



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Met welke maat moet de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis worden gemeten?

Janssen, J.F.M.

Citation

Janssen, J. F. M. (2008). Met welke maat moet de verplichting tot medewerking aan de uitvoering van een verbintenis worden gemeten? *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 99-118. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36627>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36627>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7 | De maatman in het onrechtmatige daadsrecht: onderzoek naar enkele regels van *soft law*

P.C.J. De Tavernier & J.A. van der Weide[■]

1 INLEIDING

‘Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet.’¹ Wie is de maatman in het onrechtmatige daadsrecht? Degene die de als onrechtmatig te bestempelen handeling heeft verricht, met al zijn sterke en zwakke eigenschappen? Of moeten de gedragingen van ‘de dader’ worden geobjectiveerd en dienen deze te worden afgezet tegen het maatschappelijke veld waarvan hij deel uitmaakt?² In deze bijdrage wordt de persoon van de maatman – de *reasonable man* – onderzocht aan de hand van de regels van *soft law* aan beide zijden van de Atlantische Oceaan: de Europees georiënteerde *Principles of European Tort Law* (hierna: PETL) en de Amerikaanse (Draft) *Third Restatement of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (hierna: Third Restatement Torts).³ We beperken ons daarbij tot de maatman als referentiepunt bij de beoordeling van onzorgvuldig gedrag (*negligence*) in het raam van een toerekenbare onrechtmatige gedraging (hierna: fout), met een bijzondere aandacht voor kinderen en personen met een lichamelijke of geestelijke beperking. Vanuit dit perspectief zal ook de positie van de maatman in enkele hervormingsvoorstellen en modelregelingen op het Europese vasteland worden behandeld: de Zwitserse *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts* uit 1999,⁴ het Oostenrijkse *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts* (2005)⁵ en de begin 2008 gepubliceerde *Draft Common Frame of Reference*.⁶

■ P.C.J. De Tavernier & J.A. van der Weide zijn universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Vgl. Matteus 7, 12: ‘Alle [dingen] dan, die gij wilt, dat u de mensen zou doen, doet gij hun ook also; want dat is de wet en de profeten.’

2 Vgl. Helmut Koziol, ‘Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, p. 111-128.

3 Vgl. in dit verband Jane Stapleton, ‘Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation’, *Journal of Tort Law* 2007, p. 1-45; Andreas Schwartze, ‘Europäisierung des Zivilrechts durch soft law. Zu den Wirkungen von Restatements, Principles, Modellgesetzen und anderen nicht verbindlichen Instrumenten’, *German Working Papers in Law and Economics* 2007, Paper 6.

4 Pierre Widmer & Pierre Wessner, ‘Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Vorentwurf eines Bundesgesetzes’, 1999. De tekst van het voorontwerp en de toelichting (hierna: *Erläuternder Bericht*) daarop zijn te raadplegen via de website <www.ejpd.admin.ch>.

5 Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006.

Leiden deze omzwervingen tot de conclusie dat ‘de maatman’ in het onrechtmatige daadsrecht een universeel begrip is? Of moet er, gelet op bestaande verschillen tussen de onderzochte teksten, eerder worden gesproken van een *relatief* universele maatstaf?

2 BETEKENIS EN INHOUD VAN DE PETL EN DE THIRD RESTATEMENT TORTS

De PETL en de Third Restatement Torts zijn geen producten van wetgevende arbeid. Beide betreffen regelingen van *soft law*. De *Principles of European Tort Law* zijn in 2005 gepubliceerd door de *European Group on Tort Law*.⁷ Deze groep bestaat uit, voornamelijk Europese, experts op het gebied van het onrechtmatige daadsrecht. De PETL zijn een academisch experiment, gericht op de versterking en harmonisatie van het onrechtmatige daadsrecht binnen Europa.⁸ In dit opzicht zijn de PETL te vergelijken met de *Principles of European Contract Law* van de Lando-groep.⁹ Zoals in de toelichting op de PETL nadrukkelijk wordt opgemerkt, is hierbij geen sprake van een *Restatement* in de zin van het Amerikaanse recht. Daarvoor zijn de verschillen tussen de Europese rechtssystemen te groot.¹⁰

Sinds zijn oprichting in 1923 publiceert *The American Law Institute* met enige regelmaat *Restatements of the Law* op uiteenlopende deelterreinen van het (privaat)recht.¹¹ Binnen de context van een niet-legislatieve traditie vormen de *Restatements* een weerslag van het geldende recht.¹² Op het gebied van het onrechtmatige daadsrecht (*Torts*) wordt thans aan de derde *Restatement*

6 Study Group on a European Civil Code & Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: Sellier 2008.

7 Zie voor de tekst en de toelichting daarop European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer 2005. Zie voorts <www.egtl.org>.

8 Vgl. Jaap Spier, ‘General Introduction. The Principles of European Tort Law of the European Group on Tort Law’, in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 16, nr. 30.

9 Zie The Commission on European Contract Law, Ole Lando & Hugh Beale, *The Principles Of European Contract Law* (Parts I en II), Deventer: Kluwer Law International 1999, alsmede Ole Lando, André Prüm, Eric Clive & Reinhard Zimmerman, *The Principles Of European Contract Law* (Part III), Deventer: Kluwer Law International 2003.

10 Vgl. Spier 2005, p. 16, nr. 31.

11 *The American Law Institute* heeft tot doel ‘to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work.’ Zie <www.ali.org> (‘ALI Brochure’).

12 Vgl. A Handbook for ALI Reporters, p. 4 (te raadplegen via <www.ali.org>): ‘Restatements are addressed to courts and others applying existing law. Restatements aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might plausibly be stated by a court. Restatement black-letter formulations assume the stance of describing the law as it is.’

gewerkt. In 1996 is het project gestart voor een *Third Restatement of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*. Deze derde *Restatement* moet algemene elementen aanreiken voor onrechtmatige daadsacties in het kader van personen- en zaakschade.¹³ In juni 2007 is het vijfde voorlopige ontwerp gepubliceerd. De *Tentative Draft No. 5* heeft specifiek betrekking op *emotional disturbance*.

2.1 PETL

De *Principles of European Tort Law* bestaan uit zes titels. De eerste titel (hoofdstuk 1) kent slechts één bepaling. In art. 1:101 is de *basic norm* geformuleerd:

‘A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.’

Vervolgens zijn in art. 1:101 een drietal toerekeningsgronden geformuleerd, waaronder *fault*.¹⁴ Titel II (*General Conditions of Liability*) ziet op de algemene voorwaarden voor aansprakelijkheid, te onderscheiden in *Damage* (hoofdstuk 2) en *Causation* (hoofdstuk 3). Art. 2:102 bevat een catalogus van te beschermen belangen, uiteenlopend van het recht op leven (hoogste graad van bescherming) tot aan de bescherming van economische belangen (laagste beschermingsgraad). De bepaling moet in samenhang worden gelezen met art. 3:201 (*Scope of Liability*) waarin, in het kader van de causaliteitsvraag, de aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van een aantal factoren afhankelijk wordt gesteld, zoals de voorzienbaarheid (*foreseeability*) en het relativiteitsvereiste.¹⁵

In Titel III (*Bases of Liability*) is de grondslag voor aansprakelijkheid geformuleerd. Deze titel is uit drie hoofdstukken opgebouwd: *Liability Based on Fault* (hoofdstuk 4), *Strict Liability* (hoofdstuk 5) en *Liability for Others* (hoofdstuk 6). De twee belangrijkste bepalingen van Titel III bevinden zich direct aan het begin. Uitgangspunt in Titel III is het principe van de foutaansprakelijkheid (art. 4:101):

‘A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.’

Art. 4:101 dekt zowel de gevallen van opzettelijk (*intentional*) als nalatig (*negligent*) handelen. Dit handelen moet vervolgens in strijd zijn met de *required standard of conduct* van art. 4:102 wil het tot aansprakelijkheid leiden. Voor onze bijdrage is art. 4:102 een kernbepaling. Hier wordt in het eerste lid de

¹³ Zie <www.ali.org> (‘Current Projects’).

¹⁴ Zie nader T. Hartlief, ‘PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault’, *AV&S* 2007, p. 49-54.

¹⁵ Vgl. in dit verband art. 6:98 BW.

persoon van de maatman (*reasonable person*) ‘neergezet’ aan de hand van een aantal objectieve wegingsfactoren, zoals het genomen risico (*the dangerousness of the activity*), de mate van deskundigheid (*expertise*) en de voorzienbaarheid van de schade (*foreseeability of the damage*). Met deze factorencatalogus wordt het flexibele karakter van de PETL benadrukt. De opstellers hebben zich hier duidelijk laten inspireren door het zogenaamde *flexible system of bewegliches System* van de Oostenrijkse jurist Wilburg.¹⁶ De *required standard of conduct* is niet uitsluitend een objectief begrip, maar kan blijken het tweede lid van art. 4:102 subjectief worden ‘bijgesteld’, indien de leeftijd van de dader, diens lichamelijke of geestelijke gesteldheid (*mental or physical disability*) of uitzonderlijke omstandigheden (*extraordinary circumstances*) daartoe aanleiding geven. Aan art. 4:102 zal afzonderlijk aandacht worden besteed in par. 4.3.1.

De verweermiddelen of rechtvaardigingsgronden (*Defences*) en het vraagstuk van de groepsaansprakelijkheid (*Multiple Tortfeasors*) zijn geregeld in de Titels IV (hoofdstuk 7-8) en V (hoofdstuk 9). Zo is krachtens art. 7:101 aansprakelijkheid onder meer uitgesloten bij zelfverdediging (sub a) en ingeval van toestemming (sub d). In art. 8:101 is een regeling voor eigen schuld opgenomen (*Contributory Conduct or Activity of the Victim*). Titel V (*Multiple Tortfeasors*) komt op hoofdlijnen overeen met die van art. 6:166 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Krachtens art. 9:101 is iedere mededader hoofdelijk aansprakelijk, maar kan op grond van art. 9:102 onderling regres worden genomen.

Titel VI (hoofdstuk 10), ten slotte, is in zijn geheel gewijd aan de *Remedies*. Gebruikelijk is een schadevergoeding in geld (art. 10:101), maar deze kan blijken art. 10:104 (*Restoration in Kind*) ook in een andere vorm plaatsvinden. Op grond van de afdelingen 2 en 3 van hoofdstuk 10 komt zowel materiële (*Pecuniary Damage*) als immateriële schade (*Non-Pecuniary Damage*) voor vergoeding in aanmerking.

