

Wat is een onrechtmatige daad?

Europese perspectieven

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis

Een onrechtmatige daad met Europese dimensies

Op 20 oktober 1985 krom Grifoni, loodgieter te Ispra (Italië), op het dak van een weerstation van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie. Hij viel van een hoogte van vierenhalve meter op de grond en raakte ernstig gewond. Nadat de Commissie voor de Europese Gemeenschappen zijn verzoek om schadevergoeding had afgewezen, stelde Grifoni beroep in bij het Hof van Justitie te Luxemburg. Het Hof was van oordeel dat de Gemeenschap zich onrechtmatig had gedragen door op het dak van het weerstation onvoldoende veiligheidsmaatregelen te treffen. Aan de andere kant had ook Grifoni schuld aan het ongeval, aldus het Hof. De Commissie werd veroordeeld tot vergoeding van de helft van de schade.¹

Een onrechtmatige daad met Europese dimensies: 'Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar Instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.' (art. 215, tweede alinea EG-Verdrag).²

Aansprakelijkheid overeenkomstig de algemene beginselen die de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben; van Dublin tot Thessaloniki, van Sevilla tot Helsinki. De groei van de Europese dimensie van het aansprakelijkheidsrecht is zeker niet beperkt tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Hoe zou het mrs. Donoghue thans vergaan, onder het regime van de Richtlijn Productenaansprakelijkheid? Is Stevenson, producent van ginger-ale, jegens haar aansprakelijk? Is sprake van een toereikend causaal verband tussen haar *nervous breakdown* en het feit, dat het flesje ginger-ale dat mrs. Donoghue dronk, het stofelijk overschot van een overleden slak bevatte?³ Wat is hier het Europese causaliteitscriterium: *sine qua non*, *forceability*, *Adäquanzt*?

Een karavaan richtlijnen tot verdere harmonisatie van het recht, vooral op het gebied van verkeersongevallen en schade aan het milieu, trekt traag doch onverstoort het aansprakelijkheidsrecht van de Lid-Staten binnen.

Niet-contractuele aansprakelijkheid overeenkomstig gemeenschappelijke beginselen, in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest Grifoni maakt Advocaat-

Generaal Tesauro gewag van het beginsel. *neminem laedere* (niemand schade berokkenen). Hij onderneemt geen poging de gelding van dit beginsel te verifiëren, ook voor landen als Ierland, Denemarken en Portugal, maar volstaat met verwijzing naar art. 2043 van de Italiaanse *Codice civile*. *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto..*⁴

Niemand schade berokkenen (*neminem laedere*); het probleem met rechtsbeginselen is duidelijk: zo, in onversneden vorm, zijn het luchtkastelen. Worden zij daarentegen geconcretiseerd en verankerd in een positiefrechtelijke bepaling, zoals art. 2043, dan wordt in dubbel opzicht hun werking beperkt. De Italiaanse bepaling zegt in het geheel niet dat je, op straffe van aansprakelijkheid, niemand schade mag berokkenen. Voor aansprakelijkheid is immers vereist een opzettelijke of culpose daad en 'onrechtmatige schade' ('*danno ingiusto*'). In aldus geconcretiseerde vorm manifesteert zich onvermijdelijk ook een territoriale beperking van de gelding van rechtsbeginselen. *Iedere* opzettelijke of culpose daad ('*qualunque fatto doloso o colposo*')? Uit het perspectief van, bijvoorbeeld, het Duitse recht is dat een veel te ruim uitgangspunt (vgl. par. 823 e.v. BGB).

Geen enkel aansprakelijkheidsrecht, dus ook geen Europees aansprakelijkheidsrecht, kan worden gebouwd, louter op basis van gemeenschappelijke rechtsbeginselen. Recht kan niet zonder regels. Het verschil tussen rechtsbeginselen en rechtsregels is vooral hierin gelegen dat een rechtsregel, anders dan een rechtsbeginsel, concreet aangeeft welke voorwaarden vervuld moeten zijn, wil een bepaald rechtsgevolg intreden. *Neminem laedere* zou pas als een rechtsregel kunnen worden aangemerkt als reeds het enkele feit dat iemand een ander schade toebrengt, een verplichting tot schadevergoeding tot gevolg zou hebben. Maar zover is het nog niet, en zover zal het ook nooit komen.

