



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?

Kreijger, P.J.

Citation

Kreijger, P. J. (2008). Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman? *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 189-205. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36616>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36616>

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

11 | Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?

P.J. Kreijger[■]

‘Het eh ... het tocht hier’, merkte hij op. ‘En overal lopen eh ... pronen! Het lijkt me een laagstaande levensvorm toe, als u begrijpt wat ik bedoel. Hun gepraat staat me tegen.’ ‘Kom kom,’ riep de oude krassend. ‘Het was moeilijk genoeg om ze praatvermogen te geven. Maar een eigen mening hebben ze niet. Ze hebben geen ruggengraat, snap je wel? En laagstaand?’ Hij bleef staan om op de muur te wijzen, en heer Ollie keek verbaasd naar een proon, die rechtstandig tegen de oude stenen opliep. ‘Zuigvoetjes’ legde de magister uit. ‘Daardoor kunnen ze zich gemakkelijk verhogen, hehehe!’ ‘Op de zoldering lijken ze erg hoogstaand, meneertje! Ja, ja, het valt me op hoe ze op je lijken.’

Marten Toonder, ‘De Pronen’ (1973), in: *Had ik maar beter geluisterd*, Amsterdam: De Bezige Bij, 1980.

1 INLEIDING

De ‘redelijk handelende, redelijk bekwame’ beroepsgenoot bepaalt bij de huidige stand van het recht de maat waaraan doen en nalaten van de beroepsbeoefenaar wordt afgemeten. De maatman, hoofdpersoon van deze editie van het BW-Krant Jaarboek, staat daarmee centraal in het beroepsaansprakelijkheidsrecht, waar hij de functie van ‘functioneel vergelijkingstype’ vervult: een denkbeeldige persoon aan wiens eigenschappen en kunde het handelen van de aansprakelijk gestelde vakgenoot wordt afgemeten. Bij nadere beschouwing van deze denkbeeldige ‘redelijk handelende en redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar rijst echter de vraag of het hier wel een min of meer duidelijk afgebakende persoonlijkheid betreft. Wat is dan toch zijn functie en, vooral, zijn nut?

2 ONTWIKKELING

De vraag welk criterium aangelegd zou moeten worden ter beoordeling van het handelen van beroepsbeoefenaren is reeds in 1940 aan de orde gesteld door

■ P.J. Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

Wolfsbergen in een uitvoerige bijdrage in het WPNR¹ (waarover hierna meer) alsmede diens monografie over de onrechtmatige daad.² In de (gepubliceerde) rechtspraak duurt het evenwel nog geruime tijd voordat de thans gehanteerde norm vaste voet aan de grond krijgt. Als voorbode wordt wel gezien het bekende arrest inzake de röntgenbehandeling uit 1950, waarin een röntgenoloog in drie instanties aansprakelijk werd gehouden voor een gevaarlijke en mislukte behandeling met desastreuze gevolgen, waarvan hij ‘als röntgenoloog moest weten’ dat deze gevaarlijk was.³ Interessant is een uitspraak van de Rechtbank Maastricht uit 1979,⁴ waarin de aansprakelijkheid van een gynaecoloog voor een mislukte sterilisatie aan de orde was. De rechtbank nam hier een ‘redelijk handelend’ gynaecoloog tot maatstaf, maar dan als onderdeel van een wellicht als ‘marginale toetsing’ te kenmerken benadering:

‘(...) dat aan gedaagde van zijn beslissing dienaangaande geen verwijt kan worden gemaakt, behoudens in het geval dat geen redelijk handelend gynaecoloog in de gegeven omstandigheden tot die beslissing had kunnen komen;’

De maatman duikt in de loop van de jaren zeventig en tachtig steeds vaker op. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in 1983:⁵

‘Voorop gesteld dient te worden dat van een advocaat zoals i.c. Y verlangt [sic] mag worden dat hij aan de door cliënten, zoals Koopman, aan hem toevertrouwde zaken zoveel zorg besteedt en deze zaken met zoveel bekwaamheid behandelt als in redelijkheid handelend vakgenoot dient te doen, zonder dat daarbij de belangen van die client aan onnodige risico’s worden blootgesteld.’

In zijn preadvies voor de NJV-vergadering van 1987 vat Arisz op grond van een analyse van de tot dan toe gepubliceerde rechtspraak (waarbij het leeuwendeel van de uitspraken in de jaren ‘80 is gedaan) de doorgaans gehanteerde maatstaf samen als ‘de inspanning die van een met redelijke zorgvuldigheid handelende beroepsgenoot in de gegeven situatie zou mogen worden verwacht’, volgens Arisz een ‘vage en algemene norm’ die steeds per geval zal moeten worden ingevuld.⁶ In haar bespreking van het preadvies merkt Michiels van Kessenich – wier (voor het eerst in 1977 verschenen) monografie over beroepsaansprakelijkheid wel als ‘bron’ voor de huidige norm wordt

1 A. Wolfsbergen, ‘Aansprakelijkheid voor beroepsfouten’, *WPNR* 3654-3655 (1940).

2 A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers 1946.

3 HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17.

4 Rb. Maastricht 22 november 1979, *NJ* 1980, 655. Deze uitspraak is mede gewezen door Mw. I. Michiels van Kessenich.

5 Te kennen uit: HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809. De HR verwierp het cassatieberoep.

6 F.H.A. Arisz, ‘Bestaat er reden de verhaalsaansprakelijkheid van beoefenaren van bepaalde vrije beroepen ter zake van schade door beroepsfouten te beperken bij, per beroep vast te stellen, algemene maatregelen van bestuur?’, *Preadvies NJV* 1987, p. 9.

gezien⁷ – op dit een te omslachtige omschrijving te achten, onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde overweging van het Hof Amsterdam.⁸

Uiteindelijk wordt deze maatstaf van de ‘redelijk handelende, redelijk bekwame beroepsbeoefenaar’ door de Hoge Raad overgenomen, en wel in het arrest *Speeckaert/Gradener* uit 1990.⁹ Het betrof ook hier een geval van medische aansprakelijkheid, waarin een orthopedisch chirurg wordt aangesproken. Onomwonden stelt de Hoge Raad:

‘In hetgeen het hof onder a-d en in de daarop volgende alinea heeft overwogen ligt besloten dat het hof tot maatstaf heeft genomen de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht. Deze maatstaf is juist.’

