



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Onrechtmatige daden : Délits, unerlaubte Handlungen, torts : buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2003). Onrechtmatige daden : Délits, unerlaubte Handlungen, torts : buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief . Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3246>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3246>

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

J.H. Nieuwenhuis

Onrechtmatige daden

Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts



KLUWER 

1 F

P

46

11

Universiteit Leiden



1 541 729 3

W 1 1 1 1

Onrechtmatige daden

VOORPLAAT

*Pavet haec litusque ablata relictum
Respicit, et dextra cornum tenet, altera dorso
Imposita est, tremulae sinuantur flamine vestes*

Vol angst ziet het ontvoerde meisje
Haar land verdwijnen, achter zich één hand omklemt zijn hoon,
Één drukt zich in zijn rug De wind speelt met haar losse kleren

(Ovidius, *Metamorphosen*, Boek II, 873 e v., vertaling M. d'Hane-Scheltema)

Het verhaal van ons werelddeel begint met een onrechtmatige daad Europa, de dochter van de Phoenicische koning Agenor, wordt ontvoerd door de oppergod Zeus, die gemakshalve de gedaante van een witte stier heeft aangenomen. Vol angst is Europa, maar ook vol verwachting. Deze ontvoering van Europa is geschilderd door Antonio Carracci (1583-1618), de onwettige zoon van Agostino Carracci en de Venetiaanse courtisane Isabella Bron van het recht is onrecht.

J.H. Nieuwenhuis

Onrechtmatige daden

Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts

*Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in
Europees perspectief*

KLUWER 

Deventer – 2003

j.h.nieuwenhuis@law.leidenuniv.nl



Omslagontwerp Sigma, Winschoten

ISBN 90 13 00495 4

NUR 822-206

© 2003, J.H. Nieuwenhuis

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veeveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Voorwoord

Es gibt keine Sparte der Rechtswissenschaft, die so ausgesprochen europäischen Charakter trägt wie die Privatrechtswissenschaft

Paul Koschaker, Europa und das Römische Recht

In a shrinking world there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome

Lord Bingham in *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*

Wat is Nederlands aan Nederlands recht? Wat is Nederlands aan de regel dat als onrechtmatige daad wordt aangemerkt een doen of laten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt? Zeker, de regel is neergelegd in een wettelijke bepaling die is vastgesteld door de Nederlandse wetgever, maar hij dankt zijn bestaan toch vooral aan de bestudering van het Franse leerstuk ‘concurrance déloyale’ door de Utrechtse hoogleraar Molengraaff. Het ‘uitgesproken Europese karakter van de wetenschap van het burgerlijk recht’, waarvan Koschaker gewaagt, is veeleer streven dan verworvenheid. Schrijven over Europese perspectieven van buitencontractuele aansprakelijkheid is goeddeels *whistling in the dark*. Wie weet welke algemene beginselen de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben? Art 288 EG veronderstelt de aanwezigheid van deze kennis. Kennen Finland en Portugal, Griekenland en Ierland alle het beginsel dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de

schade zoals de benadeelde die heeft geleden (relativiteitsbeginsel, relativité aquilienne, Schutznorm)?

De wenselijkheid van een eenvormig resultaat ondanks verschil in benadering (Bingham); in de navolgende bladzijden wordt kort stilgestaan bij vier hoekstenen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Daar klinkt steeds dit thema: anders en eender. Overeenkomst en verschil tussen onrechtmatige daden, délits, unerlaubte Handlungen en torts, tussen responsabilité du fait de la chose en Gefährdungshaftung, tussen foreseeability en adequate veroorzaking, tussen Anspruchskonkurrenz en non-cumul des responsabilités.

Naar beproefd bouwkundig voorbeeld (Santa Maria Maggiore in Rome, Dom te Aken) werd ruimschoots beroep gedaan op reeds eerder gebruikt materiaal¹

Leiden, voorjaar 2003

J H. Nieuwenhuis

1 Zie J H Nieuwenhuis, *De Ramp op het Pkmeer*, Deventer 1997, Wat is een onrechtmatige daad, RMThemis 1998, p 242 e v, Aansprakelijkheid in drievoud, opgenomen in *Recht en Verandering*, Den Haag 1999, p 49 e v, Eurocausaliteit, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland

Inhoudsopgave

<i>Hoofdstuk 1 Wat is een onrechtmatige daad?</i>	1
Een onrechtmatige daad met Europese dimensies	1
Twee uitgangspunten	4
Het algemene persoonlijkheidsrecht	6
Recht op het ongestoord genot van zijn eigendom	9
Drie systemen	11
Du côté de chez Kant	15
Drie gestalten, één wezen	16
De waarde van de wet	18
Negligence en breach of statutory duty	21
Inbreuk op een recht	22
Communicerende vaten	23
Delictueel drieluk	25
 <i>Hoofdstuk 2 Risico-aansprakelijkheid</i>	 27
Responsabilité sans faute, No fault liability, Gefährdungshaftung	27
Twee typen van risico-aansprakelijkheid	33
Productenaansprakelijkheid	33
Ontwikkelingsrisico	39
Verkeersongevallen en milieuschade, aansprakelijkheid of verzekering?	41

