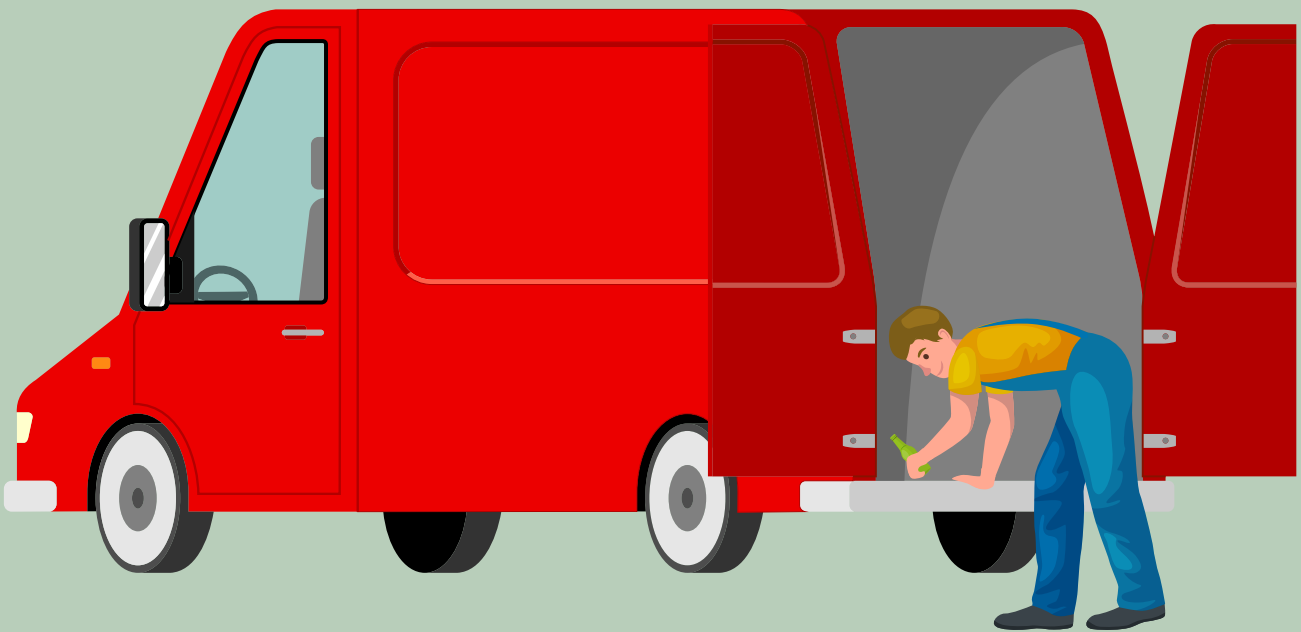


Prof. mr. A.J. Verheij *

1



* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht, Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht. Deze bijdrage is eerder gepubliceerd in W. Burgerhart e.a. (red.), 'Met grootste passen door het recht' (liber amicorum Leon Verstappen), Deventer: Wolters Kluwer 2024. Dit artikel bevat ten opzichte van die publicatie enkele kleine, niet inhoudelijke wijzigingen.

1. Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/83, 237 en 278; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, nr. 233-2; S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 64; P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boomjuridisch 2016, p. 57 noot 95; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 10; D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 479 en 544; W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie. Of de belofte van de norm* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 98. Annotatoren onderschreven de uitkomst van de procedure eveneens, zie G.E. van Maanen, *Kwartaalbericht Nieuw BW nr. 2*, p. 77 en J.H. Nieuwenhuis, 'De verstekeling', *AA* 34 (1984) 2, p. 88-93.