Er is dringend behoefte aan een Europese agenda voor het debat over de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Wat betekent het dat de Richtlijn Productenaansprakelijkheid met betrekking tot de aansprakelijkheid van de producent als voorwaarde stelt dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in *zijn* product? Is daarmee verenigbaar de door de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde regel dat de producenten hoofdelijk aansprakelijk zijn in geval van alternatieve causaliteit?⁴

1 Zaak C-308/87, Jurispr. 1990, I, p. 1203 (Grifoni)

2 In de zaak Grifoni ging het om het gelijk-luidende art. 188 van het EGA-Verdrag

3 Donoghue v. Stevenson, (1932) A.C. 562

4 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, DES

Een groot aantal producenten heeft het geneesmiddel DES (ter voorkoming van miskramen) in het verkeer gebracht. Dochters wier moeders tijdens de zwangerschap DES hebben gebruikt, vorderen schadevergoeding; zij voeren aan dat DES bij hen een bepaalde vorm van kanker heeft veroorzaakt. De dochters zijn echter niet in staat aan te tonen, welke producent de DES op de markt heeft gebracht, die door hun moeder is gebruikt. De Hoge Raad honoreert het door de dochters gedane beroep op art. 6:99 BW. Indien zou blijken dat aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, is iedere producent jegens de eiseressen voor hun gehele schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat het niet de door hem in het verkeer gebrachte DES was, die in het geval van deze eiseres tot de schade heeft geleid.

Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 215, tweede alinea, EG-Verdrag heeft het Hof van Justitie al een aanzet gegeven voor een dergelijke agenda. Drie voorwaarden moeten zijn vervuld. Er moet sprake zijn van: a) een onrechtmatige gedraging; b) werkelijke schade, en c) causaal verband tussen de gedraging en de schade.⁵ Een kind kan de was doen. Is dit niet een ideale agenda, ook voor gevallen waarin het niet gaat om aansprakelijkheid van de Gemeenschap; een legobouwdoos voor beginners, die gaandeweg kan worden uitgebreid met nieuwe bouwstenen?

Wie concreet wordt, wordt kwetsbaar. De voorwaarde dat de schadeveroorzakende gedraging onrechtmatig is; aan het stellen van die eis kunnen we ons toch geen buil vallen? Op het eerste gezicht lijken de meeste wetboeken de vertaalslag wel te overleven: des délits et des quasi-délits (Frankrijk, België), unerlaubte Handlungen (Duitsland), dei fatti illeciti (Italië), onrechtmatige daad (Nederland), zo luiden in de desbetreffende wetboeken de opschriften van de afdelingen gewijd aan het delictenrecht. Maar is een fatto illecito hetzelfde als een unerlaubte Handlung? En kunnen we de Belgische 'misdrijven en oneigenlijke misdrijven', de officiële vertaling van délits et quasi-délits, zonder koersverschil inwisselen tegen Nederlandse 'onrechtmatige daden'? Hier is argwaan geboden.

Drie systemen

De *International Encyclopedia of comparative law*⁶ onderscheidt drie stelsels van delictenrecht.

In de eerste plaats rechtsstelsels die uitgaan van een enkelvoudige regel (Frankrijk, België), het gehele delictenrecht rust op één pijler: *la faute*. Een *faute* is aanwezig wanneer de dader anders heeft gehandeld dan 'l'homme raisonnable placé dans la même situation'.

In de tweede plaats rechtsstelsels die blijk geven van een beperkt pluralisme, zoals het Duitse recht; drievoud is hier kenmerk van het ware delictenrecht, op drieërlei wijze is sprake van een *unerlaubte Handlung*: a. aantasting van bepaalde, met name genoemde rechtsgoederen: leven, gezondheid, vrijheid, eigendom (par. 823 lid 1 BGB), b. strijd met een *Schutzgesetz*, een wettelijk voorschrift dat ertoe strekt de ander te beschermen (par. 823 lid 2), en c. het opzettelijk toebrengen van schade op een wijze die in strijd is met de goede zeden (par. 826).

In de derde plaats stelsels die worden gekenmerkt door een onbeperkt pluralisme; het Engelse recht bijvoorbeeld met zijn bonte stoet torts: trespass, negligence, libel en vele andere. Zij vinden hun oorsprong in de krochten van het Engelse procesrecht van de middeleeuwen.

De (Belgische) auteurs⁷ van de *Encyclopedia* hebben een duidelijke voorkeur voor de continentale benadering. Deze stelsels zijn aan de verbrokkeling van de Engelse *law of torts* ontsnapt doordat zij hebben geprofiteerd van de lessen geleerd van het Romeinse recht, en op dat fundament hun delictenrecht hebben opgetrokken.⁸

De lessen van het Romeinse recht? Welk Romeins recht? Welke lessen? Op dit punt hebben het Duitse en het Franse recht een sterk uiteenlopende lering geput uit de romeinse rechtelijke bronnen. Het ligt uiteraard het meest voor de hand te rade te gaan bij de verschillende delictacties uit het klassieke Romeinse recht: de *actio furti* (diefstal), de *actio ex lege Aquilia* (zaaksbeschadiging) en de *actio iniuriarum* (kwetsing en belediging) en zo voort. Het Duitse pandectenrecht van vóór de invoering van het BGB (1900) is deze weg ingeslagen. Zie bijvoorbeeld Windscheids Pandectenrecht, waarin hij langs deze lijnen, met uitvoerige verwijzing naar de Romeinse bronnen, het in zijn tijd geldende Duitse delictenrecht beschrijft.

