beantwoorden. Voor de rechter is het moeilijk in het bestek van een procedure alles te overzien en te voorzien. Hij krijgt bovendien niet altijd binnen korte tijd de gelegenheid zich over bepaalde onduidelijkheden in zijn eerdere arresten uit te laten.

Zo is de bescherming van ongemotoriseerden in de rechtspraak met horten en stoten tot stand gekomen. Met enige regelmaat voegt de Hoge Raad weer een nieuw element toe of verduidelijkt hij een eerdere beslissing. Voor de wetenschap is dit wellicht mooi, voor de

rechtspraak ligt dit echter duidelijk anders. Opmerkelijk is uiteraard de authentieke interpretatie van de 50%-regel die afwijkt van de tot dan toe gangbare. Even lastig voor de praktijk is bijvoorbeeld de langdurige onduidelijkheid over de positie van regresnemers. Weliswaar werd al vrij snel duidelijk dat zij niet van de 100%- en de 50%-regel profiteren, maar welk regime wel geldt is pas goed duidelijk sinds de arresten van 5 december 1997(18). En dan nog: kort geleden is weer een tweetal belangrijke arresten aan dit thema gewijd(19).

Verder is nog steeds niet duidelijk hoe de rechtspraak uit de jaren '90 zich verhoudt tot het oudere arrest inzake Saskia Mulder op het punt van de reflexwerking van art. 185 WWV (een deel van de schade van de gemotoriseerde die een ongemotoriseerde uit onrechtmatige daad aanspreekt blijft wegens overeenkomstige toepassing van art. 185 WWV voor diens eigen rekening). Of ook de 100%- en de 50%-regel van overeenkomstige toepassing zijn in geval van een vordering van een gemotoriseerde kan bij gebreke van een beslissing van de Hoge Raad niet met zekerheid worden gezegd. Het gevolg is dat men op dit punt sterk verschillende benaderingen zowel in de lagere rechtspraak als in de doctrine aantreft.

Aan de duidelijkheid draagt tenslotte ook niet bij de techniek van de Hoge Raad om in *obiter dicta* bepaalde kwesties in het midden te laten. Zowel in Ingrid Kolkman als in Marbeth van Uitregt komt bijvoorbeeld zo'n overweging ten overvloede voor. In kringen van de Hoge Raad wordt wel gesteld dat de gedachte is dat men er ten tijde van de overweging nog niet uit is en hoopt dat anderen (in praktijk en wetenschap) vervolgens munitie aanreiken voor een (definitieve) beslissing van het punt. De Hoge Raad vestigt zo wel de aandacht op een bepaalde kwestie, maar omdat er geen duidelijke richting wordt aangegeven, is het voor de rechtspraak ook lastig om er iets mee te doen. Het gevaar is daarbij — zie bijvoorbeeld de gedachte dat voor bejaarden ook een 100%-regel zou gelden — dat de praktijk een verkeerde weg inslaat en vervolgens moet worden gecorrigeerd.

Ik heb de opzet en uitbouw van de bescherming van ongemotoriseerden tegen de gevaren van het gemotoriseerd verkeer in de rechtspraak in mijn inleiding eigenlijk als hoogtepunt op het terrein van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de afgelopen decennia gepresenteerd. Uiteindelijk heb ik gemengde gevoelens; of men immers gelet op de in deze paragraaf genoemde bezwaren blij

(18) HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400-402 (JH).

(19) HR 10 november 2000, *RvdW* 2000, 225 Levob en HR 17 november 2000, *RvdW* 2000, 234 FBTO/Delta Lloyd.

moet zijn met dit staaltje van rechtsvorming door de Hoge Raad mag worden betwijfeld.

