



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De tuinman en de dood

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1989). De tuinman en de dood. *Ars Aequi*, 1989(4), 193-201.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36276>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36276>

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

Het misleidend karakter van schuld en risico als coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht

Een Perzisch edelman: Van morgen ijlt mijn tuinman, wit van schrik, mijn woning in: 'Heer, Heer één ogenblik! Ginds in de rooshof, snoeide ik loot na loot, toen keek ik achter mij. Daar stond de dood'. Deze verzen van P.N. van Eyck¹, die het onontkoombare van de dood schilderen, vormen het spiegelbeeld van een oud verhaal uit het civiele recht waarin de grondslag van het aansprakelijkheidsrecht juist wordt gevonden in de *vermijdbaarheid* van de dood.

Si putator ex arbore ramum . . .

Als een tuinman uit een boom een tak laat vallen en zo een voorbijganger doodt, is hij aansprakelijk, indien hij niet heeft gewaarschuwd, zodat het ongeval vermeden had kunnen worden. Quintus Mucius Scaevola, opperpriester en rechtsgeleerde uit de eerste eeuw vóór Chr. voegt hier ter verklaring aan toe 'dat er immers van schuld sprake is wanneer niet is voorzien wat door een zorgvuldig man voorzien had kunnen worden, of er pas zo laat is gewaarschuwd dat het gevaar niet meer vermeden kon worden'.² De hier door Scaevola gepersonifieerde Zorgvuldigheid (*diligens pater familias*) die gevaren had voorzien en vermeden die door gedaagde niet zijn voorzien en vermeden, heeft de eeuwen getrotseerd. Als *personne avisée* of als *reasonable man* is hij steeds de toetssteen geweest om te bepalen of sprake was van *une faute* of van *negligence* als voorwaarden voor aansprakelijkheid. Blijft dat zo?

Twee typen van aansprakelijkheid

Binnenkort beschikt ons land over het modernste burgerlijk wetboek ter wereld. Daarin wordt uiteraard ook aandacht besteed aan de oudste figuur uit de geschiedenis van het recht, schadevergoeding in geval van dood en letsel, ter vervanging van de voordien gebruikelijke wraakoefening door de familie van het slachtoffer.

Nieuw ten opzichte van het wetboek van 1838 is de scherpe onderscheiding van twee typen van aansprakelijkheidsrecht. In de eerste plaats is de tuinman aansprakelijk indien hij zich heeft gedragen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6.3.1.1). In de tweede plaats is het zo, dat wanneer het ongeval werd veroorzaakt door een plotseling wegspringende bout uit de kettingzaag van de tuinman, de producent van die zaag aansprakelijk zal zijn als de zaag niet de vei-

1. Verzameld Werk, deel 2 p. 38.

2. Digesten 9, 2, 31: 'culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provi- sum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit'.

ligheid bood die men daarvan mocht verwachten (art. 6.3.3.1).³

De orthodoxe visie houdt in dat dit voorbeelden zijn van twee typen van aansprakelijkheid die op verhelderende wijze kunnen worden aangeduid met de begrippen schuld en risico. Wel wordt toegegeven dat de term 'schuld' hier in een wat oneigenlijke, ruime zin wordt genomen en dat het wellicht beter zou zijn, het taalgebruik van het NBW volgend, te spreken van *foutaansprakelijkheid* (fout = een toerekenbare onrechtmatige daad), maar dit neemt niet weg dat dit type aansprakelijkheid gebaseerd is, en blijft, op een verwijt dat men de gedaagde kan maken (een toerekenbare onrechtmatige daad).

Het eigenlijke karakter van risico-aansprakelijkheid is slechts bloot te leggen door aan te geven wat zij *niet* is: schuldaansprakelijkheid. Het betreft hier aansprakelijkheid die niet afhankelijk is van een verwijt dat gedaagde treft (*nofault liability*). De overgang van schuld naar risico-aansprakelijkheid zoals die plaatsvindt ten aanzien van dieren, zaken en produkten is dan ook, aldus nog steeds de orthodoxe visie, vooral in het belang van de slachtoffers. Zij worden bevrijd van de last te bewijzen dat de gedaagde verwijt trof.