Kort daarop bevestigde de Hoge Raad de zorgvuldigheidsnorm nog eens (met betrekking tot een juridisch adviseur) expliciet, door de norm als het ware in te lezen in de overwegingen van het vonnis van de rechtbank waartegen het cassatieberoep was gericht:¹⁰

‘Vervolgens heeft de rechtbank onderzocht of het geven van dit advies wanprestatie oplevert. Daarbij heeft de rechtbank tot uitgangspunt genomen dat er alleen sprake is van wanprestatie als een redelijk handelend – waarmee de rechtbank bedoelt: een redelijk bekwaam en redelijk handelend – vakgenoot dit advies niet zou hebben gegeven. Dit uitgangspunt is juist en wordt dan ook door het middel niet bestreden.’

Nu doorgaans de verhouding tussen beroepsbeoefenaar en cliënt zal kwalificeren als overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW, is sinds het van kracht worden van de bepalingen inzake opdracht in Boek 7 op 1 september 1993, de ‘goed opdrachtnemer’ van art. 7:401 BW de relevante maatstaf. In antwoord op de vraag van de Eerste Kamer of hiermee werd beoogd afstand te nemen van de in *Speeckaert/Gradener* aanvaarde norm, antwoordde de regering dat dat niet de bedoeling was, maar deze norm veeleer als uitwerking gezien zou moeten worden van de meer algemene maatstaf van art. 7:401 BW.¹¹ De Hoge Raad nam in *Speeckaert/Gradener* overigens ook de gelegenheid te baat uit te maken dat deze norm geen marginale toetsing impliceert, zoals eerder wel was verdedigd en in het hiervoor aangehaalde vonnis van de Rechtbank Maastricht tot uitgangspunt werd genomen:

7 I. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten, In het bijzonder van advocaten, artsen en notarissen*, Serie Studiepockets Privaatrecht deel 11, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1976 (derde druk 1995). Vgl. de conclusie van A-G Mok voor HR 12 april 1985, NJ 1986, 809.

8 I. Michiels van Kessenich-Hoogendam, ‘Beroepsaansprakelijkheid’, *NJB* 1987, p. 722.

9 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

10 HR 26 april 1991, NJ 1991, 455.

11 MvA, *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b.

‘(...) voor zover het onderdeel aan het slot stelt dat het hof – marginaal – had moeten toetsen of Speeckaert in redelijkheid tot zijn diagnose en de uitvoering van de operatie, gelijk hij deed, had kunnen komen, gaat het uit van een te beperkte opvatting omtrent de taak van de rechter in een zaak als de onderhavige.’

3 AARD VAN DE NORM

De aldus in de rechtspraak ontwikkelde norm wordt wel aangeduid als ‘objectief vergelijkingstype’ of ‘functioneel vergelijkingstype’,¹² waarbij de rechter niet de concrete persoon wie onrechtmatig handelen wordt verweten tot uitgangspunt neemt (zijn kennis en kunde, zijn persoonlijke eigenschappen) maar een vergelijkingstype zoals ‘een goed huisvader’, ‘de gewone mens’ of de ‘redelijk handelende en redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar.

De vergelijkingstypen zijn *functioneel* omdat hun capaciteit varieert met de rol in het maatschappelijk verkeer die centraal staat. Maatgevend is aldus wat iemand *behoort* te kunnen, vermijden, doen, etc. Daarmee worden de eisen die aan de persoon worden gesteld geobjectiveerd: slechts het tekortschieten ten opzichte van het vergelijkingstype is bepalend voor de vraag of de betrokkene schuld heeft, een verwijt kan worden gemaakt, van het hem verweten onrechtmatig handelen. Sieburgh is van opvatting dat wanneer in de abstracte maatman niet de persoonlijke kenmerken van de dader zijn verwerkt, niet de verwijtbaarheid van de dader aan de orde is. In plaats daarvan komt dan de wens van het maatschappelijk verkeer tot uitdrukking dat in een dergelijk geval de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is. Het gaat dan om toerekening niet op grond van schuld (daarvan wordt geabstraheerd) maar krachtens verkeersopvattingen.¹³ Hartkamp meent dat de Hoge Raad nog wel vasthoudt aan het schuldvereiste, zij het dat deze met de onrechtmatigheid van de gedraging ook aanneemt dat de beroepsbeoefenaar verwijtbaar heeft gehandeld en toerekening naar verkeersopvattingen ook een verdedigbare grondslag is.¹⁴

4 TOEPASSING VAN DE NORM

Wat zijn nu de eisen die aan de ‘redelijk handelend redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar worden gesteld in de praktijk? In haar monografie werkt Michiels van Kessenich de norm uit. De onderdelen ‘redelijk handelend’ en ‘redelijk

12 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, nr. 909, 912-913, waarin met tal van voorbeelden wordt aangegeven dat dit ook in andere landen een gebruikelijke benadering is.

13 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Serie Recht en praktijk nr. 112, Deventer: Kluwer 2000, p. 166.

14 Asser-Hartkamp 4-III, 2004. nr. 92b. Zowel Hartkamp als Sieburgh verwijzen op dit punt naar HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 (*Kromjongh/Erven Van Dijk*).

bekwaam' duiden op twee momenten in de toetsing van gedrag aan deze norm: een subjectief moment, waarin de aandacht en zorg voor de cliënt wordt beoordeeld en een objectief moment, waarin de bekwaamheid, de kennis en kunde van de betrokkene worden getoetst. Beide aspecten dienen aan de hand van het gebleken gedrag van de concrete beroepsbeoefenaar die aansprakelijk is gesteld te worden beoordeeld. Het nut van dit onderscheid is hierin gelegen, aldus Michiels van Kessenich, dat daarmee tot uitdrukking kan worden gebracht dat steeds de vereiste zorg dient te worden geboden, ongeacht de omstandigheden, terwijl die omstandigheden juist wel relevant zijn voor de beoordeling van de bekwaamheid; bekwaamheid wordt namelijk beoordeeld aan die van een redelijk bekwaam vakgenoot *in gelijk liggende omstandigheden* (een toevoeging die overigens nog niet is terug te vinden in de door de Hoge Raad in 1990 gehanteerde formulering).