2.2 Third Restatement Torts

Alvorens in te gaan op de inhoud van de Third Restatement Torts willen we in het kort, ter nadere kennismaking, een beknopte beschrijving geven van de opzet van de *Restatements*. Een *Restatement* kan het beste worden getypeerd als een set losse regels (*black letters*) die de stand van het geldende recht weergeven. Zie bijvoorbeeld § 4 van de Third Restatement Torts waarin een definitie wordt gegeven van de term ‘Physical harm’:

16 Zie over de keuze voor Wilburgs systeem Helmut Koziol, ‘Die “Principles of European Tort Law” der European Group on Tort Law’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, p. 235-236 en J. Spier en O.A. Haazen, ‘The European Group on Tort Law (“Tilburg Group”) and the European Principles of Tort Law’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1999, p. 485-486.

“Physical harm” means the physical impairment of the human body (“bodily harm”) or of real property or tangible personal property (“property damage”). Bodily harm includes physical injury, illness, disease, and death.’

Iedere *black letter* wordt voorzien van een algemeen commentaar (*Comment*) waarin de achtergrond en de ratio van de *black letter* wordt toegelicht. Na de *Comment* volgen de *Illustrations*. Dikwijls zijn dit voorbeelden, ontleend aan de jurisprudentie, aan de hand waarvan de concrete werking van de desbetreffende *black letter* wordt geïllustreerd. Afgesloten wordt met een *Reporter’s Note* waarin de opsteller van de *black letter* onder gebruikmaking van gedetailleerde bronvermeldingen de door hem gemaakte keuzes en gekozen formuleringen verantwoordt.¹⁷

De *Third Restatement of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* bestaat thans uit acht (concept) hoofdstukken. Het voorlopige ontwerp van hoofdstuk 8 (*Liability For Emotional Disturbance*) is recentelijk, in juni 2007, gepubliceerd. Een negende – tevens laatste hoofdstuk – is nog in voorbereiding. Dit hoofdstuk zal in het bijzonder betrekking hebben op zorgverplichtingen van eigenaren van onroerende zaken.

Het eerste hoofdstuk (§ 1-3) van de *Third Restatement Torts*, getiteld ‘Intent, Recklessness, And Negligence: Definitions’, bestaat louter uit definities en omschrijft de begrippen *intent* (opzet), *recklessness* (roekeloos gedrag) en *negligence* (onachtzaam handelen). Zo bevat bijvoorbeeld § 3 (*Negligence*) voor onze bijdrage een sleutelbepaling:

‘A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.’

Vervolgens noemt de bepaling een drietal factoren die de term ‘reasonable care’ nader inkleuren: i) de grootte van de kans op schade (*the foreseeable likelihood*), ii) de ernst van de schade (*the foreseeable severity*) en iii) de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen (*the burden of precautions*). De geoefende lezer herkent hierin onmiddellijk de beroemde *Hand Formula*,¹⁸ die model heeft gestaan voor de bepaling. § 3 van de *Third Restatement Torts* en het begrip ‘reasonable care’ zullen worden besproken in par. 4.3.2.

Hoofdstuk 2 (*Liability For Physical Harm*) (§ 4-6) definieert in § 4 de term ‘physical harm’ (zie boven) en bevat vervolgens in dit kader een tweetal bepalingen die betrekking hebben op opzettelijk gedrag (§ 5: *Liability For Intentional Physical Harms*) en *negligent conduct* (§ 6). In aansluiting hierop is in hoofdstuk 3 (*The Negligence Doctrine And Negligence Liability*) (§ 7-19) een

17 Zie nader over *Black Letter*, *Comment*, *Illustrations* en *Reporter’s Note* A Handbook for ALI Reporters, p. 36-46 (te raadplegen via <www.ali.org>).

18 Judge Learned Hand in *United States v. Carroll Towing Co.*, United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit 159 F.2d 169 (1947).

breed scala aan onderwerpen geregeld. Deze onderwerpen zijn alle gesitueerd rondom het thema *negligence* en kunnen derhalve min of meer als een nadere uitwerking van § 3 en § 6 van de *Restatement* worden beschouwd. Voor onze bijdrage belangrijke onderwerpen zijn onder meer geregeld in § 10 en § 11, die betrekking hebben op respectievelijk kinderen en *physical, mental or emotional disability*.¹⁹ Deze bepalingen moeten in samenhang worden gelezen met § 15 (*Excused Violations*), waarin aansprakelijkheid uit *negligence* in een aantal gevallen – waaronder *childhood* en *physical disability* – wordt uitgesloten.

De hoofdstukken 4 tot en met 6 (§ 20-36) zien op grote leerstukken, zoals de *Strict Liability*, vanuit Nederlands perspectief zouden we zeggen ‘risico-aansprakelijkheid’, *Factual Cause* (causaal verband) en de omvang van de aansprakelijkheid (*Scope of Liability*). Het laatstgenoemde leerstuk wordt in het Nederlandse recht geregeld door art. 6:98 BW. In hoofdstuk 7 (§ 37-44) van de *Restatement* zijn ten slotte de zogenaamde *Affirmative Duties* geregeld. Deze bepalingen vormen in zekere zin de weerslag van de *Good Samaritan Doctrine*: ben ik mijns broeders hoeder?²⁰

3 TWEE HERVORMINGSVOORSTELLEN EN ÉÉN MODELREGELING

De persoon van de maatman waart niet alleen rond in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, maar beweegt zich ook over het Europese continent. Twee hervormingsvoorstellen en één modelregeling trekken in dit verband de aandacht: de in 1999 gepubliceerde Zwitserse ‘Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Vorentwurf eines Bundesgesetzes’ (hierna: Vorentwurf), het Oostenrijkse ‘Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts’ uit 2005 (hierna: Entwurf) en de ‘Draft Common Frame of Reference’ (hierna: DCFR). De laatstgenoemde modelregeling is van zeer recente datum en is begin 2008 gepubliceerd.

3.1 Zwitsers Vorentwurf Haftpflichtrecht

Het huidige Zwitserse onrechtmatige daadsrecht is geregeld in de artt. 41-61 van het *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)* van 30 maart 1911, in werking getreden op 1 januari 1912. De hoofdregel is geformuleerd in het eerste lid van art. 41:

‘Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.’

¹⁹ Zie hierna par. 4.3.2.

²⁰ Vgl. Genesis 4, 9: ‘En de HEERE zeide tot Kaïn: Waar is Habel, uw broeder? En hij zeide: Ik weet het niet; ben ik mijns broeders hoeder?’

Van een 'Maßstabfigur'²¹ wordt in 1911 nog niet gerept. Veroudering van het wettelijk stelsel, moderne ontwikkelingen zoals de opkomst van het leerstuk van de productaansprakelijkheid en een ernstig geval van milieuverontreiniging (Sandoz AG, 1986) brengen ruim zeventig jaar later (1988) het Zwitserse Ministerie van Justitie ertoe een *Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts* in te stellen. In 1992 wordt door hetzelfde ministerie aan de hoogleraren Widmer en Wessner opdracht gegeven om naar aanleiding van de bevindingen van de studiecommissie een voorontwerp inzake het *Haftpflichtrecht* (aansprakelijkheidsrecht) op te stellen.²² In 1999 wordt dit *Vorentwurf* openbaar gemaakt.²³

Art. 41 Vorentwurf vangt aan met de toerekeningsgronden: *Verschuldenshaftung* (art. 48), *Gefährdungshaftung* (art. 50) en *Haftung für Hilfspersonen* (art. 49-49a). Van *Verschuldenshaftung* is ingevolge art. 48 Vorentwurf sprake in geval van opzet (*Absicht*) en *Fahrlässigkeit* (onachtzaamheid). Krachtens art. 48a (1) Vorentwurf handelt onachtzaam: 'die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet.' In het tweede lid van art. 48a volgt een nadere uitwerking. Of aan de 'vereiste zorgvuldigheid' (*erforderliche Sorgfalt*) uit het eerste lid is voldaan, hangt mede af van de leeftijd (*Alter*), opleiding (*Bildung*), deskundigheid (*Kenntnis*), alsmede de overige capaciteiten (*Fähigkeiten*) en eigenschappen (*Eigenschaften*) van de laedens.

Zonder hem expliciet te noemen, introduceert art. 48a Vorentwurf de persoon van de maatman en legt voor aansprakelijkheid voor foutief gedrag een objectieve én subjectieve maatstaf aan. Het handelen van de dader laat zich immers niet alleen beoordelen naar louter objectieve omstandigheden (*Umständen*), zoals het soort onrechtmatige gedraging (*Natur der Tätigkeit*),²⁴ maar ook door subjectieve '*persönliche Verhältnisse*'. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de geestelijke gesteldheid van de dader.²⁵ Het systeem van objectieve en subjectieve maatstaven van art. 48a Vorentwurf zal nader worden toegelicht in par. 4.3.4.²⁶

21 Term ontleend aan Attila Fenyves, 'Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten', in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 49, nr. 9.