Dit gangbare beeld van het dichotome karakter van het moderne aansprakelijkheidsrecht (schuld en risico) deugt in geen enkel opzicht. Het criterium gelegen in de vraag of de aansprakelijkheid al dan niet afhankelijk is van een verwijt dat gedaagde kan worden gemaakt, is als *fundamentum divisionis* voor de onderscheiding van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad enerzijds, en aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en produkten anderzijds, volstrekt ondeugdelijk. In beide gevallen is de aansprakelijkheid gebaseerd op een tekortkoming die aan de gedaagde kan worden toegerekend, en in geen van beide gevallen is hiervoor vereist dat gedaagde hiervan een verwijt valt te maken.⁴

Vos wordt, rijdend in zijn auto, plotseling geconfronteerd met een overstekende ree. In een poging het dier te ontwijken stuurt hij de auto naar de linker weghelft en komt aldaar in frontale botsing met de auto van Lanting. Lanting raakt zeer ernstig gewond.

De Hoge Raad overweegt dat twee alternatieve rijwijzen mogelijk waren geweest: remmen en uitwijken naar de rechter berm. Hieraan wordt de conclusie verbonden 'dat niet kan worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden — hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn — rechtens geen enkel verwijt valt te maken. Het Hof heeft dan ook ten onrechte aangenomen dat Vos terzake van het ongeval geen schuld treft'.⁵

Vos valt van zijn wijze van rijden rechtens verwijt te maken en hem treft ter zake van het ongeval schuld, aldus de Hoge Raad. Waaruit worden nu het verwijt en de schuld afgeleid? Uit niets meer, maar ook niets minder dan het tekortschietende verkeersgedrag. We stuiten hier op het verschijnsel 'dat veel van wat het recht met "schuld" heeft be-

3. Thans nog voorstel van wet houdende aanpassing van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, de artikelen 1407a t/m i, Tweede Kamer 1985-1986 nrs 1-2.

4. Zie ook G.H.A. Schut *WPNR* 5045, p. 273: 'Schuld en risico zijn begrippen die in elkaar overlappen als twee kleuren waterverf'. Schut beperkt zijn opmerkingen tot de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen. In de navolgende beschouwingen gaat het vooral om de vergelijking van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en aansprakelijkheid voor zaken. Met betrekking tot de risico-aansprakelijkheid voor personen (kinderen, ondergeschikten) geldt overigens ook, dat voor aansprakelijkheid steeds vereist is dat sprake is van een tekortkoming in het gedrag van respectievelijk het kind en de ondergeschikte (zie de art. 6.3.2.1 en 6.3.2.2).

5. HR 11 nov. 1983, *NJ* 1984, 331.

doeld aan te duiden niet is "schuld" in de zin van verwijtbaarheid, maar slechts het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid' (Langemeijer).⁶ Maar het blijft een aansprakelijkheid die afhankelijk is van *faalend* gedrag. Door te remmen of naar rechts uit te wijken had Vos het ongeval kunnen voorkomen. Zou er geen enkele mogelijkheid hebben bestaan om de botsing te vermijden, bijvoorbeeld doordat de auto plotseling onbestuurbaar werd als gevolg van een fout in de montage van de stuurkolom dan zou van aansprakelijkheid van de bestuurder geen sprake zijn. In dat geval zal het slachtoffer meer kans hebben met een vordering ingesteld tegen de producent van de auto. Diens aansprakelijkheid is echter evenzeer afhankelijk van een tekortkoming die hem kan worden toegerekend. Vast moet staan dat het ongeval is veroorzaakt doordat de auto niet de veiligheid bood die men daarvan mocht verwachten (art. 1407b). Voldoende is dit echter niet. De producent ontkomt aan aansprakelijkheid als de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, bijvoorbeeld wanneer het gebrek is ontstaan *nadat* de auto door hem in het verkeer is gebracht (art. 1407a).

Kunnen alleen daden onrechtmatig zijn?

De producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product (art. 1407a). Is dit niet in strijd met de constatering van de Romeinse jurist Gaius dat uit geen enkele rechtsregel aansprakelijkheid voortvloeit voor schade die zonder onrechtmatigheid (*sine iniuria*) is veroorzaakt, en dat derhalve niet aansprakelijk is degen die zonder schuld en opzet schade berokkent door enig toeval (*casu quodam*)?⁷

Geheel in overeenstemming hiermee spreken de artikelen 1406 en 1407 uitsluitend van 'moedwillige of onvoorzichtige doodslag' en 'moedwillige of onvoorzichtige kwetsing'. Desondanks treedt de aansprakelijkheid voor dood en letsel ook in wanneer er geen sprake is van moedwil of onvoorzichtigheid van de kant van de gedaagde, bijvoorbeeld wanneer de dood of de verwonding is veroorzaakt door de instorting van diens gebouw (art. 1405). Is dat dan *damnum sine iniuria datum*, aansprakelijkheid voor schadeveroorzaking zonder onrechtmatigheid?

Van belang in dit verband is een intrigerende observatie van Meijers: 'met het risico-beginsel verlaat men het terrein der onrechtmatigheid niet (. . .). Dit geldt evenzo voor schade door dieren of zaken aangericht'.⁸

Meijers is op dit punt krachtig bestreden door J. Drion, die van oordeel is dat in geval van risico-aansprakelijkheid ook het onrechtmatigheidsvereiste wordt prijsgegeven. 'Risico-aansprakelijkheid derhalve is normaliter aansprakelijkheid zonder dat onrechtmatig gehandeld werd'.⁹

Wie heeft gelijk?

Beiden, en dat vloeit voort uit de omstandigheid dat de botsing der meningen – in dit geval jammer genoeg – geen frontaal karakter draagt. De bezitter van een opstal is inderdaad aansprakelijk ook zonder dat door hem onrechtmatig werd *gehandeld*. Maar wel is vereist dat de schade is veroorzaakt doordat de opstal niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen (art. 6.3.2.7). Betekent dit niet dat voorwaarde voor aansprakelijkheid is dat de opstal in een onrechtmatige toe-

6. De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Zwolle 1985, p. 35.

7. Gaius, Institutiones III, 211.

8. *VPO* III, p. 232.

9. *WPNR* 3996.

stand verkeerde, en dat we dus toch het terrein der onrechtmatigheid niet hebben verlaten?

Als uitsluitend *daden* in aanmerking zouden komen voor het predicaat 'onrechtmatig', zou Drions kritiek doel treffen. Maar is dat zo? Komt het taalgevoel in opstand als de situatie dat de roltrap van een warenhuis onder stroom staat, wordt bestempeld als onrechtmatig, geheel los van de vraag of de eigenaar iets heeft gedaan of nagelaten in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt?

Onrechtmatigheid bestaat steeds uit het niet voldoen aan een rechtsnorm. Hierbij kan het gaan om gedragsnormen, regels die eisen stellen aan het gedrag. Zulke normen kunnen uiteraard slechts geschonden worden door gedragingen. Een gebouw dat instort met als gevolg dat een voorbijganger onder het puin wordt bedolven, overtreedt niet het zesde der tien geboden.

Er zijn echter ook talloze rechtsnormen die zich niet richten tot het gedrag van de mens, maar die eisen stellen aan zaken waarmee hij zich omringt. Een gebouw moet zodanig solide zijn dat geen instortingsgevaar dreigt. Voldoet het niet aan die norm dan is de toestand waarin het gebouw verkeert onrechtmatig, want in strijd met het recht. Met betrekking tot aansprakelijkheid voor opstallen en produkten is steeds vereist dat de opstal of het produkt niet voldeed aan de norm die daarvoor rechtens gold, en daarin ligt de juistheid van Meijers' constatering dat we bij dit soort aansprakelijkheden het terrein van de onrechtmatigheid niet verlaten.

Belangrijker dan de terminologische kwestie of het predicaat 'onrechtmatig' al dan niet beperkt moet blijven tot gedragingen, is het inzicht in de nauwe verwantschap tussen enerzijds de vraag of het gedrag van gedaagde voldeed aan de normen van het recht, en anderzijds de vraag of hetzelfde gezegd kan worden van gedaagdes opstal of produkt. Is Vos tekortgeschoten in zijn rijgedrag toen hij werd geconfronteerd met een overstekende ree? Biedt een warmwaterkruik, die gaat lekken als de dop niet zeer stevig wordt aangedraaid, wel de veiligheid die men mag verwachten? Het inzicht in de parallelie van deze vragen wordt ernstig vertroebeld als de kaders waarin zij gesteld worden, worden gescheiden door de caesuur: schuld/risico. In beide gevallen gaat het om de vaststelling of sprake is van een tekortkoming ten opzichte van een ideaaltipe: adequaat verkeersgedrag, een veilige warmwaterkruik. Eveneens in beide gevallen, kunnen we de eigenschappen van deze ideaaltypen slechts ontdekken door in het voetspoor van Quintus Mucius Scaevola de rechtsnorm te personifiëren: wat zou door een zorgvuldig persoon (*a diligente*) zijn gedaan? Hoe ziet een kruik eruit die de veiligheid biedt die men mag verwachten? Het antwoord wordt verkregen door na te gaan welke kruiken een zorgvuldig producent wèl, en welke hij niet in het verkeer zou hebben gebracht.