Met de aldus uitgewerkte norm als vertrekpunt formuleert Michiels van Kessenich een aantal regels, waaronder de verplichting voldoende én relevante informatie te vergaren en te geven, en de verplichting de cliënt te wijzen op de risico's bij het opvolgen van het advies.¹⁵ Met name deze uitwerking illustreert dat het om een open norm gaat die eerst reliëf krijgt aan de hand van de omstandigheden van het concreet voorliggende geval.

Ten aanzien van de, naar wij zagen identieke, norm van art. 7:401 BW stelt Kortmann¹⁶ onomwonden dat het hier een 'blanketnorm' betreft, waarvan de inhoud door tal van factoren kan worden bepaald; de opdrachtnemer moet handelen als een persoon met gezond inzicht en begrip voor de situatie; van professionele dienstverleners mag qua deskundigheid het beste niet worden verlangd, maar hoeft ook geen genoegen te worden genomen met een kwaliteit beneden de middelmaat.¹⁷ Voorts zijn de aan de deskundige toevertrouwde belangen en de aard van zijn functie van belang; de door een accountant te betrachten zorg wordt anders ingekleurd dan voor een assurantietussenpersoon bijvoorbeeld.¹⁸

Een ander belangrijk, maar zeker niet onproblematisch aspect is de relatie met het tuchtrecht (de bijdrage van Van Es elders in deze bundel gaat hier dieper op in). Enerzijds is een tuchtrechtelijke veroordeling geen bewijs van civiele aansprakelijkheid,¹⁹ anderzijds moet de burgerlijke rechter een afwijking van het oordeel van de tuchtrechter wel nader motiveren.²⁰

15 Michiels van Kessenich 1995, par. 12-14.

16 Asser-De Leede-Kortmann V-II, nr. 60.

17 Op dit punt wordt verwezen naar art. 6:28 BW: 'Indien de verschuldigde zaak of zaken slechts zijn bepaald naar de soort en binnen de aangeduide soort verschil in kwaliteit bestaat, mag hetgeen de schuldenaar aflevert, niet beneden goede gemiddelde kwaliteit liggen.'

18 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Beroepsaansprakelijkheid', *Bb* 2004, p. 24 e.v.

19 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151.

20 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151.

Een tamelijk caleidoscopisch beeld, kortom. In de sinds 1991 in de *NJ* gepubliceerde uitspraken vinden we dan ook in de regel wel (maar niet steeds) een verwijzing naar de ‘redelijk handelend en redelijk bekwame’ vakgenoot, maar wordt deze algemene norm niet uitgewerkt, ofwel omdat in het desbetreffende geval buiten discussie staat dat niet aan deze norm is voldaan (evidente medische missers,²¹ gemiste beroepstermijnen e.d.²²), ofwel omdat de beoordeling zodanig verweven is met de feiten van het geval dat de beslissing van de zaak toch een kwestie van ‘ius in causa positum’ lijkt. Dit komt, overigens, ook tot uitdrukking in de terughoudende toetsing door de Hoge Raad van de toepassing door lagere rechters van de zorgvuldigheidsnorm in concrete gevallen, juist gelet op de sterke verwevenheid met de feiten.²³

Daarmee dient zich de vraag aan naar de meerwaarde van een zorgvuldigheidsnorm die de ‘redelijk handelend en redelijk bekwame’ vakgenoot tot uitgangspunt neemt. Deze vraag zou ik in twee vragen willen splitsen. In de eerste plaats: hoe zou het leven er zonder deze maatman uitzien? In de tweede plaats: roept het criterium, en dan in het bijzonder het element ‘redelijk’, niet meer verwarring op dan het wegneemt?

4.1 Een leven zonder maatman

Voor de beantwoording van de eerste deelvraag kunnen we om te beginnen eens kijken naar de gepubliceerde rechtspraak van vóór *Speeckaert/Gradener*. Zo oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld in 1989 over een geval waarin een notaris werd verweten onvoldoende en onjuiste informatie te hebben verstrekt:²⁴

‘In haar algemeenheid kan niet worden onderschreven de in dit onderdeel verdedigde opvatting “dat in situaties als deze waarin een notaris van een cliënt opdracht krijgt tot het transporteren van onroerend goed en de notaris tevens toezeigt de koopprijs aan een derde te betalen, indien en voor zover althans zijn cliënt met

21 HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644; dat een kunstfout was begaan, stond niet ter discussie.

22 HR 18 april 2008, *NJ* 2008, 245 refereert zelfs niet aan de norm maar stelt eenvoudig (en logisch) ‘(...) indien een advocaat een beroepsfout heeft gemaakt door te verzuimen namens zijn cliënt tijdig het juiste rechtsmiddel in te stellen (...)’, waarna de kwestie van schadebegroting in dergelijke gevallen aan de orde komt.

23 Zo bijvoorbeeld HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302, r.o. 3.4.4. Zijdelings komt dit aspect bijvoorbeeld ook aan de orde in Hof Amsterdam 24 augustus 2006, *JBPr* 2007, 66, waar bezwaar werd gemaakt tegen de formulering van vragen aan een deskundige omtrent de vraag in hoeverre een redelijk bekwaam en redelijk handelend gynaecoloog mocht handelen zoals in casu was gebeurd. Het hof verwierp het betoog dat de deskundige aldus om een juridisch oordeel werd gevraagd, omdat het vragen naar de gangbare inzichten in de beroepsgroep op dat moment weliswaar van belang was voor het juridisch oordeel, maar daar zeker niet mee samenviel.

24 HR 19 mei 1989, *NJ* 1990, 54.

de vorderingen van deze derden heeft ingestemd, de zorgvuldigheid die de notaris heeft in acht te nemen niet zover strekt dat hij deze derde zal moeten waarschuwen alvorens tot transport van het onroerend goed over te gaan, teneinde de derde in staat te stellen beslag te leggen of anderszins zijn rechten veilig te stellen.” Wat op dit punt geldt zal immers moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid welke indruk door, namens of met medeweten van de notaris bij de derde is gewekt. De enkele in de toelichting op het onderdeel genoemde geheimhoudingsplicht van de notaris kan niet rechtvaardigen dat hij voortgaat met het verlenen van zijn medewerking aan handelingen van zijn client waarvan hij moet begrijpen dat daardoor de door hemzelf – of, zoals hier, door een kantoorgenoot – gedane toezegging niet tot het resultaat leidt dat de derde bij gebreke van een tijdige waarschuwing daarvan mocht verwachten.’