Een geheel andere bron is de preek van Ulpianus, de Romeinse jurist uit de derde eeuw na Chr. Op drie pijlers rust het recht: leef betamelijk (*honeste vivere*), berokken de ander geen schade (*alterum non laedere*); geef ieder het zijne (*suum cuique tribuere*).⁹ Op het eerste gezicht bereiken we zo het top-punt van oubolligheid. Iets uit de padvindingswet: een padvinder verricht iedere dag een goede daad. Een echte romanist zal zeggen: dit is geen echt Romeins recht; dit is Griekse filosofie. Bovendien is dit niet echt van Ulpianus, maar van een anonieme naklassieke kwezel. En tenslotte: dit is geen echte filosofie, zoals die van Plato en Aristoteles, maar padvindingsfilosofie: de Stoa.¹⁰ Toch ligt hier de eerste steen van het Franse en Belgische delictenrecht, tout

5 In de zaak *Catoni* verwees het Hof naar pens

zijn eigen 'vaste rechtspraak' met name blij-

kend uit 49/79, Pool, Jurispr. 1980, p. 569

6 Vol. XI (Foits)

7 Künthof, Impens en Meincitzhagen-Lim-

8 Vol. XI (Foits), 2-16

9 Digesten 1, 1, 10

10 Zie voor de Stoische bronnen van de pra-

cepten van Ulpianus: Malte Diesselhoist, Die

Gerechtigkeitsdefinition Ulpianus in D. 1, 1,

10 pr., *Recht in der Europäischen Tradition*,

Symposium Wieacker 1985, p. 185 c.v.

fait quelconque de l'homme Instructief zijn de Motifs des lois du code civil, uiteengezet in het jaar XII (1804) door Jean-Baptiste Treilhard, de Franse staatsraad, die in zijn jonge, revolutionaire, jaren had gestemd vóór de executie van koning Lodewijk de zestiende, maar later graag accoord ging met zijn eigen verheffing in de adelstand

Wie door zijn daad schade heeft veroorzaakt is gehouden haar vergoeden Hij zou die schadevergoeding uit eigen beweging aanbieden als hij rechtvaardig was, evenals hij van de ander vergoeding zou eisen als hij door diens daad schade zou lijden, aldus Treilhard¹¹

Treilhard steunt hier op Pothier 'La loi naturelle ordonne que chacun répare le tort qu'il a commis par sa faute'¹² Juist deze natuurrechtelijke grondslag vormde een steen des aanstoots in de ogen van de Duitse pandectisten Een 'Generalklausel' in de trant van art 1382 code civil werd verworpen door de Duitse civielrechtelijke theorie

'teils weil sie (de Duitse civielrechtelijke theorie, JHN) sich ausschliesslich auf den Boden der römischen Quellen stellte, teils weil sie eine so allgemeine ausserkontraktliche Schadensklage als zu vag und für den Verkehr bedenklich ansah'¹³

In dit licht kan de beperkte formulering van par 823 BGB worden begrepen als een (afwijzende) reactie op de *Generalklausel* van de code civil

Is deze kloof overbrugbaar? Von Bar is sceptisch 'Nicht etwa die Integration des Common law, sondern die Versöhnung des französischen und des deutschen Rechts (ist) das Hauptproblem der haftungsrechtlichen Rechtsangleichung in Europa'¹⁴

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek uit 1992 is het jongste onder de Europese burgerlijke wetboeken, en kan uit dien hoofde bogen op de langste civielrechtelijke ervaring Het bevat een drievoudig onrechtmatigheids criterium

'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond' (art 6:162 lid BW)

Inbreuk op een recht, schending van de wet, strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, Is deze drievoudige structuur van de onrechtmatige daad een lokale eigenaardigheid, die enkele kilometers voorbij Maastricht, in Aken en Luik, haar aantrekkelijkheid verliest? Of stuiten we hier op de grondvorm van het delictenrecht? Het vervolg van

dit betoog streekt ertoe aannemelijk te maken dat het laatste het geval is Dit zal geschieden aan de hand van een hernieuwde lezing van de drie *praecepta* van Ulpianus leef betamelijk, berokken de ander geen schade, geef ieder het zijne Deze drie geboden verliezen hun zalvende vrijblijvendheid als ze op elkaar worden betrokken Maar eerst in het kort een eerdere lezing waarin een dergelijke synthese werd beproefd