De mens is de maat van alle normen

Quintus Mucius Scaevola: van *culpa* is sprake wanneer niet werd voorzien wat door een zorgvuldig persoon wel voorzien had kunnen worden. Zijn woorden klinken na in de moderne rechtsstelsels.

Wat te verstaan onder *faute* in art. 1382 van de Franse Code Civil? 'La faute délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage'.¹⁰

Wanneer is sprake van *negligence*, de belangrijkste *tort* uit het Engelse recht? 'Negli-

10. Mazeaud-Tunc, *Traité*, I nr. 439.

gence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do'.¹¹

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben (. . .) eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet; par. 823 BGB. Hoe moet worden vastgesteld of het gedrag van gedaagde 'fahrlässig' kan worden genoemd? Hiertoe dient gevolgd te worden 'das Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger dieses engeren Verkehrskreises'.¹²

Is het mogelijk een profielschets te ontwerpen van deze *personne avisée*, prudent and reasonable man, besonnene und gewissenhafte Angehörige? Het is van belang te beseffen dat het niet zozeer gaat om vastlegging van hetgeen gebruikelijk is onder ervaren en zorgvuldige automobilisten, producenten en artsen, maar om de zorgvuldigheid die van hen mag worden geëist. Een tandarts die gebruik maakt van een niet gezekeerde boor met als gevolg dat de naald in de keel van de patiënt verdwijnt, ontkomt niet aan aansprakelijkheid door aan te tonen dat ook ervaren tandartsen vaak werken met niet gezekeerde boren.¹³ Een zorgvuldig persoon in dit verband is degeen die de vereiste zorgvuldigheid in acht neemt.

Belanden we zo niet in een heuristische cirkel, de bril zoeken met behulp van diezelfde bril, die op onze neus staat? We zijn op zoek naar de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt en doen dit door gebruik te maken van het perspectief van de zorgvuldige persoon. Deze figuur is echter per definitie degeen die onder alle omstandigheden doet wat de zorgvuldigheid eist. Toch kan de personificatie van de normen waaraan gedragingen en produkten moeten voldoen niet worden gemist. Zij zorgt ervoor dat de eisen van het recht de menselijke maat niet overschrijden.

Wat valt er te vertellen over de herkomst van de *diligens paterfamilias* en het geestelijk klimaat waarin hij tot ontplooiing kwam?

Quintus Mucius Scaevola behoort tot de kring van ontwikkelde Romeinen die een grote belangstelling koesterden voor de Griekse wijsbegeerte in het algemeen en de leer der Stoa in het bijzonder. Zijn leerling Cicero heeft ons een document nagelaten dat een fascinerend beeld geeft van de morele principes die in deze kring werden gehuldigd, althans gepropageerd: *De Officiis*.

Cicero prijst in dit boek zijn leermeester als een groot voorvechter van de ruime werking van de goede trouw¹⁴, en hij vermeldt het geval dat Scaevola op eigen initiatief 100 000 sestertiën méér betaalde dan de gevraagde koopprijs omdat het landgoed meer waard was dan de vraagprijs.¹⁵ De hoofdrol in dit boek wordt vervuld door de *vir bonus*, de goede man die niemand schade berokkent tenzij hij wordt bedreigd met onrecht (*virum bonum esse qui noceat nemini nisi lacessitus iniuria*).¹⁶ *Vir bonus* is hij die zijn *kathekon* vervult. *Kathekon* is een kernbegrip uit de Stoïsche filosofie, door Cicero vertaald als *officium medium*, een 'gemiddelde' plicht die nagekomen kan worden door ieder deugdzaam mens, dat wil zeggen ook door hem die niet beschikt over de vooruitziende blik van Cassandra en de kracht van Hercules.