X. De wetgever is aan zet. Of toch niet?

10. Het laatste woord is uiteraard aan de wetgever. En die is inderdaad in beweging gekomen. In 1997 namelijk heeft minister Sorgdrager het wetsvoorstel verkeersongevallen ingediend dat uitging van risico-aansprakelijkheid van het gemotoriseerd verkeer jegens de ongemotoriseerde ongeacht diens leeftijd (art. 8:1203). Deze risico-aansprakelijkheid zou slechts vervallen bij opzet of bewuste roekeloosheid bij de gelaedeerde: het nu nog bekende overmachtverweer zou komen te vervallen en ook aan toepassing van art. 6:101 BW (vermindering van de vergoedingsplicht wegens eigen schuld) zou men niet toekomen. Slechts opzet of bewuste roekeloosheid zou in aanmerking worden genomen, doch dan ook leiden tot verval van de vergoedingsplicht. Het zou een alles-of-niets-systeem zijn. Het voorstel gaat daarmee eigenlijk uit van een 100%-regel ongeacht de leeftijd en gaat daarmee verder dan de Hoge Raad waar het de categorie van 14 jaar en ouder betreft.

Juist omdat slachtoffers in zeer veel gevallen volledige vergoeding zouden ontvangen, ongeacht het gedrag van de gemotoriseerde en ongeacht eventuele eigen schuld aan de zijde van de gelaedeerde, heeft het wetsvoorstel in de media en in de vakpers nogal wat kritiek ge oogst.

Het volgende kabinet heeft het voorstel inmiddels ingetrokken. In een brief aan de Tweede Kamer⁽²⁰⁾ heeft minister Korthals een nieuw voorstel aangekondigd dat, voor de belangrijkste bepalingen althans, op een enkel woord na identiek is aan het oorspronkelijke voorstel. Het gaat hier (vooral) om het schrappen van het woordje „bewuste” dat in het wetsvoorstel van Sorgdrager zo’n belangrijke plaats inneemt. De gemotoriseerde is in dit voorstel jegens de ongemotoriseerde aansprakelijk behoudens opzet of bewuste roekeloosheid (art. 8:1203). In dat geval vervalt de aansprakelijkheid. Korthals wil de aansprakelijkheid reeds laten vervallen in geval van roekeloosheid, bewust of onbewust. Daarmee geeft Korthals niet alleen te kennen dat hij het ook in de media en in de rechtsgeleerde literatuur zwaar bekritiseerde voorstel van Sorgdrager te ver vindt gaan, maar tevens

(20) *Kamerstukken II 1998-1999, 25 759, nr. 5.*

dat hetzelfde geldt voor het huidige recht en dan in het bijzonder de 50%-regel. Diegenen die zich schuldig maken aan roekeloos verkeersgedrag hebben wat Korthals betreft nergens recht op, terwijl in het huidige recht als gevolg van de 50%-regel veelal nog de helft van de schade wordt vergoed.

Vooralsnog wordt er echter niet enthousiast gereageerd op het voorstel van Korthals; de indruk is onder meer dat de uitzondering roekeloosheid ook in Korthals' systeem nauwelijks zal worden aangenomen, zodat zijn voorstel *de facto* op invoering van het voorstel Sorgdrager zou neerkomen. Het is dan ook de vraag of het voorstel van Korthals verdere uitwerking krijgt. Inmiddels is er reeds dermate lang niets van het justitiefrent vernomen dat er rekening mee moet worden gehouden dat alles bij het „oude” blijft en daarmee dat de 50%-regel buiten schot blijft. De aanhalingstekens bij het woordje oude staan er niet voor niets. Ook wanneer het huidige systeem gehandhaafd blijft, kan moeilijk van een rustig bezit worden gesproken, gegeven immers dat de Hoge Raad uiteindelijk het laatste woord heeft bij de toepassing en uitleg ervan(21)!

(21) De Hoge Raad gaat dan ook gewoon door. In HR 14 juli 2000, *RvdW* 2000, 177 Geertsema/De Niet en HTM heeft hij de 50%-regel toegepast op ongevallen met trams, hoewel trams geen motorrijtuigen zijn in de zin van de *WVW*. Nieuwe vragen dienen zich meteen aan: is bij jonge slachtoffers bijvoorbeeld de 100%-regel van toepassing?