Du côté de chez Kant

'Allgemeine Einteilung der Rechtspflichten – Man kann diese Einteilung sehr wohl nach dem Ulpian machen, wenn man seinen Formeln einen Sinn unterlegt, den er sich dabei zwar nicht deutlich gedacht haben mag, den sie aber doch verstaten daraus zu entwickeln oder hineinzuzeigen' Aan het woord is Immanuel Kant, in zijn *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* uit 1797

Honeste vive, Sei ein rechtlicher Mensch Kant bouwt hier voort op de eerder door hem uitgehouwen pijler van recht en moraal de categorische imperatief handel zo dat je de mensheid, zowel in jouw persoon, als in de persoon van ieder ander, te allen tijde tevens als doel, nooit louter als middel gebruikt En in andere woorden handel slechts volgens zodanige stelregel (Maxime) waardoor je tevens kan willen dat ze een algemene wet wordt

Nemnem lacde Tue niemandem Unrecht Kant is op dit punt rigoureuus Doe niemand onrecht, zelfs al zou je daartoe ieder sociaal verkeer moeten mijden

Maar als dat laatste niet gaat *suum cuique tribue* 'Tritt in einen Zustand, worin jedermann das Seine gegen jeden anderen gesichert sein kann' Begeef je slechts in situaties waarin iedereen het zijne kan handhaven tegenover ieder ander¹⁵

Drie gestalten; één wezen

Wanneer is sprake van een onrechtmatige daad? De maatstaf manifesteert zich in drie gestalten de Voorbeeldige Persoon (l'homme raisonnable, the reasonable man, der rechtliche Mensch), de wet, en het subjectieve recht Drie gestalten, één wezen Op het terrein van het delictenrecht zijn theologische associaties blijkbaar onvermijdelijk

Wat is negligence?

'Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do'¹⁶

Waar vinden we de reasonable man? De Clapham bus, waar hij vroeger vaak werd gesignaleerd, rijdt al

11 Celui qui par son fait a cause du dommage est tenu de le réparer il offrirait lui-même cette réparation s'il étoit juste comme il l'exigerait d'un autre s'il avoit éprouvé le dommage p 212 Locc VI p 276

12 Frits des obligations I 123

13 Dernburg, Pandekten II, pu 135 zie daarover G. Schimann Juristische Schulung 1989 p 350

14 Gemeinrechtliches Delictrecht I p

367

15 Rechtslehre p 236

16 Blyth v Birmingham Waterworks, (1856)

11 Ex 781, 784

lang niet mee, maar het Nieuwe Testament is nog steeds 'alive and kicking'.

De Engelse hoogste rechter, de House of Lords, putte bij monde van Lord Atkin inspiratie uit de gelijkens van de barmhartige Samaritaan.

'The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour, and the lawyers question: who is my neighbour? receives a restricted reply: You must take reasonable care to avoid acts and omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour.'¹⁷

Uw naaste liefhebben wordt in het recht uw naaste geen schade berokkenen (alterum non laedere), met het evangelie van Lucas, maar de praecepta van Ulpianus.

Ook het Duitse recht is niet ontkomen aan de voorbeeldige persoon als gids bij de grens tussen geoorloofde en unerlaubte Handlungen. De rechtspraak heeft het begrip 'Verkehrssicherungspflicht' geïntroduceerd. Is de eigenaar van een huis aansprakelijk wanneer een lading sneeuw van zijn dak glijdt en een voorbijganger verwondt? Ja, indien hij

'diejenigen Massnahmen verabsäumt hat, die ein sorgfältiger Mensch in gleicher Lage zum Schutz der Passanten treffen muss'¹⁸

In de Verkehrssicherungspflicht, met als maatstaf de sorgfältige Mensch, is een stevige trait d'union gelegen met de *faute* (anders handelen dan l'homme raisonnable) van het Franse en Belgische recht en de Generalklausel van het Nederlandse recht: strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De onmisbaarheid van de voorbeeldige persoon als gids op het terrein van het delictenrecht vloeit voort uit de omstandigheid dat het hier vaak gaat om situatie-ethiek. Welk gedrag was in deze concrete situatie geboden? De zorgvuldige persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de dader, heeft een aanmerkelijk voordeel boven de wetgever. De laatste levert noodzakelijkerwijs confectiewerk, de eerste is maatkleermaker. De wetgever zetelt te Berlijn, Parijs, Londen; de zorgvuldige persoon is in Bensdorf, op de plaats van het ongeval aanwezig: hoe schuin was het dak? Hoe breed de stoep?