<i>Hoofdstuk 3 Causaal verband</i>	45
Een opmerkelijk voorval in Hotel De l'Europe	45
De eerste stap	45
De tweede stap	48
Normatieve lading van de causaliteitsmaatstaven	51
De ratio van het sine qua non vereiste	55
Verlies van een kans op genezing	56
Causaal verband of schade?	57
Tweeerlei kansbegrip	59
Kans als onzekerheid omtrent een zeker verleden	62
Alternatieve causaliteit in het Europese productenaansprakelijkheidrecht?	64
Anders en eender	69
Toerekening naar redelijkheid	70
Afscheid van de normale lijn der verwachtingen als toerekeningsmaatstaf?	73
A matter of policy?	76
Verdelende rechtvaardigheid en productenaansprakelijkheid	77
De orde van het debat	79
Per slot van rekening	82
 <i>Hoofdstuk 4 Samenloop</i>	 85
Anspruchskonkurrenz, concurrence of remedies, non-cumul des responsabilités	85
Vóór en tegen van de verschillende stelsels	88
Gemengde techniek	91
 <i>Suggesties voor voortgezette studie</i>	 96
 <i>Jurisprudentieregister</i>	 97
 <i>Trefwoordenregister</i>	 101

Hoofdstuk 1

Wat is een onrechtmatige daad?

Een onrechtmatige daad met Europese dimensies

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

Een onrechtmatige daad met Europese dimensies

Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar Instellingen of door haar functionarissen in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt (art 288 EG).

Aansprakelijkheid overeenkomstig de algemene beginselen die de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, van Dublin tot Thessaloniki, van Sevilla tot Helsinki. De groei van de Europese dimensie van het aansprakelijkheidsrecht is zeker niet beperkt.

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

tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap Hoe zou het de Schotse mevrouw Donoghue thans vergaan, onder het regime van de Richtlijn Productenaansprakelijkheid? Is Stevenson, producent van ginger-ale, jegens haar aansprakelijk? Is sprake van een toereikend causaal verband tussen haar *nervous breakdown* en het feit, dat het flesje ginger-ale dat Donoghue dronk, het stof-felijk overschot van een overleden slak bevatte?² Wat is hier het Europese causaliteitscriterium toerekening naar redelijkheid, foreseeability, Adaquanz?

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

Niet-contractuele aansprakelijkheid overeenkomstig gemeenschappelijke beginselen, in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest Grifoni maakt Advocaat-Generaal Tesauro gewag van het beginsel *neminem laedere* (niemand schade berokkenen) Hij onderneemt geen poging de gelding van dit beginsel te verifiëren, ook voor landen als Ierland, Denemarken en Portugal, maar volstaat met verwijzing naar art 2043 van de Italiaanse Codice civile

Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto
()

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

2 Donoghue v Stevenson, [1932]A C 562

beeld, het Duitse recht is dat een veel te ruim uitgangspunt (vgl. § 823 c v. BGB).

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

Er is dringend behoefte aan een Europese agenda voor het debat over de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Wat betekent het dat de Richtlijn Productenaansprakelijkheid met betrekking tot de aansprakelijkheid van de producent als voorwaarde stelt dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in *zijn* product? Is daarmee verenigbaar de door de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde regel dat de producenten hoofdzakelijk aansprakelijk zijn in geval van alternatieve causaliteit?³

Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 288 EG heeft het Hof van Justitie al een aanzet gegeven voor een dergelijke agenda. Drie voorwaarden moeten zijn vervuld. Er moet sprake zijn van: a. een onrechtmatige gedraging, b. werkelijke schade, en c. causaal verband tussen de gedraging en de schade.⁴ Een kind kan de was doen. Is dit niet een ideale agenda, ook voor gevallen waarin het niet gaat om aansprakelijkheid van de Gemeenschap; een legobouwdoos voor beginners, die gaandeweg kan worden uitgebreid met nieuwe bouwstenen?

Wie concreet wordt, wordt kwetsbaar. De voorwaarde dat de schadeveroorzakende gedraging onrechtmatig is; aan het stellen van die eis kunnen we ons toch geen buil vallen? Op het eerste gezicht lijken de meeste wetboeken de vertaalslag wel te overleven: *des délits et des quasi-délits* (Frankrijk, België), *unerlaubte Handlungen* (Duitsland), *dei fatti illeciti* (Italië), onrechtmatige daad (Ne-

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

4 In de zaak *Grifoni* verwees het Hof naar zijn eigen 'vaste rechtspraak' met name blijkend uit 49/79, Pool, Jun 1981, p. 569

derland), zo luiden in de desbetreffende wetboeken de opschriften van de afdelingen gewijd aan het delictenrecht Maar is een *fatto illecito* hetzelfde als een *unerlaubte Handlung*? En kunnen we de Belgische 'misdrifven en oneigenlijke misdrifven', de officiële vertaling van *délits et quasi-délits*, zonder koersverschil inwisselen tegen Nederlandse 'onrechtmatige daden'?