11. Blyth v. Birmingham Waterworks Co (1856) 11 Ex. 781, 784.

12. Larenz, Schuldrecht I, par. 20 III.

13. *BGHZ* 8, 138, zie ook C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties, diss. Leiden 1988, p. 26 e.v.

14. *De Officiis* III, 70.

15. *De Officiis* III, 62.

16. *De Officiis* III, 76.

Deze Stoïsche denkbeelden vormen de achtergrond van de *diligens paterfamilias* in de Digesten¹⁷ en de goede huisvader in ons Burgerlijk Wetboek. Een dergelijke gepersonificeerde maatstaf dient ertoe te voorkomen dat de eisen van het recht bovenmenselijke afmetingen aannemen. Van de bruiklener wordt verwacht dat hij met de zorg van respectievelijk een *diligentissimus paterfamilias* (D 13, 6, 18 pr), een goed huisvader (art. 1781 BW) en een goed bruiklener (art. 6.7.3 NBW) waakt voor het behoud van de zaak. Gaat zij verloren onder omstandigheden die slechts Hercules zou kunnen keren (plundering door roversbenden, hinderlagen van piraten), dan is de bruiklener niet aansprakelijk.¹⁸ Wat – menselijkerwijs gesproken – onmogelijk is, mag het recht niet vergen. *Impossibile nulla obligatio*.

Wees persoon

Het recht opgevat als datgene wat door een *diligens paterfamilias*, a prudent and reasonable man, une personne avisée zou worden gedaan, en zou worden gelaten.

Deze personificatie van de rechtsnorm is verdiept, eer dan verhelderd, door de rechtsfilosofie van Hegel. 'Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen'.¹⁹ Door Eggens is deze gedachte uitgewerkt.

'Persoon is hij, die zich van zichzelf bewust geworden is. En deze zelf-bewustwording, zelf-onderscheiding, zelf-objectivering als zedelijk wezen, houdt in dat men zich "de anderen" bewust wordt als "andere ikken", andere personen, die ik te eerbiedigen heb "als mijzelf", omdat zij – in hun anders-zijn – aan mij wezensgelijk (identiek) zijn'.²⁰

In zijn afscheidscollege heeft Eggens dit terecht in verband gebracht met het antieke gedachtegoed.

'Zoals in de reeds eeuwen oude omschrijving van het recht als "ars aequi et boni", ars, die nodig is om "ieder het zijne" te kunnen geven – naar mijn besef – wordt uitgedrukt zowel de kunst, als de kunde, als de wil tot het – in gerecht evenwicht – bepalen van hetgeen de mens als persoon mag en behoort te doen in zijn verhouding tot andere personen'.²¹

De gedachte hier ontvouwd is te belangrijk dan dat we ons zouden laten afschrikken door het zwaargepantserd woordgebruik.

Wees persoon en respecteer de ander als persoon. Ook de ander is persoon, drager van rechten en plichten. Ter bepaling van de zorgvuldigheid vereist jegens eens anders persoon of goed, moet ook worden vastgesteld welke mate van zorgvuldigheid van die ander gevegd mocht worden. Het gerechte evenwicht waarvan Eggens spreekt, wordt wat het aansprakelijkheidsrecht betreft pas bereikt door beide partijen, zowel de veroorzaker van de schade als het slachtoffer, te respecteren, anders gezegd te waarderen als persoon, als redelijk en zedelijk wezen. De Romeinse juristen onthieven de tuinman van aanspra-

17. Zie ook Helmut Coing die van mening is dat de aanwezigheid van de *diligens paterfamilias* in de Digesten valt terug te voeren naar 'populär philosophische Vorstellungen, insbesondere stoischer Prägung'. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 69 (1952), p. 54.

18. D 13, 6, 18 pr.

19. Grundlinien der Philosophie des Rechts, par. 36.

20. Een man een man, een woord een woord, Verzamelde Opstellen p. 200.

21. WPNR 4705.

kelijkheid indien hij tijdig had gewaarschuwd en de roekeloze voorbijganger die waarschuwing had genegeerd.²²

Toen en thans.