22 Zie voor een overzicht van de grondslagen en doeleinden van deze wetsherziening het *Erläuternder Bericht*, p. 1-57.

23 Herziening van het Zwitserse aansprakelijkheidsrecht heeft tot op heden nog niet plaatsgevonden.

24 Vgl. *Erläuternder Bericht*, p. 120.

25 Vgl. *Erläuternder Bericht*, p. 120.

26 Naast de introductie van de figuur van de maatman zijn in het Vorentwurf tevens nieuwe bepalingen opgenomen met betrekking tot milieuaansprakelijkheid (art. 45d) en de verhouding tussen aansprakelijkheid en verzekering (art. 54-54i). Zie ook Pierre Widmer, 'Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene',

3.2 Oostenrijks Entwurf Schadenersatzrecht

Het Oostenrijkse onrechtmatige daadsrecht dateert van 1811 en is daarmee honderd jaar ouder dan zijn Zwitserse equivalent. Het *Schadenersatzrecht* is geregeld in hoofdstuk 30, getiteld ‘*Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung*’ (§ 1293-1341) van het tweede deel van het Oostenrijkse ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Evenals in het buurland Zwitserland is de herziening van het Oostenrijkse aansprakelijkheidsrecht ingegeven door technologische en maatschappelijke ontwikkelingen en een verouderd wettelijk stelsel.²⁷ In 2005 publiceert een *Arbeitsgruppe von Experten* onder voorzitterschap van de Oostenrijkse hoogleraar Helmut Koziol een *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*. Wie het Entwurf nauwkeuriger bestudeert, kan zich niet aan de indruk onttrekken, dat de *Principles of European Tort Law* als inspiratiebron hebben gediend.²⁸ Op zich is dat ook niet zo verwonderlijk; Koziol is naast voorzitter van de *Expertengruppe* tevens een vooraanstaand lid van de *European Group on Tort Law*.²⁹

Op vergelijkbare wijze als de PETL (art. 1:101) begint het Entwurf met een *Grundregel*. Krachtens het eerste lid van § 1292 Entwurf is het de taak van het schadevergoedingsrecht geleden schade te compenseren en tegelijkertijd een stimulans te verschaffen schade te voorkomen.³⁰ Aldus vervult het schadevergoedingsrecht een dubbelrol: compensatie (*Ausgleich*) en preventie (*Prävention*). In § 1292 (2) Entwurf wordt een viertal toerekeningsgronden genoemd die in de opvolgende afdelingen van het Entwurf nader zijn uitgewerkt: *Verschuldenshaftung* (afdeling 2), *Gefährdungshaftung* (afdeling 3 en 4), *Eingriffshaftung* (afdeling 6) en *Gehilfenhaftung* (afdeling 5).³¹

Voor ons onderwerp is de *Verschuldenshaftung* van afdeling 2 (§ 1295-1301) van belang. De hoofdregel is neergelegd in § 1295 (1):

in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 147-188.

27 Zie meer uitgebreid Gerhard Hopf, ‘Das Reformvorhaben’, in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 17-21.

28 Zie ook Helmut Koziol, ‘Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts’, in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 30, nr. 20, alsmede Hopf 2006, p. 20, nr. 6.

29 Zie voor een beknopt inhoudelijk overzicht van het Entwurf Barbara C. Steininger, ‘I. Austria. A. Legislation’, in: Helmut Koziol & Barbara C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2005*, Wien: Springer 2006, p. 118-127.

30 § 1292 (1) luidt als volgt: ‘Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen und damit zugleich einen Anreiz zu schaffen, Schäden zu vermeiden.’ Vgl. in dit verband tevens art. 10:101 PETL.

31 Vgl. hiermee art. 1:101 (2) PETL.

‘Aus Verschulden haftet, wer rechtswidrig, also objektiv sorgfaltswidrig, und schuldhaft (§ 1300) ein geschütztes Interesse verletzt oder gegen ein konkretes Verhaltensgebot (Schutzgesetz) oder die guten Sitten verstößt.’

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (*Rechtswidrigkeit*) is hier opgebouwd uit twee elementen: *objektiv sorgfaltswidrig* (objectief onzorgvuldig gedrag) en *schuldhaft* (schuld). Hiermee lijkt het Oostenrijkse Entwurf op het Nederlandse onrechtmatige daadssysteem waarin een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de onrechtmatige handeling en anderzijds de toerekenbaarheid ervan (vgl. art. 6:162 BW). Het (objectieve) element ‘sorgfaltswidrig’ is nader uitgewerkt in § 1296, terwijl het meer subjectief gekleurde begrip ‘schuldhaft’ is geregeld in § 1300 Entwurf.

§ 1296 (1) Entwurf bevat een zogenaamde ‘Sorgfaltsmaßstab’:

‘Im Allgemeinen ist die Sorgfalt aufzuwenden, die von einer vernünftigen, die Interessen anderer achtenden Person unter den gegebenen Umständen zu erwarten ist.’

Aldus wordt de onrechtmatigheid van de handeling objectief afgemeten aan de hand van een *Maßstabfigur*, een maatman. Anders dan het Zwitserse Vor-entwurf, die deze kwestie geheel open laat, noemt § 1296 (1) een aantal factoren die bij de invulling van het begrip ‘Sorgfalt’ bepalend zijn, te weten: aard (*Rang*) en waardering (*Wert*) van de betrokken belangen, het genomen risico (*Gefährlichkeit der Situation*), de verhouding tussen de betrokken partijen (*Naheverhältnis zwischen den Beteiligten*), en de eventuele mogelijkheid tot het nemen van veiligheidsmaatregelen (*Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung*). Deze factorencatalogus komt grotendeels overeen met die van art. 4:102 PETL.

Het spel van objectieve en subjectieve wegingsfactoren vindt zijn vervolg in § 1300 (1):

‘Schuldhaft handelt, wer anders hätte handeln sollen und auf Grund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse auch dazu in der Lage gewesen wäre.’

Voor het vaststellen van ‘schuld’ wordt (subjectief) naar de persoon van de dader gekeken. Van belang zijn in dit verband *Fähigkeiten* (capaciteiten) en *Kenntnisse* (deskundigheid). In aansluiting hierop formuleert het tweede lid van § 1300 Entwurf een bewijsvermoeden: bij *mündigen* personen wordt vermoed dat zij over de gebruikelijke capaciteiten en mate van deskundigheid beschikken, terwijl bij *Unmündigen* het tegendeel wordt vermoed. Naar Oosten-

rijks recht zijn *unmündig* zij die de leeftijd van 14 jaar nog niet hebben bereikt.³²

3.3 DCFR

De begin 2008 gepubliceerde *Draft Common Frame of Reference* is een gemeenschappelijk project van de *Study Group on a European Civil Code*,³³ met als drijvende kracht de Duitse hoogleraar Christian von Bar, en de *Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*.³⁴ Beide onderzoeksgroepen kennen een brede samenstelling en bestaan uit zowel continentale als niet-continentale juristen. Het DCFR-project vloeit voort uit het in januari 2003 door de Europese Commissie gelanceerde 'Actieplan inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht'.³⁵ In dit Actieplan wordt in het bijzonder gerefereerd aan een te ontwikkelen 'gemeenschappelijk referentiekader' (*A common frame of reference*), waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van het Europees verbintenissenrecht zijn vastgelegd.³⁶ Zoals de opstellers benadrukken, is de thans voorliggende DCFR geen politiek geautoriseerde tekst, maar een academische verhandeling.³⁷ Over het uiteindelijke doel van de DCFR zijn de opstellers betrekkelijk vaag. Mogelijk kan het dienen als 'legislators' guide' of 'toolbox' dan wel als 'optional instrument' dat van toepassing kan worden verklaard op (internationale) contracten.³⁸

De DCFR bestaat uit 'principles', 'definitions' en 'model rules' en bouwt gedeeltelijk voort op de *Principles of European Contract Law* van de Lando-groep. De nu gepubliceerde tekst beslaat zeven van de tien boeken waaruit de DCFR in zijn uiteindelijke vorm zal zijn opgebouwd. Eind 2008 zal de volledige tekst van de DCFR inclusief toelichting beschikbaar zijn. Boek I DCFR (*General provisions*) bevat enkele algemene bepalingen. Hier wordt onder meer aangegeven wat de reikwijdte van de DCFR is. Boek II, getiteld 'Contracts and other juridical acts', is specifiek toegespitst op het overeenkomstenrecht. In Boek III DCFR (*Obligations and corresponding rights*) is het verbintenissenrecht geregeld. Boek IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) richt zich vervolgens op de bijzondere overeenkomsten, zoals koop, huur en het verrich-

32 Het in het Oostenrijkse recht gemaakte onderscheid tussen 'mündig' en 'unmündig' valt niet samen met het Nederlandse onderscheid tussen minderjarigen en meerderjarigen. Zie § 21 ABGB: 'Minderjährige sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben; haben sie das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so sind sie unmündig.'

33 Zie nader <www.sgecc.net>.

34 Zie <www.acquis-group.org>.

35 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan, *PbEU* 2003, C 63/1.

36 Zie het Actieplan, par. 4.1.1, nr. 59 e.v., *PbEU* 2003, C 63/11-12.

37 DCFR 2008, p. 5, nr. 4.

38 DCFR 2008, p. 37, nr. 76.

ten van diensten. In de Boeken V-VII zijn de niet-contractuele bronnen van verbintenis geregeld: zaakwaarneming (Boek V), onrechtmatige daad (Boek VI) en ongerechtvaardigde verrijking (Boek VII). De nog te verschijnen Boeken VIII-X zullen een aantal goederenrechtelijke onderwerpen behandelen, zoals eigendom (Boek VIII), zekerheidsrechten (Boek IX) en trusts (Boek X).

Boek VI DCFR (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*) vangt in art. 1:101 (1) aan met een *basic rule*:

‘A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.’

Daarna volgt de DCFR het met de de PETL vergelijkbare patroon van *Causation* (hoofdstuk 4), *Defences* (hoofdstuk 5), *Remedies* (hoofdstuk 6) en *Accountability* (hoofdstuk 3). De eerste afdeling van hoofdstuk 3 is gewijd aan *intention* en *negligence*. Voor onze bijdrage is art. VI-3:102 van belang waar de *negligence* is geregeld. Krachtens art. VI-3:102 (b) wordt onzorgvuldig gehandeld, indien de handelende persoon ‘does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.’ Ook hier een maatman (*reasonably careful person*). Maar anders dan de PETL (art. 4:102), de Third Restatement Torts (§ 3) en het Oostenrijkse Entwurf (§ 1296) bevat de DCFR geen (objectieve) factorencatalogus die de *reasonably careful person* profiel geeft.³⁹ Art. VI-3:102 (b) DCFR spreekt slechts over ‘*the circumstances of the case*’. Hiermee komt deze bepaling nog het meest in de buurt van art. 48a van het Zwitserse Vorentwurf. Op art. VI-3:102 DCFR zal nader worden ingegaan in par. 4.3.3.

Aan de aansprakelijkheid van personen onder de achttien jaar is in hoofdstuk 3 van boek VI DCFR een afzonderlijke bepaling gewijd. Krachtens art. VI-3:103 (2) kan een kind jonger dan zeven jaar niet aansprakelijk worden gesteld voor schade veroorzaakt door opzettelijk (*intentional*) of nalatig (*negligent*) gedrag. Voor de leeftijdscategorie zeven- tot en met zeventienjarigen is aansprakelijkheid uit *negligence* slechts aan de orde ‘in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.’ Hier wordt de maatman (subjectief) toegesneden op personen van dezelfde leeftijd.⁴⁰

39 Zie voor een nadere rechtsvergelijkende beschouwing op dit punt tussen de DCFR en de PETL Isabelle Veillard, ‘La faute dans les projets de l’ECTIL et du *Study Group*’, *GPR* 2007, p. 262-270.