Twee uitgangspunten

A laat in de halfduistere gang van een café een kelderluik openstaan Op weg naar de wc valt café-bezoeker B in het keldergat en raakt gewond

Voor de constructie van de buiten-contractuele aansprakelijkheid kan worden gekozen uit twee tegenover elkaar gelegen uitgangspunten a het gedrag van de dader, b het belang van de benadeelde We kunnen het gedrag van A tot uitgangspunt nemen en onderzoeken of dit gedrag als onrechtmatig kan worden bestempeld Het is daarentegen ook mogelijk uit te gaan van het belang dat B heeft bij het behoud van zijn lichamelijke integriteit en nagaan of dit belang kan worden aangemerkt als een recht waarop door A inbreuk is gemaakt.

De Franse Code civil kiest in art 1382 onomwonden voor het eerste alternatief

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrive, a le réparer⁵

§ 823 van het Duitse Burgerliche Gesetzbuch (BGB) vertrekt uit tegengestelde richting en neemt een aantal hooggewaardeerde belangen van het slachtoffer (leven, gezondheid, vrijheid e d) tot uitgangspunt, maar richt zich vervolgens op het gedrag van de dader door te bepalen dat een (opzettelijke of nalatige) wederrechtelijke aantasting van die belangen leidt tot een verplichting tot schadevergoeding

5 Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden

Wer vorsatzlich oder fahrlassig das Leben, den Koerper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet⁶

Met betrekking tot de beide uitgangspunten (gedrag van de dader, dan wel belang van de benadeelde) volgt het Nederlandse recht een middenkoers. Is inbreuk gemaakt op een recht van de benadeelde? Deze rubriek staat in art. 6:162 lid 2 BW voorop. De beide volgende rubrieken nemen het gedrag van de dader tot uitgangspunt: een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De koeis van het fonds 'inbreuk op een recht' is onderhevig aan sterke schommelingen. In de periode van 1883 tot 1919 was het een belangrijke rubriek omdat door de Hoge Raad werd aangenomen dat, naast schending van de wet, inbreuk op een recht de enige vorm was waarin van een onrechtmatige daad sprake kon zijn.⁷ Door de introductie van het criterium 'strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt', bij gelegenheid van het arrest Lindenbaum/Cohen uit 1919⁸, is het belang van 'inbreuk op een recht' als grondslag voor het onrechtmatigheidsoordeel uiteraard afgenomen, zonder evenwel door de zorgvuldigheidsnorm geheel te worden overvleugeld. De rubriek 'inbreuk op een recht' bleef beperkt tot a) persoonlijkheidsrechten (lichamelijke integriteit, eer e.d.) en b) absolute vermogensrechten (eigendom, auteursrecht e.d.). Als gevolg van internationale ontwikkelingen kunnen wij thans getuige zijn van een opmerkelijke stijging van de koeis van het aandeel 'inbreuk op een recht', zowel op het terrein van de persoonlijkheidsrechten, als met betrekking tot eigendom.

6 Wie opzettelijk of nalatig het leven, het lichaam, de gezondheid, de vrijheid, de eigendom of een ander recht van een ander wederrechtelijk schendt is verplicht de ander de schade die daaruit ontstaat, te vergoeden.

7 Zie daarover G.E. van Maanen, *Onrechtmatige Daad*, Deventer 1986, p. 57 e.v.

8 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, Lindenbaum/Cohen.

Het algemene persoonlijkheidsrecht

Aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ligt ten grondslag een 'algemeen persoonlijkheidsrecht', aldus de Hoge Raad.⁹

Door Duitse auteurs wordt de erkenning van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' als 'sonstiges Recht' in de zin van § 823 bestempeld als de belangrijkste ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht sinds de inwerkingtreding van het BGB.¹⁰

Greenpeace verspreidt een poster met de kop ALLE REDEN VOM KLIMA – WIR RUINIEREN ES. Daaronder het portret en de naam van de voorzitter van de raad van bestuur van Hoechst AG, een onderneming die zich bezighield met de productie van stoffen die schadelijk waren voor de ozonlaag. De voorzitter acht zijn persoonlijkheidsrecht aangetast en eist een verbod van verdere verspreiding. Greenpeace beroept zich op haar vrijheid van meningsuiting.

Het Bundesgerichtshof (BGH) omschrijft de functie van het algemene persoonlijkheidsrecht als een 'kaderrecht' (*Rahmenrecht*):

Dem Recht des Beklagten auf freie Meinungsäußerung steht, wie gesagt, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klagers hier vornehmlich unter zwei Aspekten gegenüber. Die Rechtspositionen beider Parteien sind damit gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung erfolgt sowohl auf der Grundlage einer generellen Betrachtung des Stellenwerts der betroffenen Grundrechtspositionen als auch unter Berücksichtigung der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung im konkreten Fall.¹¹

9 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, Valkenhorst

10 K. Larenz en C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts II*, München 1994, p. 491

11 Het recht van gedaagde op vrije meningsuiting staat, zoals gezegd, voornamelijk onder twee aspecten tegenover het algemene persoonlijkheidsrecht van eiser. De rechtsposities van beide partijen moeten derhalve tegen elkaar worden afgewogen. Deze afweging vindt plaats zowel op grondslag van een algemene beoordeling van de rang van de desbetreffende grondrechtelijke posities, alsook met inachtneming van de intensiteit van de inbreuk op de grondrechten in het concrete geval. BGH 12 oktober 1993, NJW 1994, p. 124 e.v.