Maar ook de wet is onmisbaar. De zorgvuldige persoon is Kantiaan; Einzelfällgerechtigkeit is een innerlijke tegenspraak. Kan ik willen dat de stielgel die ik in dit concrete geval heb gevolgd, een algemene wet wordt. De proef op de som wordt geleverd door de persoon, wiens optreden in de Nederlandse rechtsgeschiedenis de aanleiding is geweest voor het verschijnen van de drieuldigheid in de wettelijke omschrijving van de onrechtmatige daad: Cohen, handelsdrukker te Amsterdam. Zijn stelregel

luidde: als ik erin slaag door giften en beloften een personeelslid van mijn concurrent Lindenbaum te bewegen mij de bedrijfsgeheimen van zijn werkgever te verraden, zal ik dat zeker niet laten. Hij handelde dienovereenkomstig. Kant zou hem voorhouden. Sei ein rechtlicher Mensch, kan je willen dat jouw stelregel een algemene wet wordt?

De zorgvuldige persoon heeft echter ook een belangrijk nadeel. Hij bestaat niet. De Duitse comparatist Kötz onthult diens non-existentie: 'Der sorgfältige Mensch von durchschnittlicher Umsicht, auf dessen Verhalten es demnach ankommt, ist nun in der Wirklichkeit nirgends vorhanden'. Hij kan ook niet als getuige-deskundige voor de rechtbank verschijnen. De motivering van het rechterlijk oordeel wekt ten onrechte de indruk dat het gaat om reeds bestaande (ongeschreven) zorgvuldigheidsnormen, die door de rechter slechts worden *ontdekt*; in werkelijkheid is sprake van een daad van rechtsschepping door de rechterlijke macht, aldus nog steeds Kötz¹⁹.

Is dit zo? Is de normaal zorgvuldige persoon eigenlijk een Freudiaanse verschrijving van de rechter, die in werkelijkheid zijn eigen über-ich projecteert op de samenleving? Is deze schildering van *le gouvernement des juges* niet te somber? Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, moeten, om in aanmerking te komen voor het predicaat. recht, ondanks hun ongepubliceerde staat, behoren tot het publieke domein. De rechter mag slechts strijd met een ongeschreven betamelijkheidsnorm aannemen, indien hij in gemoede kan volhouden dat Cohen op zijn vingers kon natellen dat zijn gedrag ten opzichte van Lindenbaum niet door de beugel kon. De Hoge Raad was van oordeel dat dit zeker het geval was, nu het hier ging om een

'daad van hem, die tot eigen baat, door giften en beloften den bediende van een concurrent overhaalt de beroepsgeheimen van zijn meester aan dezen afhandig te maken en aan hemzelve te openbaren'²⁰

De waarde van de wet

De horizon van de normaal zorgvuldige persoon is weids maar zeker niet oneindig. Tweehonderd jaar geleden, in de dagen van Treilhard, toen de grootste bedreiging van de gezondheid werd gevormd door de guillotine, kon deze hypothetische figuur nog wel dienen als betrouwbare gids door het terrein van de delictuele aansprakelijkheid.

In onze moderne risico-maatschappij (terminologie van de Duitse socioloog Beck²¹) worden de gevaren gekenmerkt door hun onzichtbaarheid. elektriciteit, radio-actieve straling, microscopisch kleine asbestdeeltjes in de lucht.

Het aansprakelijkheidsrecht kan niet buiten een

17 Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*,

House of Lords (1932) A.C. 562, 580

18 Kötz, *Delictrecht*, 1996, m. 246

19 *Delictrecht*, 1996, m. 108

20 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161

21 Ulrich Beck, *Risicogesellschaft, auf dem*

Weg in eine andere Moderne, 1986

wetgever die aangeeft waar de grens loopt tussen de aanvaardbare, en de onaanvaardbare risico's voor leven en gezondheid van de burgers. Het belang hiervan komt duidelijk naar voren uit een arrest van het Belgische Hof van Cassatie. De feiten vertonen verwantschap met de toedracht in de zaak *Grifoni*.

Vier werknemers waren in een chloroerkuip aan het werk op een platform, op een hoogte van ongeveer twintig meter. Zij droegen geen veiligheidsgordel. Toen het platform plotseling kantelde, zijn zij naar beneden gestort. Twee vonden de dood, beide anderen raakten ernstig gewond.

Een zorgvuldig werkgever zal zijn werknemers niet blootstellen aan onredelijke gevaren. Hij zal hen verplichten een veiligheidsgordel te dragen in situaties waarin zij van zekere hoogte naar beneden zouden kunnen vallen. Van zekere hoogte? Hoe hoog? De exacte maat dient bij voorkeur te worden aangegeven door de wetgever.

Ten tijde van het ongeval gold een wettelijke bepaling die voorschreef dat werkgevers erop moesten toezien dat hun werknemers een veiligheidsgordel droegen als zij waren blootgesteld aan het risico van een val van meer dan twee meter.