40 Zie hierna meer uitgebreid par. 4.3.3.

4 DE AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN FOUT IN DE ONDERZOCHE TEKSTEN

Op welke wijze heeft de aansprakelijkheid op grond van fout⁴¹ vorm gekregen in de PETL, de Third Restatement Torts, de Zwitserse en Oostenrijkse hervormingsvoorstellen en de DCFR? Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal op een viertal deelkwesties worden ingegaan. In de eerste plaats wordt een definitie gegeven van de term 'fout'. Vervolgens gaan we in op de vraag of voor aansprakelijkheid voor foutief gedrag een louter objectieve standaard moet worden toegepast, dan wel of er ook plaats is voor subjectieve elementen. Om het met de woorden van Koziol te zeggen: 'Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?'⁴² In een derde, centraal deel, onderzoeken we in detail de aansprakelijkheid voor foutief gedrag in de onderzochte teksten. Afgesloten wordt met een bespreking van de elementen die in de onderzochte teksten worden aangereikt teneinde vast te kunnen stellen of er *in objectieve zin* sprake is van foutief gedrag. Alleen een antwoord op deze vier deelvragen biedt ons een scherp beeld van de maatman in de door ons geanalyseerde regels van *soft law*.

4.1 Definiëring van het begrip 'fout'

Fout bevat twee aspecten, namelijk een *daad*gericht element en een *dader*gericht element. Om te bepalen of iemands gedrag als een fout kan worden aangemerkt, moet niet alleen worden onderzocht of een gedraging in strijd is met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, al dan niet geconcretiseerd naar gelang de rol die iemand in de samenleving vervult, maar moet ook worden nagegaan of het niet beantwoorden aan die norm te wijten is aan de schuld, in de zin van individuele verwijtbaarheid, van de dader. Bij dit laatste kan rekening worden gehouden met persoonlijke kenmerken van de actor. Beide elementen moeten goed van elkaar worden onderscheiden. Zo maakt het Nederlandse recht in art. 6:162 BW een onderscheid tussen de onrechtmatigheid van de daad enerzijds en de toerekening van deze daad aan de dader anderzijds. Ook het Belgische recht vereist voor aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag niet alleen onrechtmatigheid, maar ook toerekenbaarheid van de daad aan degene die de schadeveroorzakende daad heeft verricht.⁴³ Dit is eveneens het geval in het Anglo-amerikaanse recht: voor de *tort of negligence*, en meer

41 'Fault' (PETL), 'Verschuldenshaftung' (Zwitsers Vorentwurf, Oostenrijks Entwurf), 'Accountability with negligence' (DCFR).

42 Helmut Koziol 1998.

43 Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich tot op heden steeds in die zin uitgesproken. Zie o.a. Cass. 13 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, p. 528; Cass. 16 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 750 en *Pas.* 1984, I, 684.

bepaald voor het vaststellen of er sprake is van een *breach of duty*, moet in bepaalde gevallen, naast het onderzoek of iemand zich heeft gedragen overeenkomstig de objectieve standaard van de *reasonable man*, rekening worden gehouden met de capaciteiten (*capacity*) van de actor.⁴⁴ Deze leer, waarin een daad- en een dadergebonden element van elkaar worden onderscheiden, staat in schril contrast met de zogenaamde *schuldloze foutleer* (of: leer van de objectieve fout) die in Frankrijk wordt gehuldigd.⁴⁵ Volgens deze leer is het niet vereist dat de onrechtmatige daad, om tot aansprakelijkheid te kunnen leiden op grond van schuld, toerekenbaar is aan de dader. Het gedrag van de actor wordt *uitsluitend* getoetst aan een objectieve maatstaf van zorgvuldigheid en voorzichtigheid die in de samenleving geldt. Het foutbegrip is een sociaal begrip (*norme sociale*).

4.2 Objectieve en/of subjectieve toetsing?

Over de vraag of voor aansprakelijkheid voor eigen gedrag een louter objectieve, dan wel een deels objectieve, deels subjectieve maatstaf moet worden gehanteerd, bestaat geen eensgezindheid. Sommige auteurs menen 'dat schuld mag worden aangenomen als een met de dader vergelijkbaar persoon bij de nodige oplettendheid en voorzichtigheid het schadegebeuren redelijkerwijs had kunnen voorzien en voorkomen. Schuld veronderstelt dus kenbaarheid en vermijdbaarheid van een bepaald risico (...). Waar het uiteindelijk om gaat, is dat geen rekening mag worden gehouden met de persoonlijke eigenschappen, vaardigheden en capaciteiten, fysieke en psychische gesteldheid van de dader, maar dat vergeleken wordt met een ideaaltype.'⁴⁶ Om die reden menen deze schrijvers dat het onderscheiden van het onrechtmatigheidsvereiste en het schuldvereiste niet wenselijk is. Beide vereisten moeten volgens hen worden versmolten tot één element waarbij rekening wordt gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval.

Dit standpunt wordt onder meer ingenomen door Van Dam in zijn dissertatie. Volgens deze auteur is het moeilijk een onderscheid te maken tussen factoren betreffende de daad en de dader. Daarom moet de voorkeur worden gegeven aan een maatstaf waarin alle omstandigheden van het geval, met betrekking tot zowel daad als dader, worden samengevoegd. Deze maatstaf

44 Vgl. voor Engeland bijv. *Carmarthenshire County Council v. Lewis* (1955) A.C. 549, 563 en voor de Verenigde Staten *Dunn v. Teti* (1980) 421 A. 2d 782, 785 (Superior Court of Pennsylvania).

45 Zie over de schuldloze foutleer in Frankrijk: Pieter De Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 87 e.v.

46 A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Monografieën Privaatrecht 4, Deventer: Kluwer 2005, p. 50.

is een op het concrete geval toegesneden zorgvuldigheidsnorm.⁴⁷ Dit betekent nochtans niet dat Van Dam beide begrippen, schuld en onrechtmatigheid, helemaal in elkaar laat opgaan. Van Dam maakt geen strikt onderscheid tussen onrechtmatigheid en schuld, maar kiest voor een subjectivering van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Onrechtmatigheid slaat volgens hem op de miskennen van een juridische plicht (een wettelijke plicht of een subjectief recht) of de maatschappelijke betamelijkheid *in abstracto*, terwijl schuld betrekking heeft op de noodzakelijke concretisering van die *in abstracto*-beoordeling naar de objectieve kennis en kunde van veroorzakers van, om het met Van Dam te zeggen, ‘diverse pluimage’, zowel naar boven (wegens de grotere beroepsbekwaamheid van de actor) als naar beneden (wegens de jeugdige leeftijd van de actor).⁴⁸

Wij zouden een andere zienswijze willen verdedigen. Met onrechtmatigheid wordt de daad gekwalificeerd, terwijl ‘schuld’ een verband legt tussen de daad en de dader. Daarom moet de opvatting dat het schuldvereiste opgaat in het onrechtmatigheidsvereiste, worden verworpen.⁴⁹ Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een fout, moet *in de eerste plaats* worden onderzocht of de daad al dan niet indruist tegen hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Deze toetsing dient objectief te geschieden. De werking van de normen die in de maatschappij worden gesteld, mag niet worden beperkt door factoren die de toerekenbaarheid aan de dader betreffen. Wel mogen, bij deze objectieve uitleg van de maatschappelijke zorgvuldigheid, als onderdeel van de onrechtmatigheidsvraag, aan bepaalde groepen burgers op grond van hun objectief vaststelbare positie die zij in de samenleving bekleden, strengere eisen worden gesteld.⁵⁰ *In de tweede plaats* moet worden nagegaan of er sprake is van toerekenbaarheid van de daad aan de dader. Deze toetsing dient subjectief te gebeuren: bij de vaststelling van schuld wordt rekening gehouden met de persoonlijke kenmerken van de dader, waardoor een op een specifiek geval toegesneden oordeel over aansprakelijkheid wordt gevormd.⁵¹ Een *gesubjectieveerd onrechtmatigheidsoordeel* is uit den boze, omdat een gesubjectieerd onrechtmatigheidsvereiste niet het karakter heeft van een norm die duidelijk maakt welk gedrag er *in het maatschappelijk verkeer* ongeoorloofd is. Bovendien zou subjectivering van de onrechtmatige daad van de aangesprokene betekenen dat op die grond onrechtmatigheid kan ontbreken, waardoor ten aanzien van bepaalde actoren, zoals minderjarigen, de vestiging van een *kwalitatieve* aansprakelijkheid wordt verhinderd, zoals bijvoorbeeld die van de ouders voor hun minderjarige kinderen op grond van art. 6:169 BW. Kwalitatieve aansprake-

47 C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, nr. 66, 71, 75, 140 en 141. Zie over deze opvatting C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 88-89.

48 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 168, nr. 704.

49 In gelijke zin Asser-Hartkamp 4-III (2006), p. 95, nr. 74.

50 Sieburgh 2000, p. 93.

51 Sieburgh 2000, p. 163.

lijkheid van de ouders vereist immers de aanwezigheid van een (objectief) onrechtmatige daad aan de zijde van de minderjarige.⁵²

4.3 Situering van fout in de onderzochte teksten

4.3.1 PETL

Een eerste aanknoping in de PETL voor de aansprakelijkheid voor foutief gedrag vormen de artikelen 1:101, 4:101 en 4:102 (1). Art. 1:101 stelt dat schade (onder meer) kan worden toegerekend wanneer die is veroorzaakt door het foutief gedrag van de dader:

‘Damage may be attributed in particular to the person whose conduct constituting fault has caused it.’

Wat foutief gedrag precies inhoudt, wordt vervolgens uitgewerkt in art 4:101:

‘A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.’

Er is dus sprake van persoonlijke aansprakelijkheid voor eigen gedrag wanneer iemand met opzet of onachtzaamheid in strijd met de toepasselijke gedragsnorm heeft gehandeld. De inhoud van deze (maatschappelijke) norm voor zowel opzet als onachtzaamheid ligt vervat in art 4:102 (1):

‘The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances (...).’