Het algemene persoonlijkheidsrecht scheidt het kader voor de beoordeling van geschillen waarin botsende grondrechten de inzet vormen. Een dubbele afweging is in dat geval vereist: a) een algemene beoordeling van de onderlinge rangorde van de in het geding zijnde grondrechten en b) de intensiteit van de inbreuk op het desbetreffende grondrecht in het concrete geval. Wat het eerste punt betreft, was het BGH van oordeel dat aan de vrijheid van meningsuiting in het algemeen een zeer hoge rang moet worden toegekend, althans voorzover de meningsuiting een bijdrage levert aan het publieke debat over een belangrijke kwestie. Met betrekking tot het tweede punt, de intensiteit van de inbreuk op het privé-leven van eiser, vond het BGH, anders dan de lagere rechter, dat niet gezegd kon worden dat eiser als *privé-persoon* aan de schandpaal was genageld, nu in de poster duidelijk zijn functie (voorzitter van de raad van bestuur van Hoechst) was vermeld. De verspreiding van de poster was niet onrechtmatig.

Overal in Europa valt een opmaats waar te nemen van de (van huis uit publiekrechtelijke) grondrechten binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht, een ontwikkeling die onderdeel vormt van een alomt gesignaleerde *Constitutionalization of Private Law*.¹² Het door de Hoge Raad aan het Duitse recht ontleende 'algemene persoonlijkheidsrecht' fungeert ook in ons land als het toetsingskader bij het oordeel over civielrechtelijke aansprakelijkheid in gevallen waarin botsende grondrechten in het geding zijn. En ook bij ons speelt die toetsing zich af op twee niveaus: een algemeen oordeel over de onderlinge rangorde van de botsende grondrechten en een weging van de ernst van de inbreuk in dit concrete geval. In het hiervoor vermelde Valkenhorst-arrest besliste de Hoge Raad

Wat betreft de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig natuurlijk kind () om te weten door wie het is verwekt, en anderzijds het (in het recht op respect voor haar privé-leven besloten) recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, mocht worden geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert. Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang daardoor ge-

12 Zie J.H. Nieuwenhuis, *De constitutie van het burgerlijk recht*, RMThemis 2000, p. 203 e.v.

wettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind

Vaak zal het evenwel onmogelijk zijn om *in abstracto* een rangorde tussen de botsende grondrechten te bepalen. Vrijheid van meningsuiting of eerbied voor het privé-leven, wat prevaleert? Zo algemeen gesteld, valt die vraag niet te beantwoorden. In die situatie kan, in de woorden van de Hoge Raad, het antwoord slechts worden gevonden 'door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide hier tegenover elkaar staande fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt.'

Onder de kop EEN MOORD IN DE BEETHOVENSTRAAT verscheen in het Parool van 27 januari 1990 het volgende bericht:

In de badkamer van een etagewoning in de Amsterdamse Beethovenstraat werd op 24 mei 1943 de Duits-joodse onderduiker Walter Oettinger vermoord – dat staat vast. Ook de dader is bekend: de toenmalige electricien en latere cineast L v G. Bijna vijftig jaar na dato is echter nog altijd niet opgehelderd of de liquidatie een verzetsdaad, dan wel een ordinair roofmoord was.

v G. is in 1944 wegens doodslag veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar. In 1946 is hem gratie verleend, en wel aldus dat hem het nog onvervulde gedeelte van de gevangenisstraf werd kwijtgescholden. Was het krantenbericht onrechtmatig jegens v G.? Aan de ene kant stond het uit zijn algemene persoonlijkheidsrecht van v G. af te leiden recht om niet, 'méér dan veertig jaar nadat hij voor het ombrengen van Oettinger werd veroordeeld, zijn straf terzake had ondergaan en voor het overige gratie had gekregen, in het openbaar wederom met deze – op jeugdige leeftijd, onder oorlogsomstandigheden begane – daad te worden geconfronteerd'. Aan de andere kant kon het Parool zich beroepen op zijn vrijheid van meningsuiting. De Hoge Raad oordeelde het krantenbericht onrechtmatig jegens v G. Anders dan in de Duitse *Greenpeace* zaak, was hier niet gebleken van een klemmend publiek belang dat met de publicatie werd gediend. De inbreuk op het recht van v G. werd daarentegen door de Hoge Raad als zeer ernstig aangemerkt, nu het ging om de 'zowel grie-

vende als onterende beschuldiging dat het daarbij, anders dan in het strafvonnis was aangenomen, ging om roofmoord.¹³

Recht op het ongestoord genot van zijn eigendom

Niet alleen het Duitse, ook het Europese recht heeft aan de rubriek 'inbreuk op een recht' een nieuwe dynamiek verleend. Nederlandse burgers hebben het eigendomsrecht ontdekt als één der Rechten van de Mens.