Het Hof van beroep te Luik was van oordeel dat van een fout in de zin van de art. 1382 en 1383 slechts sprake kon zijn als de werkgever de schade had dienen te voorzien. Het Hof was voorts van mening dat de overtreding van het wettelijk voorschrift door de werkgever in dit geval neerkwam op het verzuim van een uitzonderlijke voorzorgsmaatregel, die op het moment van de feiten ongebruikelijk zou zijn geweest en waarvan alleen de ondervinding het belang heeft aangetoond.

De ondervinding was hier een wel heel harde leerschool. Het Hof van Cassatie vernietigde dit Luikse arrest.

De overtreding van een wettelijke bepaling is op zichzelf een fout die leidt tot aansprakelijkheid van de pleger, mits die overtreding willens en wetens is begaan.²²

De opvatting van het Luikse Hof van beroep, dat geen sprake is van een fout als de overtreding van het wettelijk voorschrift niet in strijd is met de regels van een normaal voorzichtig gedrag, doet sterk denken aan een in Nederland zeer gangbare theorie omtrent de delictuele drievuldigheid: de leer Smits.²³ Volgens deze opvatting bestaat er een hiërarchisch verband tussen de drie onrechtmatigheidscriteria, en wel aldus dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm de overkoepelende toetsingsmaatstaf vormt, terwijl de beide andere de inbreuk op een recht en de overtreding van een wettelijk voorschrift slechts factoren zijn, die meewegen bij de beoordeling van de vraag of al dan niet is gehandeld in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

Ieder land heeft zijn never ending stories, in juridisch Nederland is dat de strijd om de leer Smits.

Nog niet zo lang geleden heeft de Hoge Raad een – voor zijn doen ongebruikelijke – leerstellige bespiegeling gewijd aan het verschil tussen geschreven en ongeschreven recht.

Het strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen. Dit is anders bij strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, zij strekken uitsluitend ter bescherming van belangen waarop de dader bedacht moest zijn.²⁴

Deze opvatting lijkt moeilijk te rijmen met de leer Smits. Indien, zoals de leer Smits voorschrijft, uiteindelijk steeds zou moeten worden getoetst aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, zou immers toch steeds moeten worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde, die de geschonden norm beoogt te beschermen.

Verwerping van de leer Smits en erkenning dat de overtreding van een wettelijk voorschrift een onrechtmatige daad oplevert, betekent niet dat de zorgvuldige persoon hier van het toneel verdwijnt.

Een wettelijke norm bevat nooit meer dan een vermoeden van recht. Er blijven altijd situaties waarin overtreding van de wet geoorloofd, ja zelfs geboden is. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond ontnemt aan de wetsovertreding haar onrechtmatig karakter. Maar de wet kan niet, althans niet uitputtend, bepalen wanneer overtreding van de wet geoorloofd is. Hiervoor moet de zorgvuldige persoon uit de coulissen worden gehaald. Een rechtvaardigingsgrond is aanwezig, als ook een zorgvuldige persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, de wet zou hebben overtreden.

Negligence en breach of statutory duty

Is schending van een wettelijke plicht (statutory duty) een tort naar Engels recht? In het Nederlandse recht van de vorige eeuw gold het als vanzelfsprekend dat de overtreding van een wettelijk gebod een onrechtmatige daad opleverde. Naar Duits voorbeeld (par. 823 lid 2 BGB) is dit standpunt in de jaren twintig van deze eeuw²⁵ in zoverre beperkt dat het dan wel moet gaan om wettelijke plichten die 'strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden' (het vereiste van relativiteit, zie thans art. 6:163 BW).

De Engelse rechter heeft meer moeite met de conclusie dat de overtreding van een (strafrechtelijke) wettelijke plicht leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Hij zal daartoe nagaan of dit de (on-

22 Arr. Cass. 1988-89, 94, Pas. 1989 I, 83.

23 WPNR 3688.

24 IIR 30 september 1994, NJ 1996, 199.

25 IIR 25 mei 1928, NJ 1928, 1688.

uitgesproken) bedoeling van de wetgever was Bij gebreke van duidelijke aanwijzingen daaromtrent zal het vaak neerkomen op de vraag of de schade is 'of the kind which the statute is intended to prevent' Dat was bijvoorbeeld niet het geval toen per schip vervoerde schapen tijdens een storm overboord sloegen als gevolg van het ontbreken van wettelijk voorgeschreven hokken Het desbetreffende wettelijk voorschrift strekte echter tot voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten (*Gorris v Scott*, (1874) L R 9 Exch 125) Uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis (Boek 6, p 631) blijkt dat deze Engelse uitspraak de toelichting van art 6 163 heeft geïnspireerd Op dit punt is dus stelling sprake van convergerende lijnen in het Duitse, Nederlandse en Engelse recht Ook het Europese Hof van Justitie heeft met betrekking tot de aansprakelijkheid krachtens art 215, tweede alinea, EG-Verdrag gekozen voor de leer van de relatieve onrechtmatigheid door te cisen dat 'de geschonden bepaling bestemd is om de belangen van de betrokkenen te beschermen'²⁶ Wel vormen het Franse en Belgische recht nog een winkelhaak in het Europese patroon In deze landen wil men voorlopig nog niet weten van een 'relativite aquilienne'²⁷