In de toelichting wordt aangegeven dat de PETL aansluiting zoeken bij de heersende opvatting in Europa dat op het punt van deze (maatschappelijke) gedragsnorm een geobjectiveerde standaard moet worden aangenomen, die zoveel mogelijk is losgekoppeld van verwijtbaarheid (*blameworthiness*). Slechts bij wege van uitzondering kan daarvan worden afgeweken.⁵³

Deze uitzondering vormt de tweede aanknoping voor aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag in de PETL, namelijk art. 4:102 (2). Dit artikel bepaalt dat de (maatschappelijke) maatstaf, vervat in lid 1 van art. 4:102, kan worden aangepast (*adjusted*) wanneer de aangesprokene zich op grond van ‘age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances’ niet aan de maatschappelijk vooropgestelde norm kan conformeren. Wat de leeftijd betreft,

52 Vgl. HR 12 november 2004, NJ 2005, 138 m.nt. CJHB. Zie nader Sieburgh 2000, p. 95.

53 Pierre Widmer, ‘Title III. Bases of Liability. Chapter 4. Liability Based on Fault’, in: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 64-65, nr. 1-3.

wordt in de PETL niet gekozen voor een vaste leeftijdsgrens zoals in het Nederlandse recht, waar art. 6:164 BW bepaalt dat ‘een gedraging van een kind dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt, aan hem niet als een onrechtmatige daad kan worden toegerekend.’ De PETL kiest op dit punt voor een naar eigen zeggen ‘flexible system’ waarbij de vraag of de dader voldoende inzicht heeft in en controle heeft over zijn gedrag, van geval tot geval moet worden beoordeeld overeenkomstig de mentale ontwikkeling van de aangesprokene. In het commentaar op art. 4:102 wordt daarbij verwezen naar situaties, zoals het omgaan met gevaarlijk speelgoed, waarbij zelfs jonge kinderen zich in beginsel bewust moeten zijn van het risico van hun gedrag en in staat zijn zich dienovereenkomstig te gedragen. Bovendien biedt het niet hanteren van een vaste leeftijdsgrens, aldus het commentaar, het voordeel dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ook kan worden aangepast aan de *jeugdige* leeftijd van de dader, maar ook aan diens *verder gevorderde* leeftijd.⁵⁴

Een derde aanknopingspunt vormt art. 4:102 (3), waar wordt gesproken over regels die gedrag voorschrijven of verbieden. Zij moeten worden ‘meegenomen’ bij het bepalen van de gedragsnorm. Het gaat daarbij niet enkel over regels in de formele zin van het woord, maar ook over regels uitgevaardigd door semi-publieke of private organisaties, bijvoorbeeld in de vorm van interne richtlijnen.⁵⁵

De PETL hanteren, wat de aansprakelijkheid voor foutief gedrag betreft, geen duidelijk onderscheid tussen de maatschappelijke onzorgvuldigheid van de gedraging enerzijds en de verwijtbaarheid van die gedraging aan de dader anderzijds. Er wordt volstaan met de formulering dat de maatschappelijke norm kan worden ‘aangepast’. Wordt hiermee bedoeld dat er sprake moet zijn van verwijtbaarheid van het gedrag van de concrete dader op grond van zijn persoonlijke kenmerken, namelijk ‘age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances’? Of is er sprake van een *subjectivering* van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm *naar beneden* (waar we, op grond van hetgeen we schreven, geen voorstander van zijn)?

Dat de PETL, los van de opmerking die we hiervoor hebben gemaakt, oog hebben voor de bijzondere positie van minderjarigen en personen met een handicap, valt toe te juichen. Door rekening te houden met persoonlijke kenmerken van de dader, meer bepaald zijn leeftijd of zijn handicaps, verdisconteren de PETL één van de doelstellingen waaraan een optimale aansprakelijkheidsregeling moet beantwoorden, namelijk de preventieve rol ervan. Immers, hoe kan een persoon die geen onderscheidingsvermogen bezit, of een persoon die wel onderscheidingsvermogen bezit, maar niet in staat is zijn gedrag aan dat vermogen te conformeren, ertoe worden aangezet om na te denken alvorens zich in een situatie te plaatsen waarin alle aansprakelijkheidsvoorwaar-

54 Widmer 2005, p. 80, nr. 15.

55 Widmer 2005, p. 81-82, nr. 19-21.

den zijn verenigd? De aansprakelijkheid heeft ten aanzien van zulke personen namelijk geen invloed op prikkels tot het dragen van zorg.⁵⁶

4.3.2 *Third Restatement Torts*

In de Third Restatement Torts vormt § 3. Negligence een eerste aanknopingspunt voor de aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag:

‘A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances (...).’

Deze objectieve standaard wordt in de *Comment* als volgt toegelicht:⁵⁷

‘Conduct that displays reasonable care is the same as conduct that is reasonable, conduct that shows ‘ordinary care’, conduct that avoids creating an ‘unreasonable risk of harm’, and conduct that shows ‘reasonable prudence’. Because a ‘reasonably careful person’ (or a ‘reasonably prudent person’) is one who acts with reasonable care, the ‘reasonable care’ standard for negligence is basically the same as a standard expressed in terms of the ‘reasonably careful person’ (or the ‘reasonably prudent person’).’

Voor kinderen en personen met een handicap (*disability*) bevat de Third Restatement Torts een aangepaste (objectieve) maatstaf. Wat de kinderen betreft, dat wil zeggen minderjarigen,⁵⁸ bepaalt § 10. Children (a) dat een kind onzorgvuldig handelt ‘if it does not conform to that of a reasonably careful person of the same age, intelligence, and experience.’ Er vindt dus een subjectivering van de algemene (maatschappelijke) zorgvuldigheidsnorm naar beneden plaats. Dit druist in tegen onze in par. 4.2 verwoorde stellingname dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, wie ook de persoon van de actor is, zuiver objectief moet worden beoordeeld en dat subjectieve elementen, zoals de leeftijd van de dader of de aanwezigheid van een of andere vorm van *disability*, alleen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de objectief onzorgvuldige gedraging aan de dader subjectief, dat wil zeggen op grond van zijn persoonlijke kenmerken kan worden verweten.

Op de objectieve maatstaf voor minderjarigen formuleert de Third Restatement Torts twee uitzonderingen. Ten eerste kunnen kinderen jonger dan vijf jaar niet op grond van *negligence* aansprakelijk worden gesteld: ‘A child less

⁵⁶ Zie nader De Tavernier 2006, p. 116, nr. 157.

⁵⁷ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 3. Negligence, Proposed Final Draft No. 1, Comment a (Terminology).

⁵⁸ Uit de *Comment* blijkt dat met kinderen wordt bedoeld personen die de leeftijd van de meerderjarigheid – in de meeste staten 18 jaar – nog niet hebben bereikt. Zie Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 10. Children, Proposed Final Draft No. 1, Comment a (Coverage).

than five years of age is incapable of negligence' (§ 10. Children (b)). Ten tweede wordt een uitzondering gemaakt voor kinderen die zich bezighouden met een gevaarlijke activiteit 'that is characteristically undertaken by adults' (§ 10. Children (c)). In dat geval toetst de rechter het gedrag van het kind aan dat van een volwassen vergelijkingstype. De *black letter*-tekst over kinderen illustreert op correcte wijze de stand van het geldende Amerikaanse recht, namelijk dat de jeugdige leeftijd van de dader een relevante factor is bij de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van *negligence*.⁵⁹ Toch mag de *black letter*-tekst ons niet uit het oog doen verliezen dat de wijze waarop de rechter rekening houdt met de jeugdige leeftijd van de aangesprokene, in de Amerikaanse rechtscollages verschilt van staat tot staat. Een grote meerderheid van staten hanteert weliswaar de flexibele norm zoals in § 10. Children (a) staat geformuleerd. Deze norm staat bekend als de zogenaamde *Massachusetts rule*. Maar er zijn ook staten die een andere methode hanteren. Zo wordt in Oklahoma de volgende *Uniform Jury Instruction* gehanteerd:⁶⁰

'A child less than 7 years old is conclusively presumed incapable of negligence as a matter of law. A child between 7 and 14 years old is presumed not to be capable of being negligent, but may be shown to be capable of negligence. A child 14 years old or older is presumed to be capable of being negligent, but may be shown not to be capable of negligence.'

Ten aanzien van personen met een *fysieke* handicap hanteert de Third Restatement Torts eenzelfde benadering als in § 10. Children (a). In §11. Disability (a) wordt bepaald dat het gedrag van een dader met een dergelijke handicap slechts als *negligent* kan worden bestempeld 'if it does not conform to that of a reasonably careful person with the same disability'. Opnieuw wordt dus een subjectivering *naar beneden* toegepast. Een *geestelijke* of *emotionele* (*mental or emotional*) handicap moet echter bij de beoordeling van *negligence* buiten beschouwing blijven: § 11. Disability (c), tenzij de dader een kind is. Ook op deze regeling kan kritiek worden geuit, en wel vanuit de rechtseconomische overweging dat aansprakelijkheid van geestesgestoorden inefficiënt is. Een persoon wordt namelijk verplicht schade te vergoeden ofschoon dit geen enkele invloed kan hebben op zijn prikkels om zorg te dragen. De verschuiving van de schadelast naar de geestesgestoorde dader zal alleen administratieve kosten veroorzaken en bijgevolg niet bijdragen tot een verhoging van de maatschappelijke welvaart.⁶¹ § 11. Disability (b), ten slotte, betreft aansprakelijkheid voor schade die zich voordoet in geval van 'sudden incapacitation or loss of consciousness resulting from physical illness' van de actor. In de *Comment* wordt

59 Vgl. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 10. Children, Proposed Final Draft No. 1, Comment b (Rationale).

60 Te raadplegen via <www.oscn.net>.

61 Michael Faure en Roger van den Bergh, 'Efficiënties van het aansprakelijkheidsrecht', *Rechtskundig Weekblad* 1987-88, p. 1116.

met betrekking tot deze categorie verwezen naar gevallen zoals epilepsie of een hartaanval. In dat geval is er alleen sprake van *negligence* indien de 'sudden incapacitation or loss of consciousness' voor de dader redelijkerwijze voorzienbaar was.⁶²

4.3.3 DCFR

De DCFR, anders dan de PETL, hanteert niet de term *fault*, maar vertrekt in de basisnorm (art. VI-1:101) onmiddellijk van aansprakelijkheid op grond van *negligence* en *intention* enerzijds en aansprakelijkheid op andere gronden dan *negligence* of *intention* anderzijds:

'(1) A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage.'