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom (art 1, eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, EVRM)

De authentieke Engelse tekst van art 1 luidt

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) kort varkenshouders in hun 'varkensrechten'. Bescherming van het milieu tegen niet plaatsbare mestoverschotten staat hierbij voorop. De omvang van deze korting bedraagt tien procent. Wie beschikte over een vergunning om honderd varkens op zijn bedrijf te houden, mag voortaan nog slechts negentig varkens voorbereiden op hun uiteenlopende eindbestemming: kotelet, ontbijtspek, gehaktbal. Zeven varkenshouders vorderen dat de Whv buiten toepassing blijft, zolang niet is voorzien in een volledige, althans adequate, schadevergoeding. Zij beroepen zich op art 1, eerste Protocol en voeren aan dat hun varkensrechten, die (beperkt) overdraagbaar zijn, hebben te gelden als vermogensrechten, en als zodanig moe-

13 HR. 6 januari 1995, NJ 1995, 422

ten worden aangemerkt als 'property' zoals bedoeld in art 1, eerste Protocol

De inbreuk op 'het ongestoord genot van zijn eigendom' kan, blijkens tekst en structuur van art 1, twee vormen aannemen ontneming van eigendom (*deprivation of property*, lid 1) en regulering van het gebruik van eigendom (*control of the use of property*, lid 2) De tweede vorm klinkt onschuldiger dan de eerste, maar kan niettemin zeer ingrijpende financiële consequenties hebben Veel eigenaren zullen liever vernemen dat tien procent van hun land wordt onteigend, dan te horen krijgen dat zij hun percelen in volle omvang mogen behouden, maar wel slechts als bosgrond en niet als bouwgrond voor de aanleg van een golfbaan met bijpassende Country Club

Is de korting van tien procent van de varkensrechten *ontneming* van eigendom, of *regulering van het gebruik* van eigendom? De Hoge Raad kiest, geïnspireerd door de rechtspraak van het EHRM, voor het tweede alternatief

Bij een (gedeeltelijke) intrekking van een vergunning of andersoortige beperkingen van de uit de vergunning voortvloeiende rechten vormt niet de vergunning zelf het aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming, maar het met die vergunning uitgeoefende bedrijf¹⁴

Hun bedrijf werd de varkenshouders door de wettelijke maatregelen niet ontnomen Ook de omstandigheid dat de varkensrechten (beperkt) overdraagbaar zijn, voert, aldus de Hoge Raad, niet tot de conclusie dat sprake is van ontneming van eigendom

Als beoordelingskader resteert dan nog slechts de tweede vorm van inbreuk op het ongestoord genot van eigendom regulering van het gebruik Zij is slechts toegestaan voorzover de overheid niet is tekortgeschoten in haar natuurlijke rol als koördineres en zij een *fair balance* heeft weten te bereiken tussen het algemeen belang (hier de bescherming van het milieu) en de bescherming van individuele rechten (hier de rechten van de individuele varkenshouders) Een *fair balance* ontbreekt, aldus de Hoge Raad, wederom in het voetspoor van Straatsburgse jurisprudentie, als sprake is van een *individual and excessive burden* Het Haagse Gerechtshof had verzuimd na te gaan of de korting van tien procent van

14 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469

de varkensrechten bij één of meer van de zeven, als eisers optredende, varkenshouders leidt tot een individuele en buitensporige last die moet worden gesolidariseerd door compensatie uit de algemene middelen

Aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming van art 1, eerste Protocol is niet de vergunning, maar het met die vergunning uitgeoefende *bedrijf*, aldus de Hoge Raad Het eigendomsbegrip van het EVRM is aanmerkelijk ruimer dan eigendom als bedoeld in art 5 1 BW De aldaar geregelde eigendomsfiguur is beperkt tot zaken, dat wil zeggen stoffelijke objecten De varkenshouder is wel eigenaar van de stal met ondergrond, maar hij is geen 'eigenaar' van zijn bedrijf Door de veruiming van het eigendomsbegrip verkrijgt art 1, eerste Protocol EVRM de status van een geheid groeifonds, een goudmijn voor het delven naar schadevergoeding gegrond op de stelling dat de overheid onrechtmatig handelt doordat zij bij de behartiging van het algemeen belang de *égalité devant les charges publiques* uit het oog is verloren

Drie systemen

Haaks op de onderscheiding tussen het gedrag van de dader, dan wel het belang van de benadeelde als uitgangspunt voor de constructie van de buitencontractuele aansprakelijkheid staat een in-deling van de verschillende stelsels aan de hand van de mate waarin zij als monistisch, dan wel als pluralistisch kunnen worden aangemerkt

De International Encyclopedia of comparative law¹⁵ onderscheidt drie stelsels van delictenrecht

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

In de tweede plaats rechtsstelsels die blijk geven van een beperkt pluralisme, zoals het Duitse recht, op drieërlei wijze is sprake van een unerlaubte Handlung a aantasting van bepaalde, met name genoemde belangen leven, gezondheid, vrijheid, eigendom

15 Vol XI (Torts)

(§ 823 lid 1 BGB); b. strijd met een Schutzgesetz, een wettelijk voorschrift dat ertoe strekt de ander te beschermen (§ 823 lid 2), en c. het opzettelijk toebrengen van schade op een wijze die in strijd is met de goede zeden (§ 826)

In de derde plaats stelsels die worden gekenmerkt door een (vrijwel) onbeperkt pluralisme; het Engelse recht bijvoorbeeld met zijn bonte stoet torts: trespass, nuisance, negligence, libel en vele andere.¹⁶ Zij vinden hun oorsprong in de krochten van het Engelse procesrecht van de middeleeuwen:

The situation in common law countries, including of course England, is exceptional, in that the common law grew up within a procedural framework uninfluenced by Roman law¹⁷

De (Belgische) auteurs¹⁸ van de Encyclopedia hebben een duidelijke voorkeur voor de continentale benadering. Deze stelsels zijn aan de verbroekeling van de Engelse law of torts ontsnapt doordat zij hebben geprofiteerd van de lessen geleerd van het Romeinse recht, en op dat fundament hun delictenrecht hebben opgetrokken.