Een, mijns inziens, heldere uitspraak waarin op basis van de voorliggende zaak een specifieke zorgvuldigheidsnorm wordt geformuleerd waaraan het handelen van de betrokken notaris wordt getoetst. Een maatman is nergens te bekennen en lijkt ook niet bijzonder te worden gemist in deze passage. Interessant is ook een arrest uit 1982, waarin de HR overwoog:²⁵

‘De blijkens ‘s Hofs arrest vaststaande feiten brengen in het licht van het bovenoverwogene mee dat Moszkowicz door het ten processe bedoelde verzoekschrift eerst op 2 januari 1974 in te dienen is tekort geschoten in de zorgvuldigheid die hij ten aanzien van de belangen van De Ridder en Smael had behoren in acht te nemen. Daarbij is mede van belang dat de toenmalige literatuur en rechtspraak geen aanleiding gaven voor het vertrouwen dat – gegeven voormeld KB waarvan een advocaat, behoudens door Moszkowicz niet gestelde bijzondere omstandigheden, op de hoogte had moeten zijn – van een indiening op die datum geen moeilijkheden waren te verwachten. Hieruit volgt dat Moszkowicz voor de door deze onzorgvuldigheid ontstane schade aansprakelijk is, jegens De Ridder op grond van wanprestatie en jegens Smael op grond van onrechtmatige daad, alsmede dat de door Moszkowicz in hoger beroep aangevoerde grieven 1 en 2 hem niet kunnen baten.’

Hier zien we wel een zekere objectivering (‘had behoren’; ‘KB waarvan een advocaat (...) op de hoogte had moeten zijn’), maar opnieuw: geen maatman. Ook hier geldt dat deze passages natuurlijk wel vanuit de huidige norm kunnen worden opgebouwd, maar het hoeft niet. Ter vergelijking zou ik willen wijzen op een uitspraak van de Hoge Raad uit 2003 in een geval waarin een advocaat aansprakelijk was gesteld omdat hij laat in de termijn beroep had ingesteld van een voor zijn cliënten negatieve beschikking, welke toen al tenuitvoer was gelegd.²⁶ Handelde deze advocaat onrechtmatig door zo lang te wachten en daarmee wellicht onnodige risico’s te creëren? De Hoge Raad overweegt:

25 HR 2 april 1982, NJ 1982, 367.

26 HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302.

‘3.4.2. Door uit te gaan van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht, heeft het Hof de juiste maatstaf aangelegd. Terecht heeft het Hof in het bijzonder aandacht besteed aan de vraag of en in hoeverre deze zorgvuldigheid meebracht dat W. ter voorkoming van onnodige risico’s in verband met de mogelijkheid van tenuitvoerlegging voor zijn opdrachtgevers niet, of in elk geval niet zo lang als hij heeft gedaan, met het instellen van hoger beroep van de beschikking van de rechtbank van 6 december 1995 had mogen wachten.’

Door de maatman tot uitgangspunt te nemen (waarbij bovendien het element van ‘de gegeven omstandigheden’ aan de norm is toegevoegd), lijkt de casus duidelijk in deze norm verankerd te worden. Vanaf de tweede zin van deze overweging lijkt de verankering echter weer los te slaan en wordt eerder een specifieke zorgvuldigheidsnorm geformuleerd met betrekking tot het creëren van onnodig risico (enigszins analoog aan de toepassing van de Kelderluik-criteria bij de beoordeling van gevaarzetting). In het bijzonder de gebrekkige voorzienbaarheid van de tenuitvoerlegging in dit geval (‘op een zodanig onjuiste en van de normale praktijk en geldende normen afwijkende wijze’) was hier, samen met de overige omstandigheden van het geval, beslissend. Bolt en Spier meenden in hun NJV-preadvies uit 1996 dat een dergelijke norm logisch voortvloeit uit het criterium van de ‘redelijk handelende, redelijk bekwame’ vakgenoot.²⁷

‘Dat een beroepsbeoefenaar, zoals hiervoor voor de advocaat bleek maar ook voor andere beroepsbeoefenaren geldt, onnodige risico’s voor de cliënt of patiënt moet vermijden, is een logisch uitvloeisel van het centrale aansprakelijkheids criterium. Een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot laat zijn cliënt of patiënt geen vermijdbaar risico lopen. Dat betekent niet dat een beroepsbeoefenaar – voor zover dat al mogelijk zou zijn – ieder denkbaar risico behoort uit te sluiten. Het betekent ook niet dat iedere tekortkoming of beoordelingsfout, die vanzelfsprekend risico’s voor de cliënt/patiënt meebrengt, zonder meer tot aansprakelijkheid leidt. Waar het om gaat is dat cliënten en patiënten niet behoren te worden blootgesteld aan onnodige risico’s. Een risico is onnodig in de hier bedoelde zin wanneer het in de gegeven omstandigheden voorzienbaar was en gemakkelijk had kunnen worden vermeden, zonder dat daardoor andere risico’s in het leven zouden zijn geroepen. Hiermee blijkt dat de voorzienbaarheid van het risico dat een beroepsbeoefenaar in een concreet geval neemt en daarmee de voorzienbaarheid van schade voor de cliënt of patiënt een belangrijk gegeven kan zijn bij de beoordeling van de aansprakelijkheid.’

Ik vermag evenwel niet in te zien hoe hetgeen de Hoge Raad doet nu anders is te duiden dan het rechtstreeks voor het in concreto voorliggende geval formuleren van een zorgvuldigheidsnorm.

27 A.T. Bolt en J. Spier, ‘De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, *Preadvies NJV* 1996, p. 137-138.

Een ander interessant voorbeeld is een uitspraak van de Hoge Raad uit 2007,²⁸ waarin de toepassing van de omkeringsregel ter discussie stond in het geval van een – gesteld – verzuim van voldoende informatie te geven:

‘Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico’s, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (vgl. HR 23 november 2001, nr. C99/259, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, nr. 00/069, *NJ* 2002, 387).’