Deze beide typen van aansprakelijkheid worden vervolgens in afzonderlijke secties uitgewerkt, waarbij in Section 1 aan *negligence* en *intention* een aparte bepaling wordt gewijd. De bepaling over *negligence* (art. VI-3:102) luidt als volgt:

'A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which either: (a) does not meet the particular standard of care provided by a statutory provision whose purpose is the protection of the injured person from the damage suffered; or (b) does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.'

Volgens de DCFR is er dus sprake van onachtzaam gedrag wanneer dat gedrag niet in overeenstemming is met (a) hetzij een wettelijk vastgestelde gedragsnorm die strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden, (b) hetzij de mate van zorg die van een redelijk en voorzichtig persoon mag worden gevergd.

Na de formulering van de objectieve maatstaf in art. VI-3:102 formuleert art. VI-3:103 de maatstaf die geldt voor personen jonger dan achttien jaar. Art. VI-3:103 sub 1 bevat een regel die dezelfde is als in § 10. Children (a) van de Third Restatement Torts, met dien verstande dat in de DCFR geen sprake is van 'children', maar wel van 'persons under eighteen'. Deze regel, die neerkomt op een subjectivering van de algemene zorgvuldigheidsnorm *naar beneden*, luidt als volgt:

62 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 11. Disability, Proposed Final Draft No. 1, Comment d (Sudden incapacitation).

‘A person under eighteen years of age is accountable for causing legally relevant damage according to VI-3:102 (Negligence) sub-paragraph (b) only in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.’

Waarom hebben de opstellers van de DCFR niet gekozen voor een regeling waarbij personen jonger dan achttien jaar niet voor *negligence* aansprakelijk kunnen worden gesteld omdat hun gedraging, gelet op hun leeftijd, niet op grond van schuld (individuele verwijtbaarheid) kan worden toegerekend? Op grond van art. VI-3:103 (2) worden kinderen jonger dan zeven jaar van aansprakelijkheid uitgesloten.⁶³ De DCFR kiest dus, net als de Third Restatement Torts, voor een vrijstelling van aansprakelijkheid van kinderen die een bepaalde leeftijdsgrens hebben bereikt, met dien verstande dat de grens in de Third Restatement Torts op vijf jaar is gesteld. Art. VI-3:103 (3), ten slotte, bevat een belangrijke uitzondering op de aangepaste zorgvuldigheidsnorm voor kinderen jonger dan achttien jaar en de vrijstelling van aansprakelijkheid van kinderen jonger dan zeven jaar. De artikelen VI-3:102 (1) juncto (2) zijn namelijk niet van toepassing, indien schadeloosstelling van het slachtoffer, rekening houdende met de vermogenstoestand van de partijen en alle andere omstandigheden van het schadegeval, billijk zou zijn (*would be equitable*). Deze billijkheidscorrectie is wel subsidiair aan de eventuele vordering die het slachtoffer tegen een medeaansprakelijke van de minderjarige zou hebben (*to the extent that the injured person cannot obtain reparation under this Book from another*).⁶⁴ Met dit laatste wordt verwezen naar art. VI-3:104, dat de aansprakelijkheid regelt van ouders en toezichthouders.

De DCFR bevat ook een maatstaf voor personen die op het ogenblik van het ontstaan van de schade lijden aan een geestelijke stoornis (*mental incompetence*).⁶⁵ Art. VI-5:301 (1) bepaalt:

‘A person who is mentally incompetent at the time of conduct causing legally relevant damage is liable only if this is equitable, having regard to the mentally incompetent person’s financial means and all the other circumstances of the case. Liability is limited to reasonable recompense.’

Dit artikel illustreert de aandacht van de opstellers van de DCFR voor een evenwicht tussen de vergoedende en de preventieve doelstellingen van de

63 Art. VI-3:103 (2) DCFR luidt als volgt: ‘A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently.’

64 Vgl. met het Duitse recht: Staudinger/Oechsler (1998), § 829 BGB, randnr. 39-41.

65 In art. VI-5:301 (2) DCFR wordt het begrip geestelijke stoornis als volgt gedefiniëerd: ‘A person is to be regarded as mentally incompetent if that person lacks sufficient insight into the nature of his or her conduct, unless the lack of sufficient insight is the temporary result of his or her own misconduct.’

gekozen aansprakelijkheidsregeling. Bovendien getuigt de regeling van pragmatisme. Om het met de woorden van Veillard te zeggen:⁶⁶

‘l’exigence d’imputabilité n’est respectée que pour autant qu’elle ne nuise pas excessivement (...) à l’indemnisation de la victime.’

4.3.4 Zwitsers Vorentwurf

In het Zwitserse voorontwerp ligt de foutaansprakelijkheid besloten in art. 48a:

‘(1) Fahrlässig handelt die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet.
(2) Die erforderliche Sorgfalt beurteilt sich nach dem Alter, der Bildung, den Kenntnissen sowie nach den übrigen Fähigkeiten und Eigenschaften der Person, die den Schaden verursacht hat.’

De beoordeling of iemand al dan niet foutief heeft gehandeld, geschiedt in drie stappen. Eerst moet de rechter de objectieve omstandigheden (*Umständen*) onderzoeken waarin het schadegeval zich heeft voorgedaan, zoals bijvoorbeeld de aard van de activiteit of de plaats van het ongeval. Vervolgens dient hij persoonsgebonden elementen in ogenschouw te nemen. Daarbij moet hij *eerst* beoordelen of de actor zich heeft gedragen volgens de sociale of professionele rol die hij in de samenleving vervult. Dit is een objectieve beoordeling. Daarna, indien nodig, komt de subjectieve toetsing aan de orde, namelijk of de actor de mogelijkheid had om zich te conformeren aan de vooraf vermelde maatschappelijke norm.⁶⁷ Op grond van deze laatste toetsing is het mogelijk om bijvoorbeeld jonge kinderen of personen met een fysieke of geestelijke beperking, die in het Vorentwurf niet expliciet worden genoemd, van aansprakelijkheid uit te sluiten.

De opvatting van de opstellers van het voorontwerp sluit goed aan bij het standpunt dat we in par. 4.2 hebben verdedigd, namelijk dat voor de beoordeling van aansprakelijkheid voor eigen gedrag in eerste instantie een objectieve toetsing moet plaatsvinden⁶⁸ en in tweede instantie moet worden onderzocht of de gedraging aan de dader kan worden verweten. Deze tweede toets is voor de opstellers van het ontwerp essentieel. Een doorgedreven objectivering (*starke Objektivierung*) van het begrip *Fahrlässigkeit* wordt terecht afgekeurd.⁶⁹

⁶⁶ Veillard 2006, p. 267.

⁶⁷ *Erläuternder Bericht*, p. 119-121.

⁶⁸ *Erläuternder Bericht*, p. 120: ‘Zunächst ist eine objektive Wertung vorzunehmen, um zu entscheiden, ob der Schädiger das Verhaltensmuster seiner (sozialen, beruflichen usw.) Kategorie eingehalten hat.’

⁶⁹ *Erläuternder Bericht*, p. 119-120.

‘Eine solche Auffassung denaturiert die Verschuldenshaftung (...). Die Objektivierung der Fahrlässigkeit beseitigt den Gedanken des Vorwurfs, der indessen ihr Wesen ausmacht. Wenn der Schädiger keine subjektiven Entschuldigungen mehr vorbringen kann, gilt für ihn gewissermassen eine “Verschuldenshaftung ohne Verschulden”.’

Daarom hebben de opstellers niet gekozen voor een artikel waarin de maatman als *centraal* referentiepunt wordt genoemd, maar wel een bepaling (art. 48a Vorentwurf), waarin fout wordt gedefinieerd als de miskenning van de zorgvuldigheid die de omstandigheden én de individuele situatie van de actor met zich meebrengt (‘Missachtung der Sorgfalt, die nach den Umständen und nach den persönlichen Verhältnissen des Schädigers geboten ist’). Met andere woorden zowel de miskenning van de maatschappelijke zorgvuldigheid als de verwijtbaarheid daarvan aan de dader.⁷⁰

4.3.5 Oostenrijks Entwurf

Op dezelfde gronden kan ook het Oostenrijkse Entwurf op onze goedkeuring rekenen. Wat aansprakelijkheid voor eigen foutief gedrag betreft, vertrekt deze ontwerptekst van een duidelijk onderscheid tussen *Rechtswidrigkeit* en *Verschulden*. § 1295 (1):

‘Aus Verschulden haftet, wer rechtswidrig, also objektiv sorgfaltswidrig, und schuldhaft (§ 1300) ein geschütztes Interesse verletzt oder gegen ein konkretes Verhaltensgebot (Schutzgesetz) oder die guten Sitten verstößt.’

Voor aansprakelijkheid voor eigen gedrag moet *in de eerste plaats* sprake zijn van onrechtmatigheid.⁷¹

‘Rechtswidrig handelt gemäß 1295 Abs. 1 Entw. wer sich ‘objektiv sorgfaltswidrig’ verhält.’

De maatstaf die daarbij moet worden gehanteerd, met inbegrip van de beoordelingsfactoren die bij de toetsing aan die maatstaf kunnen worden angewend, liggen vervat in de daarop volgende § 1296. De aanhef van dat artikel luidt:

‘Im allgemeinen ist die Sorgfalt aufzuwenden, die von einer vernünftigen, die Interessen anderer achtenden Person unter den gegebenen Umständen zu erwarten ist.’

⁷⁰ *Erläuternder Bericht*, p. 120.

⁷¹ Zie Fenyves 2006, p. 48, nr. 5; Steininger 2006, p. 120, nr. 7.