De lessen van het Romeinse recht? Welk Romeins recht? Welke lessen?

Op dit punt hebben het Duitse en het Franse recht een sterk uiteenlopende lering geput uit de romeinsrechtelijke bronnen.

Het ligt uiteraard het meest voor de hand te rade te gaan bij de verschillende delictsacties uit het klassieke Romeinse recht: de actio furti (diefstal), de actio ex lege Aquilia (zaaksbeschadiging) en de actio iniuriarum (kwetsing en belediging) enzovoort. Het Duitse pandectenrecht van vóór de invoering van het BGB (1900) is deze weg ingeslagen. Zie bijvoorbeeld Windscheid's Pandektenrecht, waarin hij langs deze lijnen, met uitvoerige verwijzing naar de Romeinse bronnen, het in zijn tijd geldende Duitse delictenrecht beschrijft.¹⁹

16 Het Engelse recht kent meer dan tachtig typen van onrechtmatige daden (nominate torts)

17 *Henderson v Merrett Syndicates Ltd*, [1994]3 All ER, p 524 *per Lord Goff*

18 Krunthof, Limpens en Meinertzhagen-Limpens

19 B Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, fünfte Auflage, Stuttgart 1879, § 452 e v

Een geheel andere bron is de preek van Ulpianus, de Romeinse jurist uit de derde eeuw na Chr. Op drie pijlers rust het recht. leef betamelijk (*honeste vivere*); berokken de ander geen schade (*alterum non laedere*); geef ieder het zijne (*suum cuique tribuere*).²⁰

Op het eerste gezicht bereiken we zo het toppunt van ouboligheid. Iets uit de padvindingswet. een padvinder verricht iedere dag een goede daad. Een echte romanist zal zeggen: dit is geen echt Romeins recht, dit is Griekse filosofie. Bovendien is dit niet echt van Ulpianus, maar van een anonieme naklassieke kwezel. En ten slotte: dit is geen echte filosofie, zoals die van Plato en Aristoteles, maar padvindingsfilosofie. de Stoa.²¹

Toch ligt hier de eerste steen van het Franse en Belgische delictrecht: *tout fait quelconque de l'homme*. Instructief zijn de Motifs des lois du code civil, uiteengezet in het jaar XII (1804) door Jean-Baptiste Treilhard, de Franse staatsraad, die in zijn jonge, revolutionaire, jaren had gestemd vóór de executie van koning Lodewijk XVI, maar later graag akkoord ging met zijn eigen verheffing in de adelstand:

Celui qui par son fait a causé du dommage, est tenu de le réparer, il offriraot lui-même cette réparation, s'il étoit juste, comme il l'exigeroit d'un autre s'il avoit éprouvé le dommage²²

Treilhard steunt hier op Pothier: 'La loi naturelle ordonne que chacun répare le tort qu'il a commis par sa faute'.²³

Juist deze natuurrechtelijke grondslag vormde een steen des aanstoots in de ogen van de Duitse pandectisten. Een 'General-klausel' in de trant van art. 1382 Code civil werd verworpen door de Duitse civielrechtelijke theorie:

20 Digesten 1, 1, 10

21 Zie voor de Stoische bronnen van de praecepta van Ulpianus Malte Diesselhorst, Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpianus in D 1, 1, 10 pr., Recht in der Europäischen Tradition, Symposium Wicacker 1985, p 185 e v

22 Wie door zijn daad schade heeft veroorzaakt is gehouden haar te vergoeden. Hij zou die schadevergoeding uit eigen beweging aanbieden als hij rechtvaardig was, evenals hij van de ander vergoeding zou eisen als hij door diens daad schade zou lijden. Locré, VI, p 276

23 De natuurwet bepaalt dat ieder het onrecht herstelt dat hij door zijn fout heeft begaan. Traite des obligations, I, 123

teils weil sie (de Duitse civielrechtelijke theorie, JHN) sich ausschliesslich auf den Boden der römischen Quellen stellte, teils weil sie eine so allgemeine ausserkontraktliche Schadensklage als zu vag und für den Verkehr bedenklich ansah²⁴

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

Is deze kloof overbrugbaar? Von Bar is sceptisch:

Nicht etwa die Integration des Common law, sondern die Versöhnung des französischen und des deutschen Rechts (ist) das Hauptproblem der haftungsrechtlichen Rechtsangleichung in Europa²⁵