Inleiding

In deze bijdrage staat centraal het bekende Verstekeling-arrest (HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536, m.nt. W.C.L. van der Grinten). Daarin oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat een bestuurder die een verkeersfout maakt waardoor zijn auto over de kop slaat, niet aansprakelijk is jegens een meerijdende verstekeling aangezien de bestuurder niet op diens aanwezigheid bedacht hoefde te zijn. Dit arrest staat tot op de dag van vandaag zonder veel commentaar in de handboeken.¹⁾

In deze bijdrage wordt verdedigd dat de uitspraak in *Verstekeling* inhoudelijk aanvechtbaar is en dat het bovendien valt te betwijfelen of zij nog geldend recht is in het licht van in 2022 gewezen shockschade arrest.²⁾

revisited

Het Verstekeling-arrest (Bedrijfsvereniging/Van den Akker)

Van den Akker rijdt omstreeks 2 uur 's nachts met zijn bestelauto naar een volgende kroeg. Buiten zijn medeweten hebben zich in de laadruimte twee personen verstoppt: Jansen en Kremers. De laadruimte is met een schot, waarin slechts een klein raampje zit, gescheiden van de bestuurder en is niet van enige passagiersaccommodatie voorzien. De verstekelingen hebben geen enkel houvast in de laadruimte. Het lijkt erop dat beide verstekelingen mee wilden naar de volgende kroeg. Zij hadden daartoe een afspraak gemaakt met twee andere mannen³⁾, maar hadden dit niet medegedeeld aan Van den Akker. Verder is nog van belang dat de bestelauto niet was afgesloten zodat Jansen en Kremers gemakkelijk in de laadruimte konden plaatsnemen. Van den Akker maakt een verkeersfout waardoor de bestelauto in een scherpe bocht tegen een links van de weg staand schrikhek botst, over de kop slaat om tot stilstand te komen tegen een boom. Jansen wordt hierbij uit de auto geslingerd en loopt zwaar fysiek letsel op. De Bedrijfsvereniging tracht in de daaropvolgende procedure de door haar aan Jansen gedane uitkeringen te verhalen op Van den Akker. Deze vordering wordt in drie instanties afgewezen. Het Hof wijst de vordering af wegens gebrek aan relativiteit. Van den Akker wist namelijk volgens het Hof niet dat Jansen aanwezig was, zodat het lichamelijke letsel van Jansen voor hem niet voorzienbaar was. De Hoge Raad is het hiermee (conform de conclusie van A-G Ten Kate) eens, zij het dat de Raad niet het woord 'voorzienbaar' bezigt, maar overweegt dat Van den Akker:

"(...) niet bedacht hoefde te zijn op de aanwezigheid van mensen in de laadruimte van zijn auto, en in zijn verkeersgedrag dus ook niet met eventueel daaraan verbonden gevaren voor het welzijn van deze mensen rekening behoefde te houden. (...) hieruit [heeft] het Hof terecht de conclusie getrokken dat het onjuiste verkeersgedrag van Van den Akker tegenover Jansen geen onrechtmatige daad opleverde."

Alles draait dus om de vraag of Van den Akker bedacht moest zijn op de aanwezigheid van verstekeling Jansen en daarmee om de vraag wat Van den Akker moest voorzien.⁴⁾

Analyse

De beslissing in *Verstekeling* heeft ontegenzeggelijk een zekere intuïtieve logica en dat verklaart misschien dat de Hoge Raad geen inhoudelijk argument geeft ter afwijzing van aansprakelijkheid. Tegen het criterium van 'bedacht zijn op' valt echter het nodige in te brengen. Stel dat een 8-jarig, verstopperij spelend kind in de laadruimte van de bestelauto was gaan zitten; was dan de aansprakelijkheid van Van den Akker ook afgewezen met het argument dat deze niet bedacht had hoeven te zijn op de aanwezigheid van een kind? Ik vermoed van niet, omdat een spelend kind van 8 jaar geen verwijt valt te maken van het plaatsnemen in de laadruimte en het een kleine moeite was geweest voor Van den Akker om zijn bestelauto af te sluiten. Dit doet echter vermoeden dat het rechterlijk oordeel in *Verstekeling* niet zozeer hing op het feit dat de bestuurder niet bedacht hoefde te zijn op aanwezigheid van de verstekeling, maar was gebaseerd op het verwijt dat aan de verstekeling viel te maken.