De Hoge Raad formuleert hier de informatieverplichting van de advocaat (zoals reeds in de aangehaalde arresten voor artsen was geformuleerd) zonder deze te relateren aan de redelijk handelende redelijk bekwame vakgenoot. Uiteraard had dit wel gekund, maar uit deze passage blijkt mijns inziens wel dat dat ook net zo goed niet kan, zonder dat dit aan de normerende werking van de uitspraak afbreuk doet.²⁹

Ik zou daarnaast nog willen wijzen op de, in 2002 geschrapte regeling van het ‘eigen beursje’, ofwel de mogelijkheid tot veroordeling in de kosten van de procureur, de advocaat of de deurwaarder die ‘zich in hunne bedieningen te buiten mochten gaan, en alle diegenen, welke de belangen van het beheer dat hun is toevertrouwd verwaarlozen’, zoals art. 58 Rv (oud) het formuleerde. Deze bepaling werd uiteraard al ruim vóór 2002 als tamelijk archaïsch gezien en de toepassing daarvan was om meerdere redenen problematisch.³⁰ Niettemin biedt de bepaling toch een voorbeeld van een andere norm waaraan het handelen van (een bepaalde categorie van) beroepsbeoefenaren werd afgemeten, zonder dat hierbij een maatman te pas kwam. Met name in de eerste helft van de vorige eeuw schijnt de bepaling een tamelijk ruime toepassing te

28 HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92.

29 Een ander voorbeeld is HR 1 december 2006, *NJ* 2006, 657 waarin de zorgplicht van een assurantietussenpersoon uit hoofde van art. 7:401 BW aan de orde was. De HR verwierp het cassatieberoep op dit punt zonder te refereren aan de algemene norm, anders dan A-G Wuisman: ‘De in het middel vervatte stelling dat, indien een assurantietussenpersoon op basis van hem telefonisch door de verzekeraar verstrekte informatie een cliënt adviseert, zonder dat nader onderzoek door die tussenpersoon plaatsvindt of zonder dat deze nadere informatie bij de verzekeraar inwint, in het bijzonder zonder zelf (overigens) kennis te hebben genomen van de inhoud van de ter discussie staande polis, de gevolgen van de onjuistheid van de door de verzekeraar telefonisch verstrekte informatie in de verhouding tussenpersoon-client voor rekening van de eerste dienen te blijven, faalt. Een dergelijke regel vindt in haar algemeenheid geen steun in het recht.’

30 Met name de complicatie dat een niet-partij in deze kosten veroordeeld kon worden en daarmee een onduidelijke positie had, hetgeen op gespannen voet staat met art. 6 EVRM. De Hoge Raad heeft daar – uiteindelijk – een mouw aan gepast in HR 19 maart 1989, *NJ* 1989, 768.

hebben gekend,³¹ ofschoon de Hoge Raad – overigens pas in 1997 – de grond voor toepassing van art. 58 (oud) Rv uiteindelijk restrictief omschreef:³²

‘Voor gebruikmaking ervan is slechts plaats, indien (a) sprake is van een niet aan de cliënt toe te rekenen processuele fout of verzuim, welke fout of welk verzuim een ernstige beroepsfout van de advocaat of procureur oplevert, (b) die fout of dat verzuim anders een veroordeling van de cliënt in de proceskosten van de wederpartij tot gevolg zou hebben, en (c) dit gevolg, mede gelet op de ernst van de fout of het verzuim, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet kan worden aanvaard. De rechter die tot een zodanige beslissing komt, zal dienen te motiveren dat in het gegeven geval inderdaad aan dit een en ander is voldaan.’

De Hoge Raad introduceerde hier de categorie ‘ernstige beroepsfout’, welke kennelijk onderscheiden diende te worden van die der ‘gewone’ beroepsfouten en is beperkt tot processuele verzuimen. Deze categorie zou natuurlijk aan het maatmancriterium uit *Speeckaert/Gradener* gerelateerd kunnen worden, maar of een definitie van ‘ernstige beroepsfout’ als, bijvoorbeeld, een ‘fout die een redelijk handelend en redelijk bekwame vakgenoot niet zou maken’ veel toegevoegde waarde zou hebben lijkt twijfelachtig. Michiels van Kessenich gaat er van uit dat voor toepassing van art. 58 Rv (oud) aan de gewone eisen voor aansprakelijkheid uit wanprestatie of onrechtmatige daad moet worden voldaan,³³ waarmee echter nog niet gegeven is dat dat art. 58 Rv (oud) in feite dezelfde norm behelsde. Wanneer art. 58 Rv (oud), wellicht na modernisering, zou zijn gehandhaafd als tuchtmaatregel, zoals door sommigen wel is bepleit,³⁴ zou ook dit een voorbeeld kunnen zijn geweest van een alternatief voor de maatman-norm, zij het voor een specifieke categorie van gevallen.

4.2 Is ‘redelijk’ goed genoeg?

De woorden ‘redelijk handelende redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar roepen daarnaast op zich al een aantal vragen op, in het bijzonder ten aanzien van het woord ‘redelijk’. Wat wordt daar nu mee beoogd; welk principe drukt het uit? Deze vraag blijkt nog niet zo eenvoudig te beantwoorden. De door Michiels van Kessenich gehanteerde uitwerking van de norm in een subjectief en objectief toetsingsmoment bijvoorbeeld, laat zich evenzeer denken bij een ‘goed handelende en bekwame’ vakgenoot.

We zagen dat de wetgever er van uit is gegaan dat de ‘goed opdrachtnemer’ van art. 7:401 BW in feite dezelfde is als de redelijk bekwame en redelijk handelende opdrachtnemer. Nu zijn ‘redelijk’ en ‘goed’ uiteraard verschillende

31 Zie bijv. de rechtspraakverwijzingen in Van Rossem-Cleveringa, art. 58, aant. 1 en 2.

32 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347.