De voorbeeldige persoon en de wet, wat is de verhouding tussen negligence (anders handelen dan een reasonable man) en breach of statutory duty (schending van een wettelijke plicht)? De vroeger veelal gehuldigde opvatting hield in dat breach of statutory duty een bijzondere vorm van negligence opleverde *statutory negligence* Thans wordt in de regel aangenomen dat breach of statutory duty een afzonderlijke 'cause of action' vormt, waar de 'standard of care' niet wordt bepaald door de horizon van de reasonable man, maar door de meetlat van de wetgever Hoe breed moet een platform zijn, als daarop werkzame arbeiders de kans lopen van een hoogte van meer dan zes feet en zes inches (ongeveer twee meter) naar beneden te vallen? Precies tenminste 34 inches (85 centimeter)

Inbreuk op een recht

Is ook de inbreuk op een subjectief recht een onmisbaar bestanddeel van het onrechtmatigheids criterium? Het is met kracht bepleit door de Gentse hoogleraar Bocken

Het feit dat iemand over een exclusief subjectief recht beschikt, brengt voor anderen de plicht tot respect mee Logischerwijze komt men dan ook tot de conclusie, dat wie inbreuk pleegt op een exclusief subjectief recht, een gedragsnorm overtreedt en een fout begaat²⁸

In Nederland is Sieburgh in de bres gesprongen ter verdediging van de autonome rol van de rechtsin-

breuk tegen de bedenkingen der Smitsianen²⁹ Zij verdienen van harte steun Het pleidooi van Bocken klinkt als Kant

'Das rechtlich Meine (meum iuris) ist dasjenige, womit ich so verbunden bin, dass der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen mochte, mich ladieren wurde'³⁰

Onrechtmatigheid en subjectief recht zijn onverbrekelijk aan elkaar geklonken Een recht is een belang waarmee ik zo verbonden ben, dat de ander het moet ontzien *Alterum non laedere*, de ander geen schade berokkenen, dit voorschrift blijft een slag in de lucht als het niet wordt betrokken op het derde gebod *ius suum cuique tribuere* (respecteer ieders recht) Lindenbaum was zeer gehecht aan zijn klanten Toch kon hij jegens Cohen op hen geen recht doen gelden Het stond Cohen volstrekt vrij Lindebaum te confronteren met een zeer omvangrijke schade door hem zijn klanten afhandig te maken door beter drukwerk te leveren, tegen een lagere prijs Maar met een ding was Lindenbaum wel zo verbonden dat Cohen een onrechtmatige daad zou plegen als hij het zonder toestemming van Lindenbaum zou bemachtigen Lindenbaums bedrijfsgeheim

Communicerende vaten

De lotgevallen van het Romeinse recht? Het strafrechtelijke en het civielrechtelijke delictenrecht hebben zich ten opzichte van elkaar verzelfstandigd Het strafrecht van de landen van Europa rust stevig op een pijler de wet *Nullum crimen sine lege* (vgl art 7 EVRM) Voor onrechtmatige daden heeft iets dergelijks (*nullum delictum privatum sine lege*) nooit gegolden

Van een tegenstelling is echter geen sprake Dit treedt vooral aan het licht bij de culpose delicten Zie hieromtrent Rummelink

'De zorgplicht die de culpose daadei in acht had te nemen, wordt in de delictomschrijving nooit voldoende aangeduid () De rechter vult door het opstellen van deze zorgplicht, resp gevaarsnoem het Tatbestand van de culpose delictomschrijving voor het concrete geval aan Er zal hier niet zelden sprake zijn van een Parallelwertung met de civiele onrechtmatige daadrechtspraak op basis van art 6 162 e v BW'³¹

Van twee zijden is het ongeschreven recht het civiele delictenrecht binnengedrongen ongeschreven plichten, maar ook ongeschreven rechten Onrechtmatige (widerrechtliche) schending van 'das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen' is een unerlaubte Handlung in de zin van par 823 BGB Als 'sonstiges Recht' is door de Duitse rechtspraak erkend het 'Recht am Gewerbebetrieb' Zo werd het door de wetgever opgezette stelsel van de delictuele

26 Arrest van 14 juli 1967 *Jurisp* 1967 p onrechtmatige daad *Dventer* 1992 p 13

315 *Kampffmeyer I* 28 *TPR* 1984 p 334 e v

27 Zie G H Lankhorst *De relativiteit van de* 29 *NJB* 1997 p 628 e v

30 *Rechtslehrs* p 245

31 Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht 1996 p 237

aansprakelijkheid doorbroken en werd door de rechtspraak een 'Generalklausel' geschapen, aldus Kotz³²