In de tweede plaats is het criterium 'bedacht zijn op' te smal. In wezen komt dit neer op subjectieve voorzienbaarheid. Gebrek daaraan staat echter niet in de weg aan aansprakelijkheid wanneer sprake is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm met letsel tot gevolg. Dat blijkt uit het eerder gewezen arrest *Aangereden hartpatiënt*.⁵⁾ Dat arrest betrof een toepassing van de leer van de toerekening naar redelijkheid, terwijl de Hoge Raad in *Verstekeling* het relativiteitsvereiste toepaste. Het punt is echter dat de in *Verstekeling* voorliggende vraag ook viel te 'framen' in termen van (thans) art. 6:98 BW: valt de schade van de verstekeling veroorzaakt door de onrechtmatige verkeersfout nog in redelijkheid aan de bestuurder toe te rekenen? Bij toepassing van art. 6:98 BW speelt de voorzienbaarheid een rol, maar daarnaast leggen ook de aard van de geschonden norm, de aard van de schade en het aan de veroorzaker van de schade te maken verwijt gewicht in de schaal.⁶⁾ Deze gezichtspunten wijzen alle drie in de richting van toerekening en daarmee aansprakelijkheid. Het is uiteraard onbevredigend indien aansprakelijkheid zou variëren al naar gelang het gehanteerde leerstuk. Dogmatiek is bedoeld om te zorgen dat de juiste vragen

Moest de bestuurder bedacht zijn op de aanwezigheid van een verstekeling?

- HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, JA 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*flatgebouw*).
- Zie conclusie A-G T. ten Kate 27 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AG4748, onder nummer 10.
- J.H. Nieuwenhuis, 'De verstekeling', AA 34 (1984) 2, p. 93, trekt beide begrippen uit elkaar door te stellen dat 'niet bedacht hoeven te zijn' een normatieve lading heeft die 'niet voorzienbaar zijn' mist.
- HR 21 maart 1975, NJ 1975/372, m.nt. Scholten.
- Vgl. de kritiek op *Verstekeling* van J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985 p. 40-41. Zijn kritiek was vooral theoretisch: in essentie komt het door de Hoge Raad gebruikte criterium (behoefde de bestuurder bedacht te zijn op aanwezigheid van de verstekeling?) neer op voorzienbaarheid. Zo wordt de door de Hoge Raad verlaten adequatietheorie van het juridisch causaal verband, waarin voorzienbaarheid de enige toetssteen vormde, via de band van de relativiteit weer ingevoerd.

In de Verstekeling-zaak had de bestuurder een verkeersfout gemaakt.

aan bod komen en niet als doolhof waarin de rechtszoekende op een verschillende plek uitkomt al naargelang de gekozen ingang, zo schreef ik eerder.⁷⁾

Verstekeling harmonieert niet alleen moeizaam met *Aangereden hartpatiënt*, maar ook niet met het eveneens daarvoor gewezen arrest *Natronloog*.⁸⁾ Uiteraard was het voor de schoonmaakster die een emmer met een haar onbekende chemische vloeistof op de stoep zette niet voorzienbaar dat het ging om natronloog. Evenmin was voorzienbaar dat het mechaniek van de vuilnisauto stuk was, waardoor vuilnisman De Rijk de natronloog in zijn oog kreeg en daardoor aan dat oog blind werd. Desalniettemin nam de Hoge Raad aansprakelijkheid aan.

Van de in noot 1 genoemde auteurs geeft alleen Nuninga een argument voor de beslissing in *Verstekeling*. Hij schrijft dat de beslissing van de Hoge Raad

“(...) strookt met een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden, want anders zou de verstekeling de zorg voor zijn veiligheid zomaar aan de chauffeur kunnen opdringen zonder dat die ergens van op de hoogte was.”⁹⁾