33 Michiels van Kessenich 1995, par. 41.

34 P. Abas, ‘Pleidooi voor ruimere toepassing van art. 58 Rv’, *Prg.* 1998, p. 203-206.

woorden met een verschillende betekenis. Wie dus zegt 'redelijk = goed' heeft iets uit te leggen, zo zou je kunnen stellen.

Natuurlijk, wie constateert dat Van Dale 'goed' definieert als: 'in de genoemde hoedanigheid zodanig zijn als men kan verlangen', kan stellen dat men niet meer dan 'redelijke bekwaamheid' van een opdrachtnemer kan verlangen om zo beide normen te verenigen. Maar waarom is dat dan zo, en is dat dan een redelijk (in de zin van billijk) resultaat? Waarom mag men eigenlijk niet meer dan redelijke bekwaamheid verlangen? In zijn bijdrage voor de Cahen-bundel heeft Ingelse, eveneens met verwijzing naar Van Dale, de stelling opgeworpen dat bekwaamheid geen kwestie van gradatie behoort te zijn:

'(...) 'redelijk' in 'redelijk bekwaam' wordt gebruikt als bijwoord van graad en betekent 'tamelijk, nogal, vrij'. Een tamelijk bekwame advocaat moet nog veel leren en is misschien goed genoeg voor mijn wederpartij maar niet voor mij.'³⁵

Dit argument lijkt mij nog niet zo eenvoudig te weerleggen. Waarom betekent het uitgangspunt dat men niet per definitie aanspraak mag maken op hetgeen de allerbesten in het vak kunnen (waarom eigenlijk niet?) dat men dan maar met redelijke kwaliteit genoegen zou moeten nemen in plaats van goede kwaliteit? Ook wanneer 'goede' kwaliteit als basiseis wordt gesteld kan recht worden gedaan aan de omstandigheden van het geval (specialisatie; ervaring; tijdsdruk; opstelling cliënt; etc.) zodat bij het bepalen van wat, in concreto, 'goed' is het resultaat toch niet anders (en vooral: minder billijk) zou moeten zijn dan wanneer men 'redelijke' bekwaamheid verwacht.

5 FUNCTIONEEL VERGELIJKINGSTYPE OF LEGE HULS?

Met de constatering dat de redelijk handelende redelijk bekwame maatman uit *Speeckaert/Gradener* een representant is van het functioneel vergelijkingstype, is aan deze norm een dogmatische inbedding gegeven. Met het hanteren van een functioneel vergelijkingstype wordt tot uitdrukking gebracht dat bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van het beweerdelijk onrechtmatig handelen een objectiverende benadering gewenst is bij het bepalen van hetgeen in het voorliggende geval van de beroepsbeoefenaar gevergd mocht worden. Met deze constatering is evenwel de *inhoud* van de norm, de kenmerken van het vergelijkingstype, uiteraard nog niet bepaald. We zijn daarmee weer terug bij de discussie over de vraag of 'redelijk' niet gewoon 'goed' moet zijn. Daar

35 P. Ingelse, 'Een woord teveel', in: A.L. Mohr, F.H.J. Mijnsen, R.H. Stutterheim (red.), *P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 177 e.v.

zijn serieuze argumenten voor aan te voeren. Zo merkt Van Dam³⁶ ten aanzien van de kennis en kunde waarvoor een beroepsbeoefenaar moet instaan, op:

‘Met Prosser en Keeton kan daarom worden ingestemd dat een professional gehouden is tot meer dan het gewone, namelijk tot het goede: ‘Sometimes this is called the skill of the “average member” of the profession; but this is clearly misleading, since only those in good professional standing are to be considered. (...)’
Het door de Hoge Raad aangereikte professionele vergelijkingstype van de redelijk bekwame en redelijk handelend beroepsbeoefenaar moet derhalve in die zin worden uitgelegd, dat zijn kennis en kunde redelijk goed dienen te zijn en niet redelijk in de zin van “gemiddeld”.’

We zien hier dezelfde gedachtegang die ook in het artikel van Ingelse is terug te vinden terwijl andere auteurs menen dat niet meer dan ‘gemiddelde’ of ‘redelijke’ eisen kunnen worden gesteld. Dit uiteenlopen van opvattingen maakt nog eens duidelijk dat met de dogmatische inbedding van deze maatman als ‘functioneel vergelijkingstype’ nog geenszins gegeven is welke eisen vervolgens aan deze maatman gesteld kunnen of moeten worden.

In dit verband zou ik willen wijzen op de door de Hoge Raad in 1996 geformuleerde zorgvuldigheidsnorm voor de curator (‘Maclou-norm’), waarmee expliciet is beoogd een meer specifieke norm te geven dan de algemene maatstaf van de ‘redelijk handelende redelijk bekwame’ beroepsbeoefenaar.³⁷

‘Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’

Opnieuw een duidelijk voorbeeld van het functioneel vergelijkingstype,³⁸ waarin duidelijk vanuit een algemeen normatieve opvatting over de positie van de curator en de door deze te behartigen belangen wordt geredeneerd.

Niettemin is omstreden wat het type nu precies inhoudt en in welk opzicht het zich onderscheidt van de redelijk handelende redelijk bekwame vakgenoot. Du Perron vraagt zich af wat het vervangen van de ene lege huls (de algemene maatman) voor de andere (de over voldoende inzicht en nauwkeurigheid beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht) oplevert,³⁹ terwijl ook Van Hees meent dat de elementen in deze specifieke

36 Van Dam 2000, nr. 913.

37 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727.

38 Vgl. B. Wessels, *Insolventierecht, Deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2008, par. 4246.

39 C.E. Du Perron, ‘Aansprakelijkheid faillissementscurator’, *Bb* 1996, p. 128 e.v.

zorgvuldigheidsnorm ('voldoende inzicht en ervaring', 'nauwgezetheid en met inzet verrichten van zijn taak') zonder bezwaar kunnen worden ingewisseld voor de 'redelijke bekwaamheid' en het 'redelijk handelen'. Hij acht het belang van het Maclou-arrest met name gelegen in de erkenning van de uiteenlopende en soms tegenstrijdige belangen die de curator heeft te behartigen.⁴⁰ De uiteenzetting daarvan ligt evenwel niet zozeer in de norm besloten, maar volgt in de overwegingen die op de hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad aansluiten. De waarde van de door de Hoge Raad geformuleerde norm is, zo beschouwd, niet zozeer de norm op zich als wel de erkenning en formulering van bepaalde uitgangspunten die richtinggevend kunnen zijn voor de toepassing van die norm in concrete gevallen.