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

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

Inbreuk op een recht, schending van de wet, strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Is deze drievoudige structuur van de onrechtmatige daad een lokale eigenaardigheid, die enkele kilometers voorbij Maastricht, in Aken en Luik, haar aantrekkelijkheid verliest? Of stuiten we hier op de grondvorm van het delictenrecht? Het vervolg van dit betoog streekt ertoe aannemelijk te maken dat het laatste het geval is. Dit zal geschied-

24 Deels omdat zij uitsluitend putte uitromeinsrechtelijke bronnen, deels omdat zij een zo algemene buitencontractuele schadevergoedingsvordering als te vaag en bezwaarlijk voor het verkeer beschouwde. Deinsburg, *Pandekten II*, § 135 zie daarover G. Schiemann, *Juristische Schulung*, 1989, p. 350

25 Niet de integratie van de Common Law, maar de verzoening van het Franse en het Duitse recht is het belangrijkste probleem van de harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht in Europa. *Gemeineuropaisches Deliktsrecht I*, p. 367

den aan de hand van een heernieuwde lezing van de drie *praecepta* van Ulpianus: leef betamelyk, berokken de ander geen schade, geef ieder het zijne Deze drie geboden verliezen hun zalvende vrijblijvendheid als ze op elkaar worden betrokken. Maar eerst in het kort een eerdere lezing waarin een dergelijke synthese werd beproefd

Du côté de chez Kant

Allgemeine Einteilung der Rechtspflichten – Man kann diese Einteilung sehr wohl nach dem Ulpian machen, wenn man seinen Formeln einen Sinn unterlegt, den er sich dabei zwar nicht deutlich gedacht haben mag, den sie aber doch verstaten daraus zu entwickeln oder hineinzulegen ²⁶

Aan het woord is Immanuel Kant, in zijn *Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre* uit 1797.

Honeste vive, Sei ein rechtlicher Mensch. Kant bouwt hier voort op de eerder door hem uitgehouwen pijler van recht en moraal: de categorische imperatief: handel zo dat je de mensheid, zowel in jouw persoon, als in de persoon van ieder ander, te allen tijde tevens als doel, nooit louter als middel gebruikt En in andere woorden: handel slechts volgens zodanige stelregel (*Maxime*) waardoor je tevens kunt willen dat ze een algemene wet wordt. *Neminem laede* Tue niemandem Unrecht. Kant is op dit punt rigouzeus: Doe niemand onrecht, zelfs al zou je daartoe ieder sociaal verkeer moeten mijden. Maar als dat laatste niet gaat. *suum cuique tribue*. Tritt in einen Zustand, worin jedermann das Seine gegen jeden andern gesichert sein kann' Begeef je slechts in situaties waarin iedereen het zijne kan handhaven tegenover ieder ander

26 Algemene indeling der rechtspflichten – Men kan bij deze indeling zeer wel Ulpianus volgen, als men zijn formulering een betekenis toekent, die hij mogelijk wijs niet duidelijk voor ogen heeft gehad, maar die mettemin daaruit mag worden ontwikkeld of daarin mag worden gelezen I Kant, *Rechtslehre*, p 236

Drie gestalten, één wezen

Wanneer is sprake van een onrechtmatige daad? De maatstaf manifesteert zich in drie gestalten: de Voorbeeldige Persoon (*l'homme raisonnable, the reasonable man, der rechtliche Mensch*), de wet, en het subjectieve recht. Drie gestalten; één wezen. Op het terrein van het delictenrecht zijn theologische associaties onvermijdelijk.²⁷

Wat is *negligence*?

Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do²⁸

Waar vinden we de reasonable man? De Clapham bus, waar hij vroeger vaak werd gesignaleerd, rijdt al lang niet meer, maar het Nieuwe Testament is nog steeds 'alive and kicking'.

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

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour, and the lawyers question who is my neighbour? receives a restricted reply You must take reasonable care to avoid acts and omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour²⁹

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

Ook het Duitse recht is niet ontkomen aan de voorbeeldige persoon als gids bij de grens tussen geoorloofde en unerlaubte Handlungen. De rechtspraak heeft het begrip 'Verkehrssicherungspflicht' geïntroduceerd. Is de eigenaar van een huis aanspra-

27 Zie J11 Nieuwenhuis, Weet het recht nog raad met de zonde? (verschijnt binnenkort)

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

29 Lord Atkin in Donoghue v Stevenson, House of Lords [1932]A C 562, 580

kelijk wanneer een lading sneeuw van zijn dak glijdt en een voorbijganger verwondt? Ja, indien hij,

diejenigen Massnahmen verabsäumt hat, die ein sorgfältiger Mensch in gleicher Lage zum Schutz der Passanten treffen muss³⁰

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

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

Maar ook de wet is onmisbaar. De zorgvuldige persoon is Kantiaan; *Einzelfallgerechtigkeit* is een innerlijke tegenspraak. Kan ik willen dat de stelregel die ik in dit concrete geval heb gevolgd, een algemene wet wordt? De proef op de som wordt geleverd door de persoon, wiens optreden in de Nederlandse rechtsgeschiedenis de aanleiding is geweest voor het verschijnen van de drievuldigheid in de wettelijke omschrijving van de onrechtmatige daad: Cohen, handelsdrukker te Amsterdam. Zijn stelregel luidde: als ik erin slaag door giften en beloften een personeelslid van mijn concurrent Lindenbaum te bewegen mij de bedrijfsgeheimen van zijn werkgever te verraden, zal ik dat zeker niet laten. Hij handelde dienovereenkomstig. Kant zou hem voorhouden. Sei ein rechtlicher Mensch; kun je willen dat jouw stelregel een algemene wet wordt?