In de tweede plaats moet de aangesprokene de schade *schuldhaft* hebben veroorzaakt. Dit tweede vereiste, dat subjectief wordt ingekleurd, wordt uitgewerkt in § 1300 (1):

‘Schuldhaft handelt, wer anders hätte handeln sollen und auf Grund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse auch dazu in der Lage gewesen wäre (...).’⁷²

Met betrekking tot dit subjectieve vereiste bevat § 1300 (2) een dubbel vermoeden: van kinderen vanaf veertien jaar wordt vermoed dat zij die bekwaamheid en kennis bezitten. Van kinderen jonger dan veertien jaar wordt het tegendeel vermoed. Op deze subjectieve toets wordt, anders dan in het Zwitserse Vorentwurf, in § 1301 wel een belangrijke uitzondering gemaakt. Wanneer personen jonger dan veertien jaar of ontoerekeningsvatbare personen (‘Personen die den Gebrauch der Vernunft nicht haben’) zich objectief onzorgvuldig hebben gedragen, kunnen zij op grond van bepaalde omstandigheden, zoals het voordeel dat de dader put uit de door hem veroorzaakte schade of de vermogenstoestand van de betrokken partijen, toch geheel of gedeeltelijk aansprakelijk worden gesteld. Hetzelfde geldt voor personen die wel toerekeningsvatbaar zijn, maar niet *schuldhaft* hebben gehandeld, omdat zij in het concrete geval niet over de daartoe vereiste bekwaamheid en kennis beschikten.⁷³ Men zou zich, met Widmer, de vraag kunnen stellen of deze laatste bepaling niet voert tot een uitholling (*Ausblutung*) van het begrip schuld. Ligt een bepaling zoals § 1301 niet dicht in de buurt van bestaande regelingen waarbij de omstandigheid dat een gedraging is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel vormt om haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen?⁷⁴

72 Het zal de lezer niet verwonderen dat Widmer, een van de opstellers van het Zwitserse Vorentwurf, met deze aanpak instemt: ‘Wenn ich den § 1295 Abs. 1 bis zum zweiten Komma und in Verbindung mit § 1296 Abs. 1 lese, kann ich nur frohlocken: der österreichische Entwurf hält – wie der schweizerische (...) offensichtlich an einem subjectiven Verschuldensbegriff fest – dem semantisch einzig möglichen’. Zie Pierre Widmer, ‘Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes’, in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 132, nr. 14.

73 § 1301 Entwurf: ‘Handeln Unmündige oder Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, objektiv sorgfaltswidrig, so richten sich Grund und Umfang der Haftung nach einem ausnahmsweise doch vorhandenen Verschulden, einem ihnen durch die Schädigung erwachsenen Vorteil, einer aus Rücksicht auf sie unterlassenen Abwehr sowie ihren Vermögensverhältnissen und jenen des Geschädigten. Gleiches gilt, wenn sonst jemand nicht schuldhaft handelt, weil ihm die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse im Einzelfall fehlen’.

74 Widmer 2006, p. 133, nr. 17.

4.4 De objectieve elementen van (on)zorgvuldig gedrag

De meeste teksten en commentaren vermelden niet alleen de maatman of *reasonable man* als referentie voor (on)zorgvuldig gedrag, maar geven ook aan welke criteria de rechter toe moet passen bij de beantwoording van de vraag of de aangesprokene zich al dan niet als een *reasonable person* heeft gedragen. Zo geven de PETL in art. 4:102 niet alleen aan dat het gedrag van de aangesprokene moet worden vergeleken met dat van de '*reasonable person in the circumstances*', maar worden ook, door de opstellers nauwkeurig uitgezochte, factoren opgesomd die bij de toetsing van het gedrag van de actor aan de zorgvuldighedsnorm kunnen worden aangewend:

'the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.'

Door het hanteren van een dergelijke factorencatalogus wordt het flexibele karakter van de regeling benadrukt. Voorts biedt de catalogus aan de rechter een houvast bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag. Dit bevordert de rechtszekerheid. Terecht schrijft een van de commentatoren van het Oostenrijkse Entwurf:

'Durch die explizite Anführung der maßgeblichen Faktoren im Gesetz wird ein Gewinn an Bestimmtheit erreicht, der zu einer besseren Vorsehbarkeit des Ergebnisses des Rechtswidrigkeitskalküls führen soll.'⁷⁵

Voor een Nederlandse jurist klinkt deze aanpak bekend in de oren, sinds de Hoge Raad in het Kelderluik-arrest besliste welke algemene gezichtspunten in aanmerking moeten worden genomen voor de beantwoording van de vraag of er bij gevaarzetting, dat wil zeggen het scheppen of laten voortbestaan van gevaar voor eens anders persoon of goed, al dan niet sprake is van maatschappelijke onbetamelijkheid (zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136): de aard en de omvang van de gevreesde schade, de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁷⁶

⁷⁵ Fenyves 2006, p. 50, nr. 10. Zie ook H. Koziol, 'Grundgedanken, Grundnorm und geschützte Interessen', in: Irmgard Griss, Georg Kathrein & Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurfe eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Serie Tort and Insurance Law, Band 15, Wien: Springer 2006, p. 28, nr. 13.

⁷⁶ Zie daarover J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 47 (G.E. van Maanen).

Toch is de benadering van de PETL en de Nederlandse benadering, zoals door Hartlief terecht is opgemerkt, niet dezelfde. In de PETL wordt namelijk niet uitgegaan van een echte norm, maar eerder van een *yardstick*, een maatstaf (beslissend is wat de *reasonable person in the circumstances* zou hebben gedaan) waaraan aan de hand van al dan niet expliciet genoemde factoren en omstandigheden nadere invulling wordt gegeven. In het Nederlandse recht wordt wel een 'echte' norm aangereikt, ook al is het een abstractie die pas kleur krijgt in de omstandigheden van het schadegeval: *de zorgvuldigheid die in het maatschappelijke verkeer betaamt*. Vervolgens wordt deze norm nader ingevuld door de Kelderluikcriteria. De PETL dragen, zoals gezegd, eigenlijk geen norm aan, maar eerder een vergelijkingsmodel, en gaan min of meer in één keer door naar de elementen van (on)zorgvuldig gedrag.⁷⁷

Een met de PETL vergelijkbare benadering treffen we aan in de Third Restatement Torts en in het Oostenrijkse Entwurf. In § 3 Third Restatement Torts (*negligence*) luidt de *black letter text*:

'A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.'

Vervolgens wordt een aantal beoordelingsfactoren (*primary factors*) opgesomd die bij de beoordeling of iemand als een *reasonably careful person* heeft gehandeld, kunnen worden aangewend, namelijk i) de voorzienbare waarschijnlijkheid dat het gedrag van de actor tot schade zal leiden (*the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm*), ii) de voorzienbare ernst van de schade die zich zou kunnen voordoen (*the foreseeable severity of any harm that may ensue*) en iii) de zwaarte van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen teneinde de kans op schade weg te nemen of te verminderen (*the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm*).

Ook het Oostenrijkse Entwurf beperkt zich niet tot de eenvoudige aanwijzing dat men zich moet gedragen volgens de zorgvuldigheid die '*unter den gegebenen Umständen*' te verwachten valt, maar somt in § 1296 de volgende factoren op:

'Rang und Wert der gefährdeten und der verfolgten Interessen, die Gefährlichkeit der Situation, das Naheverhältnis zwischen den Beteiligten, die Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung sowie die damit verbundenen Kosten und Mühen.'

Het Zwitserse voorontwerp is in dit opzicht beduidend terughoudender geformuleerd. In het Vorentwurf, waar art. 48a (1) als *fahrlässig* beschouwt 'die Person, welche die ihr nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen obliegende Sorgfalt missachtet', worden alleen de interne capaciteiten van de dader gespecificeerd. De rechter mag, op grond van art. 48a (2),

77 Zie Hartlief 2007, p. 52.

bij de beoordeling van de zorgvuldigheid namelijk rekening houden met de leeftijd (*Alter*), opleiding (*Bildung*), kennis (*Kenntnis*) en de overige vaardigheden (*Fähigkeiten*) en eigenschappen (*Eigenschaften*) van de laedens.

De opstellers van de DCFR, ten slotte, hebben geen lijst van gezichtspunten geformuleerd. Op grond van art. VI-3:102 is er sprake van *negligence*, indien de schade wordt veroorzaakt door een handeling die (a) niet in overeenstemming is met de bijzondere wettelijke gedragsnorm die tot doel heeft het slachtoffer tegen de geleden schade te beschermen, of (b) niet overeenstemt met de zorgvuldigheid die van een ‘reasonably careful person in the circumstances of the case’ kan worden verwacht. De DCFR geeft dus alleen aan dat het gedrag van de dader moet worden vergeleken met dat van de *reasonable person in the circumstances of the case*,⁷⁸ zonder te preciseren welke beoordelingsfactoren bij de toetsing van het gedrag van de actor kunnen worden gehanteerd.⁷⁹ Het is wachten op het commentaar op de DCFR om precies te weten waarom de auteurs in art. VI-3:102 geen factorencatalogus hebben willen opnemen. Willen zij soms aan de rechter een zo ruim mogelijke beoordelingsmarge geven bij de vergelijking van het gedrag van de actor met de zorgvuldigheid die de *reasonable man in the circumstances of the case* in acht zou nemen?⁸⁰

4.5 De maatman als *universal hero*

Als standaard voor de zorgvuldigheidsnorm is de maatman – *reasonable person*, *reasonably careful person*, *Maßstabfigur* – een betrekkelijk universele verschijning. Hij is de evenwichtskunstenaar die balanceert op het slappe koord van goed en fout. In de meeste commentaren wordt bij de bespreking van de factorencatalogi uitgegaan van de gedachte dat het aansprakelijkheidsrecht een evenwicht moet vinden tussen vrijheid van de een en vrijheid van de ander, of tussen vrijheid en bescherming. Zie bijvoorbeeld de toelichting op de PETL:

‘(...) liability law (...) has to seek and to find the proper balance between conflicting individual interests, which represent the two faces of liberty: On the one side, we have the ‘activity interest’ which corresponds to the liberty of developing one’s personality and displaying economic, sportive or artistic activities; on the other hand the ‘integrity interest’, corresponding to the liberty to enjoy one’s own physical and psychic capacities and one’s property without being disturbed.’⁸¹

78 Merk op dat er in een eerdere tekst van de *Study Group* niet werd gesproken van ‘the circumstances of the case’, maar van ‘all the circumstances of the case’.

79 U. Magnus, ‘Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, p. 570.

80 Vgl. in dit verband Veillard 2007, p. 266.

81 Widmer 2005, p. 76, nr. 6.

Voorts wordt in de onderzochte teksten beklemtoond dat voor de toetsing van het gedrag van de actor aan dat van de *reasonable person* de omvang van de zorg moet worden afgewogen tegen de omvang van het risico. Het risico voor de benadeelde is bepalend voor de te betrachten zorg door de veroorzaker van de schade. Een groot risico vereist een grote mate van zorg en bij een gering risico kan in het algemeen met minder zorg worden volstaan.⁸²

Niet alleen over deze uitgangspunten, maar ook over de in aanmerking te nemen factoren en omstandigheden bestaat er een zekere mate van overeenstemming tussen de onderzochte teksten. Sommige daarvan zijn geïnspireerd door de vuistregels die de Amerikaanse rechter Learned Hand zestig jaar geleden heeft geformuleerd in zijn beroemde uitspraak *United States v. Carroll Towing Co.*⁸³ Het ging volgens Learned Hand bij het vaststellen van aansprakelijkheid (i.c. de aansprakelijkheid van de *lessee* van een schip) om drie elementen: de waarschijnlijkheid van de schade ('the probability that she will break away'), de ernst van de schade ('the gravity of the resulting injury, if she does') en de last van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen ('the burden of adequate precautions').