Dit argument treft in sommige gevallen zeker doel. Stel bijvoorbeeld dat de verstekeling een kostbare vaas uit de Ming dynastie (1368-1644) bij zich had, die bij het ongeval vernietigd werd. In dat geval dringt de verstekeling inderdaad een bijzonder risico (een kostbare en breekbare vaas) op aan de bestuurder. Datzelfde geldt indien de verstekeling explosieven bij zich had die door het ongeval tot ontploffing komen waardoor de verstekeling zelf en derden ernstig gewond raken. Het risico op letsel ten gevolge van een verkeersfout van de bestuurder is echter geen bijzonder risico. Iedere automobilist weet dat bij overtreding van de verkeersregels personschade kan ontstaan bij andere verkeersdeelnemers. Dat de concrete weg waarlangs letsel ontstaat niet te voorzien is, doet niets af aan aansprakelijkheid. Een voorbeeld ter illustratie.

Voorbeeld 1

A is ontvoerd door C. C heeft zijn geboeide en bewusteloze slachtoffer in de kofferbak van zijn bestelauto gelegd. B maakt een verkeersfout en botst tegen de auto van C aan. Zowel ontvoerder C als diens slachtoffer A raken ernstig gewond. Jegens wie is B aansprakelijk?

Het zou wel heel cru zijn om B wel aansprakelijk te achten jegens ontvoerder C, maar niet jegens diens slachtoffer A enkel en alleen omdat B niet bedacht was op de aanwezigheid van A in de kofferbak. Beslissend dient te zijn dat A geen verwijt valt te maken van zijn aanwezigheid in de kofferbak en niet dat die voor B niet voorzienbaar was.

A-G Ten Kate en NJ-annotator Van der Grinten gebruiken een ander argument ter rechtvaardiging van de afwijzing van aansprakelijkheid jegens de verstekeling: doordat de bestuurder niet op de hoogte was van de aanwezigheid van de verstekeling, kon hij in zijn verkeersgedrag geen rekening houden met diens belangen.¹⁰⁾ Ook hier geldt dat dit argument in sommige gevallen doel treft. Stel bijvoorbeeld dat de bestuurder geen verkeersfout had gemaakt, maar gewoon wat ruw reed (abrupt remmen en hard optrekken) waardoor de verstekeling zijn hoofd ernstig had gestoten en daardoor letsel had opgelopen. Hier kan de bestuurder er terecht op wijzen dat hij hiermee geen rekening kon houden omdat hij niet op de hoogte was van de aanwezigheid van de verstekeling. Cruciaal in dit voorbeeld is dat de bestuurder *geen* verkeersfout maakte. In de casus die aan het arrest ten grondslag lag, deed hij dat echter wel. Hij had zich daarvan behoren te onthouden met het oog op de belangen van andere verkeersdeelnemers. Indien hij dit zou hebben gedaan, dan zou hij *automatisch* ook de belangen van de verstekeling hebben ontzien. Anders gezegd, Van den Akker hoefde zich ter bescherming van het welzijn van de verstekelingen geen extra inspanningen te getroosten. Als hij zou hebben gedaan wat hij toch al had moeten doen, dan was er niets aan de hand geweest.

Verder is het standaardjurisprudentie dat degene die een veiligheidsnorm ter voorkoming van een *bekend* gevaar schendt waardoor zich vervolgens een *onbekend* gevaar verwezenlijkt, ook voor dat onbekende gevaar aansprakelijk is.¹¹⁾ Waarom zou deze rechtspraak betreffende onbekende *gevaren* niet kunnen worden doorgetrokken naar onbekende *benadeelden*? In beide gevallen gaat het om onbekende risico's, maar in beide gevallen is sprake van een normschending.

Problematisch aan het criterium van 'bedacht zijn op' is dat de ernst van het verwijt dat aan de bestuurder valt te maken buiten beschouwing blijft, terwijl dit wel degelijk relevant is. Wederom een voorbeeld ter illustratie.

Voorbeeld 2

Zwerver A verstoort zich 's nachts vanwege de winterkou in de auto van B. C steelt de auto van B en gaat er als een woesteling vandoor. Hij rijdt 80 km/u harder dan de maximum toegestane snelheid. Op een gegeven moment verliest C de macht over stuur en de auto raakt van de weg waarbij A ernstig letsel oploopt. Is C jegens A aansprakelijk?