De Amsterdamse Rechtbank kreeg enkele jaren geleden de vraag voorgelegd of een vrouw voldoende was gewaarschuwd die rijdend op een fiets, was gevallen over een tak die bij snoeiwerkzaamheden op de weg was terecht gekomen.²³ De Rechtbank was van oordeel dat de vrouw voldoende was gewaarschuwd door de plaatsing van 'schrikhekken'.

Zo snijdt het mes aan twee kanten. Voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad moet worden bezien of de gedaagde als een zorgvuldig persoon ervoor heeft gewaakt dat de eiser niet zou worden blootgesteld aan gevaren waarop deze niét bedacht hoefde te zijn. Aan de andere kant mocht de gedaagde er daarbij van uitgaan dat ook eiser zich zou gedragen als een redelijk handelend persoon. Verdwijnen deze gezichtspunten uit het verschiep als het gaat om 'risico'-aansprakelijkheden, zoals die voor gebrekkige producten?

'De producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt (. . .)'.²⁴ In de Memorie van Toelichting wordt bij herhaling verzekerd dat het hier een risico-aansprakelijkheid betreft.²⁵ Men zou kunnen menen dat deze regeling in het geheel niet is geïnspireerd door hetgeen de vergeldende rechtvaardigheid eist met betrekking tot een individuele producent als persoon jegens de benadeelde als persoon. Zijn het hier niet louter overwegingen van makro-juridische aard? Welke groep is het best in staat tot een efficiënte 'loss-distribution'? De producenten omdat zij de kosten van een aansprakelijkheidsverzekering kunnen doorberekenen in de prijzen en zo kunnen afwentelen op de gezamenlijke consumenten? Of de benadeelden, die de vergoeding van schade voortvloeiend uit lichamelijk letsel grotendeels kunnen putten uit het stelsel van sociale zekerheid?

Gezichtspunten van een dergelijke dimensie spelen stellig een rol, maar niet uitsluitend. Door de nieuwe regeling verschuift het zwaartepunt van het debat over de aansprakelijkheid: van het gedrag van de gedaagde producent naar de staat waarin het produkt verkeerde toen het zijn fabriek verliet. Niet langer is de centrale vraag of het al dan niet aan de schuld van Jumbo te wijten is dat de onderhavige kruik in het verkeer is gebracht²⁶, maar wordt de spil van het debat gevormd door de vraag of de kruik al dan niet de veiligheid bood die men ervan mocht verwachten. De producent wordt voortaan bestookt met het argument: uw produkt deugde niet, in plaats van: uw gedrag schoot te kort. Dit betekent overigens niet dat de eiser nu veel lichter geschut in stelling kan brengen. De aansprakelijkheid blijft, evenals de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afhankelijk van een tekortkoming die aan de producent kan worden toegerekend. Kan het produkt niet als 'gebrekkig' worden aangemerkt, of is het gebrek eerst ontstaan nadat het produkt in het verkeer is gebracht, dan kan de benadeelde, hoezeer zijn schade ook veroorzaakt is door dat produkt, geen vergoeding vorderen van de producent.

Wanneer is het produkt gebrekkig?

Ook hier valt niet te ontkomen aan een personificatie van de rechtsnorm, wil de aan-

22. D 9, 2, 31.

23. 19 mei 1982, *Verkeersrecht* 1983, 10.

24. Art. 1407a.

25. Tweede Kamer 1985-1986, 19 636 nr 3.

26. HR 2 febr. 1973, *NJ* 1973, 315.

sprakelijkheid geen bovenmenselijke proporties aannemen. Of het produkt al dan niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, kan niet worden bepaald los van de vraag wat van een zorgvuldig producent in dit opzicht mag worden gevegd en hoe een redelijk zorgvuldig gebruiker met dit produkt zou omgaan.

Communicerende vaten

De kern van de nieuwe produktaansprakelijkheid wordt gevormd door art. 1407b:

‘Een produkt is gebrekkig, indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder:

- a. de presentatie van het produkt;
- b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt;
- c. het tijdstip waarop het produkt in het verkeer werd gebracht.

Een produkt mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter produkt in het verkeer is gebracht’.

De wijze waarop deze criteria voor de gebrekkigheid van het produkt dienen te worden toegepast, vertoont een opvallende gelijkenis met hetgeen nodig is voor het oordeel of sprake is van gedragingen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Als maatstaven moeten met elkaar worden geconfronteerd enerzijds een zorgvuldig producent en anderzijds een redelijk handelend gebruiker. Door te onderzoeken of het produkt de veiligheid biedt die *men* daarvan mag verwachten wordt het probleem benaderd van de kant van de gebruiker, door daarbij te letten op het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt, wordt het perspectief van de producent gekozen.