Dergelijke algemene, aan het functioneel vergelijkingstype verbonden uitgangspunten ontbreken in de rechtspraak sinds *Speeckaert/Gradener*. Met name een duidelijke motivering voor het gebruik van de term 'redelijk' wordt gemist. Toch zijn wel aanknopingspunten te bedenken. Een vroeg voorbeeld van een dergelijke catalogisering is te vinden in de *WPNR*-bijdrage van Wolfsbergen over beroepsaansprakelijkheid. Niet alleen, voor zover mij bekend, een van de eerste meer uitvoerige beschouwingen over het onderwerp beroepsaansprakelijkheid, maar ook een van de relatief weinige. Het artikel is bovendien ook vandaag de dag nog interessant.⁴¹ Ik sta er dus iets langer bij stil.

Wolfsbergen neemt het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen in relatie tot vrije beroepen als vertrekpunt voor zijn zoektocht naar het criterium:⁴²

'Niet aldus de verbintenis van medicus, advocaat, kapitein, notaris, journalist, deurwaarder; dezen garanderen nimmer het bereiken van zekere uitkomsten, doch verbinden zich slechts, hun beroep in enig concreet geval zo goed mogelijk uit te oefenen.' (...)

Het is voorts geen toeval, dat bij verscheidene dezer beroepen naast de gewone aansprakelijkheid ook een disciplinaire instantie, al of niet door de overheid, is ingeschakeld; voor een disciplinair onderzoek, al of niet door de overheid, bestaat immers telkens aanleiding wanneer aan een bepaalde exclusieve of zelfs monopolistische groep personen grote belangen zijn toevertrouwd, belangen zo groot, dat hun behartiging niet aan de "partijen" kan worden overgelaten.

Dit brengt mede, dat zij tegenover hun opdrachtgevers allen een grote zelfstandigheid bezitten; juist omdat zij de uitoefening van hun beroep alleen zelf te verantwoorden hebben wensen zij geen inmenging in hun bemoeiingen.'

40 J.J. van Hees, 'De integere curator', in: I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman (red.), *Onderneming en Integriteit*, Serie Onderneming en Recht deel 39, Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v.

41 In 1946 verscheen postuum Wolfsbergens monografie *Onrechtmatige Daad*, de eerste systematische behandeling van het leerstuk in Nederland, waaraan het BW-Krant Jaarboek in 1996 was gewijd.

42 Wolfsbergen 1940, p. 2.

Wolfsbergen ziet tegen deze achtergrond het algemeen belang als de grond voor aansprakelijkheid van 'hen, wier beroep medebrengt dat zij zich slechts tot een goed uitoefenen van dat beroep verbinden.' Wanneer begaan zij nu een zodanige beroepsfout dat daaruit hun aansprakelijkheid voortvloeit? Wolfsbergen stelt als eerste vast dat

'(...) in elk ambt handelingen worden gepleegd, welke, achteraf bezien, objectief niet de juiste waren, maar welke toch door alle beroepsgenoten, bij juiste ambtsvervulling, precies zó zouden zijn begaan.'⁴³

Daarnaast is er nog een categorie fouten:

'Een andere categorie verrichtingen is weliswaar fout, maar wordt toch niet als aansprakelijkheid vestigend aangemerkt, omdat óf wel de vereiste tijd ontbrak om de casuspositie voldoende te bestuderen óf wel voor een juist inzicht een grotere vakkennis nodig zou zijn dan van de gemiddelde vakgenoot is te vergen.'⁴⁴

Ten aanzien van de te vergen gemiddelde vakkennis moet voor ieder beroep afzonderlijk worden bepaald in hoeverre het mogelijk is de stof volledig te beheersen, waarbij specialisatie kan leiden tot een grotere aansprakelijkheid voor fouten op het specialistische terrein. Maar, ontbreken tijd en geld om een specialist in te schakelen

'(...) dan mag men ook op die van voetangels en klemmen voorziene delen des rechts slechts gemiddelde bekwaamheid verwachten en verlangen; niet wat de beste in het vak zou vermogen is de maatstaf. Toch bestaat bij het achteraf beoordelen van fouten wel eens de neiging, het later bekend geworden als al voorzienbaar aan te merken. Ook error iuris zal dus een excuus kunnen zijn. (...) Daarentegen is voor den advocaat niet voldoende excuus – gelijk wel wordt betoogd – , dat een wetsvoorschrift op zichzelf zo duidelijk leek, dat er geen grond was tot het opslaan van een commentaar of het nagaan der jurisprudentie.'⁴⁵

De waarschuwing voor de 'benefit of hindsight' wordt door Wolfsbergen nogmaals gedaan in zijn monografie over onrechtmatige daad, waar hij op-nieuw het vereiste van een *redelijke* bekwaamheid benadrukt:⁴⁶

'Het voorgaande neemt niet weg, dat het ogenblik, waarop van een fout kan worden gesproken, niet mag worden bepaald naar hetgeen achteraf is gebleken of naar hetgeen de allerbekwaamsten in het vak vermogen. Men zal met het verlangen van redelijke bekwaamheid moeten volstaan, waarbij uiteraard met de voor de diverse beroepen onderscheidenlijk heersende gebruiken zal worden

43 Wolfsbergen 1940, p. 2.

44 Wolfsbergen 1940, p. 3.

45 Wolfsbergen 1940, p. 5.

46 Wolfsbergen 1946, p. 168.

rekening gehouden – wij denken aan de bij de medici voorkomende, bij de juristen niet gebruikelijke specialisatie; deze vermag zowel de eisen, aan de specialist gesteld te verhogen als de toelaatbare onkunde der niet gespecialiseerden, zolang zij het speciale terrein niet buiten noodzaak betreden, uit te breiden.’