Men kan zeggen dat dief C niet bedacht hoefde te zijn op de aanwezigheid van A. Vanuit het perspectief van zwerver A valt hier tegenin te brengen dat deze er op zijn

7. A.J. Verheij, De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets, *NTBR* 2014/3, p. 101 r.k.
8. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982/614, m.nt. Brunner.
9. W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie. Of de belofte van de norm* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 98.
10. Conclusie nr. 29 en NJ-annotatie onder 3.
11. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde I*), r.o. 3.6 en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, *NJ* 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionella*), r.o. 3.5.4.

beurt niet op bedacht hoefde te zijn dat C zo ontzettend onverantwoordelijk zou rijden. Anders gezegd, het risico waaraan A zich heeft blootgesteld was voor hem niet voorzienbaar. Ik zou er moeite mee hebben dat een dief die zo volkomen onverantwoord rijdt als C, indien hij een ongeval veroorzaakt, niet jegens A aansprakelijk zou zijn (maar wel jegens alle andere slachtoffers).

Natuurlijk valt de verstekeling een verwijt te maken, maar dat valt in het niet bij het aan de bestuurder te maken verwijt. Door zijn roekeloze manier van rijden brengt hij andere mensen in (levens)gevaar. Dit blijft ten onrechte buiten beschouwing indien beslissend is wat voor de bestuurder voorzienbaar was. In het vorig jaar gewezen arrest over de voorwaarden voor vergoeding van shockschade, besliste de Hoge Raad dat de aard en de toedracht van de onrechtmatige daad (en daarmee de ernst van het aan de veroorzaker te maken verwijt) één van de factoren is die de feitenrechter in het kader van de relativiteitsvraag dient te wegen.¹² Niet in te zien valt waarom dit gezichtspunt niet relevant zou zijn bij relativiteitsoordelen buiten shockschade.

Ten slotte is het de vraag of we tegenwoordig door maatschappelijke ontwikkelingen niet anders tegen verstekelingen dienen aan te kijken.

Voorbeeld 3

B maakt een verkeersfout en rijdt de auto van C aan. C is een mensensmokkelaar en vervoert in zijn bestelauto maar liefst tien personen (A1 tot en met A10). Zowel C als A1-A10 lopen fysiek letsel op. Jegens wie is B aansprakelijk?

De vraag is of in deze tijden, waarin mensensmokkel een algemeen bekend verschijnsel is, het beschermingsbereik van verkeersnormen zich niet ook tot illegalen dient uit te strekken. Valt niet te zeggen dat bestuurders in abstracto bedacht dienen te zijn op illegale passagiers in andere voertuigen? Bovendien is het niet uit te leggen dat de mensensmokkelaar zijn schade vergoed krijgt, maar zijn 'passagiers' niet. Het zou discriminerend zijn om bescherming van de fysieke integriteit (een mensenrecht) te ontzeggen aan illegalen. Maar als aan hen een vordering toekomt, dan dient dat ook te gelden voor de toevallige verstekeling die zich, zoals in het Verstekeling-arrest, in de auto van B heeft verstopt.

Verdere implicaties

Heeft de kritiek op *Verstekeling* implicaties voor andere casusposities? Sieburgh suggereert dat dit arrest als basis kan dienen om de vordering van een inbreker die tijdens het inbreken verongelukt af te wijzen. Dat klopt,

maar ook hier hangt het van de precieze omstandigheden af.¹³ Twee voorbeelden ter illustratie.

Voorbeeld 4

B legt een zwembad aan in zijn tuin en daartoe heeft hij een groot gat gegraven. Op een nacht klimt inbreker A over het tuinhek en loopt ernstig letsel op doordat hij in het gat valt.

In dit geval is duidelijk dat B niet jegens A aansprakelijk is. B doet helemaal niets gek door een gat in zijn tuin te graven.