De veiligheid die *men* mag verwachten. Wie is ‘men’? In een Duitse commentaar op deze bepaling wordt zijn identiteit duidelijk vastgelegd: ‘ein rechtlich-normativer Idealtyp (. . .) ein Benutzer, der sich auch seiner Benutzer-Sorgfaltspflichten bewusst ist’.²⁷ Veroorzaakt een produkt schade in een gebruikssituatie die als ‘onredelijk misbruik’²⁸ moet worden aangemerkt, dan kan niet worden gezegd dat het produkt niet de veiligheid bood die men mocht verwachten.

Welk gebruik van het produkt valt redelijkerwijs te verwachten? Om wiens verwachtingen gaat het hier?

Wie overweegt, als opvolger van de warmwaterkruik een elektrische deken op de markt te brengen, moet als een zorgvuldig producent nagaan welk gebruik van zijn produkt redelijkerwijs valt te verwachten. Hij moet de deken de veiligheid meegeven die voor een zodanig gebruik vereist is, of althans waarschuwen (in de gebruiksaanwijzing) dat bepaalde, te verwachten gebruikssituaties gevaarlijk zijn (niet geschikt voor zeer kleine kinderen, niet in combinatie met een tweede elektrische deken). Maar met een zeer onredelijk gebruik hoeft hij geen rekening te houden.

Zijn produkt hoeft, zoals dat heet, niet ‘idiotensicher’ te zijn. Als de elektrische deken zou worden gebruikt ter verwarming van een hok met exotische knaagdieren, kan de gebruiker er niet met succes over klagen dat dit gebruik in de gebruiksaanwijzing niet wordt ontraden. Zo ontstaat een stelsel van communicerende vaten. De veiligheid die men, dat wil zeggen een redelijk handelend gebruiker, mag verwachten, is de veiligheid die een zorgvuldig producent, rekening houdend met het redelijkerwijs te verwachten ge-

27. J. Schmidt-Salzer, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Heidelberg 1988 nr 117 e.v.

28. Zie considerans Richtlijn.

bruik, aan zijn produkt zou meegeven, en een zorgvuldig producent zal zijn produkt zo veilig maken als een redelijk gebruiker mag verwachten.

Als eens een tuinman

Schuld of risico? Voor het moderne aansprakelijkheidsrecht hebben deze coördinaten hun zin verloren. Steeds gaat het om de vraag of sprake is van een tekortkoming die aan de gedaagde kan worden toegerekend. Wel kan worden onderscheiden tussen enerzijds de situatie dat onderzocht moet worden of het gedrag van gedaagde tekortschoot, en anderzijds het geval dat het debat door de wetgever wordt toegespitst op de vraag of een zaak niet voldeed aan de eisen die daaraan gesteld mochten worden. In geen van beide gevallen is vereist dat de gedaagde een verwijt kan worden gemaakt. Zowel falend verkeersgedrag, als de omstandigheid dat de auto niet de veiligheid bood die men mocht verwachten, kan aanleiding zijn voor aansprakelijkheid, ook zonder dat de gedaagde (de bestuurder, de producent) verwijt treft. Toch betekent dit niet, zoals in de Tuinman en de Dood, de zegepraal van het noodlot, ook in het aansprakelijkheidsrecht. Zomin als in het Romeinse recht, is er thans sprake van aansprakelijkheid voor schade louter door toeval (*casu quodam*) veroorzaakt. Vond de tuinman de dood, niet na een vergeefse vlucht naar Ispahaan, maar, rustig werkend in de rooshof, door een wegspringende bout uit een kettingzaag, dan is de 'risico'-aansprakelijkheid van de producent afhankelijk van de vaststelling dat een dergelijke zaag niet in het verkeer zou zijn gebracht door een zorgvuldig producent. Waar de grens is bereikt van hetgeen van een zorgvuldig persoon mocht worden verwacht, houdt het aansprakelijkheidsrecht halt. Maar dat is een oud verhaal. *Si putator ex arbore ramum . . .*

Oegstgeest, januari 1989