Ook bedrijfsgeheimen kunnen vallen onder dit 'Recht am Gewerbebetrieb'. Uit de rechtspraak komt echter duidelijk naar voren hoezeer recht en plicht een systeem van communicerende vaten vormen. Stel, Cohen was, niet door omkoping van een personeelslid, maar door het feit dat hij zelf bij Lindenbaum in dienst was geweest – hetgeen in werkelijkheid ook het geval was – op de hoogte geraakt van de bedrijfsgeheimen van Lindenbaum, zou Cohen in dat geval een onrechtmatige daad plegen door, nadat hij zich zelfstandig had gevestigd als drukker, te profiteren van hetgeen hij bij zijn vroegere werkgever had opgestoken? In een vergelijkbare zaak overwoog het BGH

'Die Kardinalfrage geht dahin wie weit man das Unternehmen mit einer geschützten Geheimnissphäre umgeben darf, ohne dadurch die Angestellten des Unternehmens in der Benutzung der in ihm erlangten Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen ungebührlich zu beeinträchtigen, wie sie zum Zweck ihres Fortkommens und ihrer beruflichen Weiterbildung notwendig sind'³³

Zo is het. De Europese beschaving zou een heel ander aanzien hebben gehad, als niet jongelieden in Mainz en Haarlem, bij Gutenberg en Coster, de kunst hadden afgekeken en waren uitgezwermd over Europa om zich als drukker te vestigen in steden als Venetië, Praag en Lyon.

Een subjectief recht heb ik met betrekking tot datgene waarmee ik zo verbonden ben, dat de ander een onrechtmatige daad pleegt wanneer hij het zonder mijn toestemming gebruikt (Kant). De circulariteit van deze definitie is onvermijdelijk en allermist vicieus. Het subjectieve recht begint pas daar, waar de ander verplicht is het te ontzien.

Inbreuk op het 'Recht am Gewerbebetrieb' van de ander, strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens zijn concurrent. Recht of plicht? Het is niet lood om oud ijzer, het zijn twee zijden van één munt.

Delictueel drieliuk

Binnenkort kan iedereen in Berlijn, Rome en Parijs terecht met een munt waarop het portret van konin-

gin Beatrix prijkt. In Amsterdam, Madrid en Lisabon kan – in een later stadium – zonder problemen worden betaald met diezelfde munt, maar nu voorzien van een afbeelding van koning Charles van Engeland. Ook op het terrein van het Europese delictenrecht dient het streven gericht te zijn op de uiteindelijke totstandkoming van een monetaire unie, en, als aanloop daartoe, op een systeem met transparante wisselkoersen. *Fatto illecito, Un erlaubt Handlung*, onrechtmatige daad, de opschriften kunnen zonder bezwaar gehandhaafd blijven. Maar wat is uit Frans, Duits en Nederlands perspectief de (on-)waarde van het begrip '*danno ingiusto*' ('onrechtmatige schade') in art. 2043 van de Italiaanse *Codice civile*? Die waarde kan slechts worden berekend met behulp van een eenvoudige tabel. Wie tot drie kan tellen, kan het volgen. Het drieliuk van Ulpianus bevat de grootste gemene deler van het Europese delictenrecht.

Een *alterum non laedere*, dit is het middenpaneel. Betrokken de ander geen schade. Zonder een blik op de beide zijpanelen een vergezicht 'ins Blaue hinein'.

Twee *honeste vivere*, volg het voorbeeld van de zorgvuldige persoon. eerbiedig de geschreven en ongeschreven normen van de samenleving. Deze bevatten nergens een categorisch verbod van schadeveroorzaking. Mededinging leidt noodzakelijkerwijs tot schade bij concurrenten. Op voorwaarde dat de gehanteerde methoden door de beugel kunnen, is mededinging geoorloofd, en uit Europees (consumenten-)perspectief zelfs geboden.

Dit *suum cuique tribuere*, welke belangen van de ander moet ik respecteren? Het antwoord luidt: belangen, ter zake waarvan de ander het recht heeft mij de aantasting te verbieden.

Tegen de achtergrond van dit drieliuk wordt de functie van het begrip '*danno ingiusto*' duidelijk. Niet iedere schade die wordt geleden, komt voor vergoeding in aanmerking, maar slechts schade die op onrechtmatige wijze is ontstaan³⁴, met andere woorden: schade die door een zorgvuldig persoon niet zou zijn toegebracht, met nog andere woorden: schade aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd.

Groningen, mei 1998

32 *Delictrecht*, 1996 nr. 84

395

recht I p. 25

33 BGH 12 december 1962, BGHZ 38 391

34 Von Bar, *Gemeinschafliches Delict-*