Voorbeeld 5

B is zeer beducht voor inbrekers. Daartoe heeft hij in zijn tuin verschillende kuilen gegraven die aan het zicht zijn onttrokken door takken en bladeren. Op de bodem van de kuilen heeft hij scherpe metalen punten aangebracht van 20cm lang. Inbreker A valt in een van de kuilen met ernstig letsel tot gevolg.

In voorbeeld 5 gedraagt B zich disproportioneel, hij kan ook preventieve maatregelen nemen die niet gevaarlijk zijn. Bovendien begaat hij een strafbaar feit (art. 302 Sr (zware mishandeling)). Indien B in het geheel niet jegens A aansprakelijk zou zijn, wordt een bepaalde categorie personen (hier: inbrekers) buiten de bescherming van het aansprakelijkheidsrecht geplaatst, terwijl er sprake is van een strafbaar feit. B verkrijgt in wezen een immuniteit, terwijl A 'vogelvrij' wordt verklaard. Duidelijk is in dit voorbeeld dat aan zowel A als B een ernstig verwijt valt te maken. Dit gegeven raakt ten onrechte buiten beeld indien in plaats van de ernst van deze verwijten tegen elkaar af te wegen beslissend wordt geacht dat de benadeelde een verwijt valt te maken. In wezen wordt zo de klok meer dan 100 jaar teruggezet. Tot 1916 stond eigen schuld in de weg aan schadevergoeding. In dat jaar koos de Hoge Raad voor een proportionele benadering waardoor de benadeelde recht kreeg op vergoeding van een percentage van zijn schade.¹⁴

Als we de verwijten die aan beide partijen vallen te maken tegen elkaar afzetten, is niet evident dat A (de inbreker) het grootste verwijt treft. Inbraak getuigt van minachting voor de bestaande eigendomsverhoudingen, maar dat is van een andere orde dan hetgeen B valt te verwijten: B creëert bewust een risico op inbreuk op de fysieke integriteit.

Voor gevallen waarin aan beide partijen een ernstig verwijt valt te maken, is de eigen schuld (art. 6:101 BW) het geëigende instrument.¹⁵ Stel dat X in zijn auto een snelheids-overtreding begaat, terwijl slachtoffer Y geen voorrang verleent. In dergelijke situaties wordt aansprakelijkheid van X aangenaam, maar vindt eigen schuld-aftrek plaats

Door zijn roekeloze rijgedrag heeft de bestuurder anderen in (levens)gevaar gebracht.

12. HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, JA 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*flatgebouw*).

13. Vgl. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, nr. 715-2, die erop wijst dat aansprakelijkheid kan bestaan jegens onbevoegde bezoekers als de risico's te groot of te onbekend zijn. Hij verwijst in dat verband naar HR 27 mei 1988, NJ 1989/29, m.nt. Van der Grinten (*Veenbroei*).

14. HR 4 februari 1916, NJ 1916/450.

15. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Vuile handen en relativiteit', Bb 2007/19 die betoogt dat in HR 23 februari 2007, NJ 2008/492, m.nt. Vranken (*Io Vivat*) de Hoge Raad art. 6:101 BW had moeten toepassen in plaats van de vordering van de benadeelde af te wijzen wegens gebrek aan relativiteit.

We moeten niet terugreizen naar het verleden via het leerstuk van de relativiteit.

vanwege de overtreding van Y.¹⁶⁾ De normovertreding van Y staat niet in de weg aan zijn schadevergoedingsaanspraak, maar leidt slechts tot vermindering daarvan, terwijl Y schuld had aan het ontstaan van het ongeval. Het oogt onevenwichtig om aan de verstekeling, die geen schuld heeft aan het ongeval, zijn vordering tot schadevergoeding geheel te ontzeggen.

Aanverwante, maar ongelijksoortige gevallen

De problematiek in het Verstekeling-arrest dient niet verward te worden met enkele andere gevallen.