Uit de onderzochte teksten hebben wij de volgende (objectieve) factoren kunnen destilleren. Een eerste element is de aard en het gewicht van de betrokken belangen. Zo moet een persoon een grotere zorgplicht in acht nemen naarmate het belang, dat hij door zijn gedrag dreigt aan te tasten, hoger moet worden ingeschat. We treffen dit element zowel in de PETL (art. 4:102: 'the nature and value of the protected interest involved'),⁸⁴ de Third Restatement Torts (§ 3: 'the foreseeable severity of any harm that may ensue') als in het Oostenrijkse Entwurf (§ 1296 (1): 'Rang und Wert der gefährdeten und der verfolgten Interessen') aan.⁸⁵ Zo zal letselschade eerder voor vergoeding in aanmerking komen dan zuivere vermogensschade. Vergelijk hiermee het Kelderluikcriterium 'aard en omvang van de geleden schade'.

82 Vgl. bijv. Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Tentative Drafts), § 3. Negligence, Proposed Final Draft No. 1, Reporters' Note, Comment d: 'Many opinions in essence incorporate the balancing approach by stating that the 'amount of care' required of the actor is 'proportionate to' or 'commensurate with' the extent of the danger involved.'

83 Zie hiervoor noot 18.

84 Vgl. tevens Widmer 2005, p. 76-77, nr. 7: 'It means that the higher the endangered or threatened interest has to be valued, the greater the efforts of a person whose behaviour could interfere with those interests have to be in order to prevent any damage. It means on the other hand also that a very valuable or even preponderant interest of the person who causes the damage may to a certain degree justify his conduct and, accordingly, contribute to lower the standard of care applicable to such person.'

85 Vgl. Fenyves 2005, p. 50, nr. 11: 'Unter dem 'Rang' der Interessen wird das Verhältnis der Interessen zueinander angesprochen, also etwa die Höherrangigkeit des Interesses an der körperlichen Unversehrtheit gegenüber einem bloßen Vermögensinteresse. Mit dem Begriff des 'Werts' wird dagegen auf die Abstufung innerhalb einer Gruppe von Interessen abgezielt, also zB bei der Abwägung zwischen gegenläufigen Interessen bei einer Sachbeschädigung.'

Een tweede element is de aard van de gedraging. Naarmate een gedraging gevaarlijker is, moet een hogere zorgplicht in acht worden genomen. Dit element vinden we eveneens terug in de PETL en het Oostenrijkse Entwurf. Het Entwurf vermeldt het element ‘Gefährlichkeit der Situation’ zonder op dat element dieper in te gaan. In de PETL wordt het begrip ‘dangerousness of the activity’ wel nader toegelicht:⁸⁶

‘It is a general principle of common sense that one has to adapt his diligence to the nature of the activity he exercises and that one should refrain from undertakings for which he is not sufficiently prepared and formed.’

De commentator Widmer beklemtoont daarbij dat het begrip *dangerousness* ruim moet worden uitgelegd: van de actor wordt bij zijn handelen een zekere ‘expertise’ gevergd. Een persoon handelt onzorgvuldig, indien hij een gevaarlijke activiteit uitvoert, wetende dat hij daarvoor niet de vereiste bekwaamheid bezit.⁸⁷ Ook dit element treffen we – als additioneel Kelderluikcriterium – in het Nederlandse recht aan.⁸⁸ Zo zal bijvoorbeeld in sport- en spelsituaties een handeling minder snel als onrechtmatig worden aangemerkt dan daarbuiten.

Ronduit klassiek is de derde factor: *the foreseeability of the damage* (art. 4:102 PETL), *the foreseeable likelihood that the person’s conduct will result in harm* (§ 3 Third Restatement Torts), de waarschijnlijkheid/voorzienbaarheid van de schade (Kelderluik). Des te groter de kans op schade, des te sneller zal de dader aansprakelijk zijn. In de toelichting op de PETL wordt in dit verband opgemerkt:

‘A person cannot be held liable for a consequence of her behaviour if, notwithstanding all due caution, she was not able to foresee it. In this context, foreseeability certainly has to be considered ex ante; however, the question can still be discussed if the yardstick is that of a more or less objectivated, abstract foreseeability or if, on the contrary, the damageable consequences must have been reasonably foreseeable for the specific person whose liability is at stake. The Principles adopt an objective approach (...).’⁸⁹

Aldus moet de voorzienbaarheid van de schade objectief worden beoordeeld. Voor een subjectieve benaderingswijze is in de PETL in beginsel geen plaats.

⁸⁶ Widmer 2005, p. 77, nr. 8.

⁸⁷ Widmer 2005, p. 77-78, nr. 9.

⁸⁸ Vgl. recentelijk HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3: ‘dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, niet alleen moet worden gelet op de kans op schade, maar ook op de aard van de gedraging, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen (vgl. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136).’

⁸⁹ Widmer 2005, p. 78, nr. 11.

Een vierde element is de bezwaarlijkheid van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen. Ook dit element verdient het predicaat 'klassiek', omdat het in praktisch alle onderzochte teksten als wegingsfactor wordt genoemd. Zo is in de Third Restatement Torts (§ 3. Negligence) 'the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm' een van de drie bepalende factoren bij de beoordeling van de vraag of de laedens als een *reasonably careful person* heeft gehandeld. Zou het treffen van voorzorgsmaatregelen, uit financieel oogpunt of anderszins, relatief eenvoudig zijn geweest, dan wordt de gevaarzettende activiteit eerder als onrechtmatig beoordeeld. Zowel de PETL als het Oostenrijkse Entwurf benadrukken in dit verband het kostenaspect. Zie art. 4:102 PETL: 'the availability and the costs of precautionary or alternative methods' en § 1296 Entwurf: 'die Möglichkeit einer Gefahrenvermeidung sowie die damit verbundenen Kosten und Mühen.' In de toelichting op de PETL wordt daarbij de vraag opgeworpen in hoeverre een 'pure cost-benefit analysis' bij de invulling van de 'bezwaarlijkheidsfactor' van groot praktisch nut zou kunnen zijn. Het antwoord op deze vraag luidt volgens commentator Widmer negatief:

'apart from anything else, it may be extremely difficult, if not impossible, to determine what are the costs on each side of the equation.'⁹⁰

Een laatste – vijfde – wegingsfactor die zowel door het Oostenrijkse Entwurf als de PETL wordt genoemd, is de bijzondere verhouding tussen de betrokken partijen. Zo spreekt art. 4:102 PETL over 'the relationship of proximity or special reliance between those involved' en heeft § 1296 van het Oostenrijkse Entwurf het over 'das Naheverhältnis zwischen den Beteiligten'. Wat onder een dergelijke bijzondere verhouding moet worden verstaan, wordt in het Oostenrijkse Entwurf niet nader toegelicht. De toelichting op de PETL is op dit punt meer expliciet:

'This aspect is of particular relevance in the field of liability for services where damages are mostly of 'purely economic' nature, especially in the widespread consulting business. Where a person has special knowledge in a particular field (banking, arts etc.), or creates or lets develop the appearance of such knowledge, she has to assume the corresponding responsibility towards people who (obviously) rely on it.'⁹¹

Het handelt hierbij om (bijzondere) gevallen die liggen in de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid of eventueel de familiesfeer.⁹² Naar ons oordeel

90 Widmer 2005, p. 79, nr. 13.

91 Widmer 2005, p. 78, nr. 12.

92 Vgl. in dit verband HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 m.nt. JH (*Verhuizende zusjes*).

is deze factor evenwel zodanig specieus van aard dat deze niet als algemene wegingsfactor in het onrechtmatigheidsoordeel zou mogen worden betrokken.

5 SLOTBESCHOUWING

Is 'de maatman' in het onrechtmatige daadsrecht op grond van de onderzochte teksten als een *universal hero* te bestempelen of is er 'slechts' sprake van een *relatief* universele maatstaf? Het antwoord op de vraag of iemand handelt als *reasonable man*, geschiedt in beginsel *objectief*. Daarbij mag rekening worden gehouden met externe omstandigheden, zoals bijzondere vaardigheden van de actor of plaats en tijd van het ongeval. Uit ons onderzoek is naar voren gekomen dat tussen de onderzochte teksten een opvallende overeenstemming bestaat over de objectieve factoren die de rechter bij zijn beoordeling mag betrekken: de aard en het gewicht van de betrokken belangen, de aard van de schadeverwekkende gedraging, de voorzienbaarheid van de schade en de bezwaarlijkheid van eventueel te treffen voorzorgsmaatregelen. De onderzochte teksten verschillen evenwel op het vlak van de wijze waarop rekening wordt gehouden met *subjectieve* kenmerken van de actor, zoals zijn leeftijd, gezondheidstoestand en intelligentie. Sommige teksten, zoals de PETL en de Third Restatement Torts, verdisconteren deze kenmerken door de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (lees: de maatman) te subjectiveren. Een dergelijke systematiek leidt ertoe dat de maatman wordt omgevormd tot een op de concrete persoon toegesneden subject. Andere teksten, zoals het Oostenrijkse Entwurf en het Zwitserse Vorentwurf, maken daarentegen een duidelijk onderscheid tussen de onzorgvuldigheid van het gedrag enerzijds en de verwijtbaarheid van de handeling aan de actor anderzijds. Aldus verheffen zij de maatman tot (objectieve) norm. Deze opvatting verdient naar onze mening de voorkeur. Slechts langs deze weg kan immers op een nauwkeurige wijze worden aangegeven wat in objectieve zin als maatschappelijk betamelijk wordt beschouwd. Idealiter is onze maatman een (objectieve) *universal hero*; uit de door ons onderzochte regels van *soft law* komt hij echter vooralsnog naar voren als een relatief universeel begrip.