Wolfsbergen formuleert aldus een reeks gezichtspunten en uitgangspunten die een rol zouden kunnen spelen bij de invulling, het operationaliseren, van het functioneel vergelijkingstype van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar: de omstandigheden van het geval; de beoordeling *ex ante* (dus geen ‘benefit of hindsight’; de aard van de verplichting (geen resultaatsverbintenis); de mate van zelfstandigheid. Ook Michiels van Kessenich heeft, zoals we hiervoor zagen, een nuttige uitwerking en catalogisering van gezichtspunten en deelnormen aan de maatman ontleend.⁴⁷ Ook andere, op de gespecialiseerde context van de betrokken adviseur toegesneden deelnormen kunnen worden geformuleerd.⁴⁸ De in de rechtspraak stevast gehanteerde norm biedt tot een dergelijke catalogisering weinig aanknopingspunten; veeleer worden die van geval tot geval in concreto geformuleerd.

6 CONCLUSIE

Wat is nu de meerwaarde van het in *Speeckaert/Gradener* gegeven functioneel vergelijkingstype?

Het gebruik van een vergelijkingstype strekt dogmatisch gezien tot objectivering, tot abstraheren van de concrete eigenschappen van de aansprakelijk gestelde persoon, wiens handelen daartoe wordt afgemeten aan een abstractie, de maatman. Zo zou het ook moeten zijn met de ‘redelijk bekwaam, redelijk handelend beroepsbeoefenaar’. De conclusie lijkt echter gerechtvaardigd dat veel inhoudelijke sturing of invloed op de concrete normstelling niet van dit vergelijkingstype is uitgegaan. Op basis van de sinds 1990 gepubliceerde rechtspraak blijkt niet duidelijk dat in de norm als het ware een leidend principe, een ‘programma’ of een catalogus van relevante factoren besloten

47 Zonder pretentie van volledigheid noemt zij de volgende regels: i) de deskundige moet voldoende informatie verwerven en hij moet daarbij dóórvragen; ii) de deskundige moet zijn patiënt of cliënt voldoende informatie geven; iii) de informatie die wordt verstrekt moet zijn afgestemd op de concrete wederpartij; iv) de deskundige moet zijn patiënt of cliënt wijzen op de risico’s die verbonden zijn aan het opvolgen van zijn advies; v) de deskundige heeft een waarschuwingsplicht maar hij heeft niet de taak te voorkomen dat zijn cliënt of patiënt domme dingen doet.

48 Vgl. bijvoorbeeld A. Schilder, W.H.J.M. Nuijts, D.C. Meerburg, S.C.J.J. Kortmann, ‘Het advies en de rol van de adviseur’, *Preadviezen NJV* 2004, o.m. p. 20-36 en 219-232.

ligt waaruit zich deelnormen voor concrete gevallen laten afleiden.⁴⁹ Op zich kan ook dan nog wel van een meer objectiverende benadering sprake zijn, omdat nog steeds geabstraheerd kan worden van de concrete eigenschappen van de aansprakelijk gestelde vakgenoot. Deze moet er dan wel mee leren leven te worden afgemeten aan een ad hoc ingevulde maatman, speciaal voor een situatie als de zijne ontworpen.

Daarnaast is het hanteren van de term ‘redelijk’, in het bijzonder met betrekking tot het vereisten van bekwaamheid, voor serieuze betwisting vatbaar gebleken. Wat wordt hier nu mee bedoeld? Is de term ‘redelijk’ bijvoorbeeld een uitdrukking van het al door Wolfsbergen geformuleerde principe dat men niet het allerbeste mag eisen (en zo ja, waarom dan niet), of dat men moet oppassen voor de *benefit of hindsight*? Hangt de term samen met de gedachte dat een beroepsbeoefenaar geen specifiek resultaat garandeert? De Hoge Raad heeft er van begin af aan geen twijfel over laten bestaan dat van marginale toetsing geen sprake kan zijn, zodat de op zichzelf niet vreemde connotatie van de term ‘redelijk’ met het concept van de marginale toetsing een dood spoor is.⁵⁰ Nu bovendien de wetgever over de band van art. 7:401 BW ervan uitgaat dat ‘redelijk’ hetzelfde is als ‘goed’, lijkt het element ‘redelijk’ inhoudsloos te zijn geworden.

De beperkte houvast die de rechtspraak biedt is natuurlijk ook deels een kwantitatieve kwestie: het aantal NJ-uitspraken over beroepsaansprakelijkheid is nog altijd relatief beperkt, terwijl bovendien in veel gevallen niet in discussie is dat een beroepsfout is gemaakt (maar bijvoorbeeld de discussie zich toespitst op de vraag welke schade hierdoor is veroorzaakt). Dat de maatman in elk geval geen termijnen mag laten verlopen of ledematen mag verwisselen bij een operatie zal in de regel weinig omstreden zijn. Niettemin is naar mijn mening de indruk gerechtvaardigd dat ook in meer complexe gevallen de norm doorgaans wel genoemd, maar niet werkelijk *gebruikt* wordt. Veeleer is het een formule die de inleiding vormt tot het bepalen van de werkelijke zorgvuldigheidsnorm, zoals bijvoorbeeld de norm dat men zijn cliënt geen onnodige risico's mag laten lopen.

De maatman in beroepsaansprakelijkheidszaken is aldus misschien nog wel het best te vergelijken met de door Marten Toonder in zijn verhaal ‘De Pronen’ opgevoerde leergierige maar inhoudsloze levensvorm der pronen:

49 Ik wil daarmee niet stellen dat dit met de Maclou-norm wél het geval is, maar ik constateer wel dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest waarin deze maatman-norm wordt geformuleerd ook een reeks relevante gezichtspunten heeft genoemd die bij de beoordeling van de positie van de curator van belang zijn (zoals het gegeven dat hij niet voor een cliënt werkt maar op een kruispunt van soms tegenstrijdige belangen staat).

50 Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 59, Deventer: Kluwer, 2007, p. 53-61, waarin blijkt dat goed denkbaar is dat het hanteren van het element ‘redelijk’ als onderdeel van een functioneel vergelijkingstype duidt op marginale rechterlijke toetsing, in dit geval van het handelen van het bestuur van een kapitaalvennootschap.

zij hechten zich aan diegenen die zich over hen ontfermen, nestelen zich in hun leven en kopiëren hun eigenschappen, maar voegen daar zelf niets aan toe.