Ten eerste is er een verschil met de kwestie die speelde in *Struikelende broodbezorger*.¹⁷⁾ Daarin besliste de Hoge Raad dat men niet aansprakelijk is voor een risico dat niet tot het bewustzijn is doorgedrongen. Daargelaten dat de casus die aan dit arrest ten grondslag lag volstrekt anders was dan de casus van het Verstekeling-arrest¹⁸⁾, vormt de regel van *Struikelende broodbezorger* geen obstakel. In de casus van het Verstekeling-arrest was de bestuurder zich weliswaar niet bewust van aanwezigheid van de verstekeling, maar wel van de risico's van verkeersovertredingen.

Ten tweede is er verschil tussen de casus van *Verstekeling* en casusposities waarin het 'de pot verwijt de ketel-argument' speelt. In *Maas/Willems* vordert Willems van Maas schadevergoeding wegens ongeoorloofde mededinging.¹⁹⁾ Maas brengt namelijk tarieven in rekening die lager zijn dan de wettelijke minimumtarieven, waardoor een belangrijke klant van Willems een opdracht aan Maas verstrekt. Willems spreekt Maas aan tot schadevergoeding, maar die weert zich kort gezegd met het argument dat Willems zich aan hetzelfde gedrag schuldig maakt. De Hoge Raad oordeelt dat Maas zich in dat geval niet onbehoorlijk jegens Willems heeft gedragen. Beide vervoerders hebben zich niet aan de wet gehouden en hebben zich dus op grond van eigen gedrag onttrokken aan de bescherming die zij aan het voorschrift konden ontlennen.

Dit arrest betreft dus de situatie dat de eiser zich klaagt over een jegens hem gepleegde onrechtmatige gedraging, terwijl hij zich aan *precies dezelfde* onrechtmatige gedraging had schuldig gemaakt. Hierin verschilt *Maas/Willems* van *Verstekeling*. De onrechtmatige daad van de verstekeling bestaat daaruit dat deze zich zonder toestemming van de bestuurder heeft verstopt in de laadruimte en zo het eigendomsrecht van Van den Akker niet respecteert. Dat is een heel andere onrechtmatige daad dan de onrechtmatige verkeersovertreding van bestuurder Van den

Akker die de fysieke integriteit van andere mensen niet respecteert.

Ten derde zijn er gevallen waarin aansprakelijkheid is afgewezen wegens volstrekt onverantwoordelijk gedrag van de benadeelde. Het gaat dan echter om gevallen waarin de aangesproken partij niet onrechtmatig heeft gehandeld.²⁰⁾ Daarin bestaat het verschil met *Verstekeling* waarin de bestuurder wel onrechtmatig had gehandeld.

Tot slot

In het voorgaande zijn verschillende redenen gegeven waarom de fysieke integriteit van verstekelingen en andere normovertreders bescherming verdient. Het belangrijkste is dat door het criterium 'bedacht zijn op' het aan de bestuurder te maken verwijt ten onrechte buiten beeld blijft. Dit past niet goed in de wijze waarop de Hoge Raad in 2022 in relatie tot shockschade invulling gaf aan het relativiteitsvereiste. Ten slotte dient ervoor te worden gewaakt dat in het kader van de relativiteit eigen schuld van de benadeelde een absolute barrière vormt tegen aansprakelijkheid, daarmee zou de klok meer dan 100 jaar worden teruggezet. Via het leerstuk van de relativiteit zouden we dan ten onrechte terugreizen naar het verleden.

16. Vgl. A.L.M. Keirse, 'In pari delicto; als de pot de ketel verwijt', *MvV* 2017, afl. 7-8, p. 217 r.k.

17. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. G.J. Scholten. A-G Ten Kate verwijst in zijn conclusie d.d. 27 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AG4748, onder nummer 28 naar dit arrest.

18. Het ging om minderjarigen die een broodbezorger niet waarschuwden voor een touw waardoor deze daarover struikelde en letsel opliep. In de procedure werd ervan uitgegaan dat de kinderen het touwtje niet zelf hadden gespannen.

19. HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463, m.nt. H.E. Bröring.

20. HR 26 september 2003, NJ 2003/660.