30 heeft nagelaten die maatregelen te nemen, die een zorgvuldig mens in dezelfde situatie moet nemen ter bescherming van voorbijgangers, Kotz/Wagner, Delictrecht, 2001, nr. 246

De zorgvuldige persoon heeft echter ook een belangrijk nadeel hij bestaat niet De Duitse comparatist Kotz onthult diens non-existentie 'Der sorgfältige Mensch von durchschnittlicher Umsicht, auf dessen Verhalten es demnach ankommt, ist nun in der Wirklichkeit nirgends vorhanden'³¹ Hij kan ook niet als getuige-deskundige voor de rechtbank verschijnen De motivering van het rechterlijk oordeel wekt ten onrechte de indruk dat het gaat om reeds bestaande (ongeschreven) zorgvuldigheidsnormen, die door de rechter slechts worden ontdekt, in werkelijkheid is sprake van een daad van rechtschepping door de rechterlijke macht, aldus nog steeds Kotz³²

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

een daad van hem, die tot eigen baat, door giften en beloften den bediende van een concurrent overhaalt de beroepsgeheimen van zijn meester aan dezen afhandig te maken en aan hemzelve te openbaren³³

De waarde van de wet

De horizon van de normaal zorgvuldige persoon is weids maar zeker niet oneindig Tweehonderd jaar geleden, in de dagen van Treilhard, toen de grootste bedreiging van de gezondheid werd gevormd door de guillotine, kon deze hypothetische figuur nog

31 De zorgvuldige mens van een gemiddelde voorzichtigheid, op wiens gedrag het misdien aankomt, is in werkelijkheid neigens voorhanden

32 Kotz/Wagner, *Deliktsrecht* 2001, nr 108

33 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161

wel dienen als betrouwbare gids door het terrein van de delictuele aansprakelijkheid

In onze moderne risicomaatschappij (terminologie van de Duitse socioloog Beck³⁴) worden de gevaren gekenmerkt door hun onzichtbaarheid elektriciteit, radioactieve straling, microscopisch kleine asbestdeeltjes in de lucht

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

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

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

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

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

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

34 Ulrich Beck, *Risikogesellschaft, auf dem Weg in eine andere Moderne* 1986

De overtreding van een wettelijke bepaling is op zichzelf een fout die leidt tot aansprakelijkheid van de plegger, mits die overtreding willens en wetens is begaan³⁵

De opvatting van het Luikse Hof van beroep, dat geen sprake is van een fout als de overtreding van het wettelijk voorschrift niet in strijd is met de regels van een normaal voorzichtig gedrag, doet sterk denken aan een in Nederland zeer gangbare theorie omtrent de delictuele drievuldigheid de leer Smits³⁶ Volgens deze opvatting bestaat er een hiërarchisch verband tussen de drie onrechtmatigheidscriteria, en wel aldus dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm de overkoepelende toetsingsmaatstaf vormt, terwijl de beide andere de inbreuk op een recht en de overtreding van een wettelijk voorschrift slechts factoren zijn, die meewegen bij de beoordeling van de vraag of al dan niet is gehandeld in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm

Ieder land heeft zijn never ending stories; in juridisch Nederland is dat de strijd om de leer Smits Nog niet zo lang geleden heeft de Hoge Raad een – voor zijn doen ongebruikelijke – leerstellige bespiegeling gewijd aan het verschil tussen geschreven en ongeschreven recht

Het strookt met het karakter van geschreven rechtsregels dat daarbij niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen Dit is anders bij strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, zij strekken uitsluitend ter bescherming van belangen waarop de dader bedacht moest zijn³⁷

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

Verwerping van de leer Smits en erkenning dat de overtreding

35 Arr Cass 1988-89, 94, Pas 1989 I, 83

36 WPNR 3688

37 HR 30 september 1994, NJ 1996, 199

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

Negligence en breach of statutory duty

Is schending van een wettelijke plicht (*statutory duty*) een tort naar Engels recht?

In het Nederlandse recht van de vorige eeuw gold het als vanzelfsprekend dat de overtreding van een wettelijk gebod een onrechtmatige daad opleverde. Naar Duits voorbeeld (§ 823 lid 2 BGB) is dit standpunt in de jaren twintig van de vorige eeuw³⁸ in zoverre beperkt dat het dan wel moet gaan om wettelijke plichten die 'strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden' (het verzuim van relativiteit, zie thans art. 6:163 BW).

De Engelse rechter heeft meer moeite met de conclusie dat de overtreding van een (staatsrechtelijke) wettelijke plicht leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Hij zal daartoe nagaan of dit de (onuitgesproken) bedoeling van de wetgever was. Bij gebreke van duidelijke aanwijzingen daaromtrent zal het vaak neerkomen op de vraag of de schade is 'of the kind which the statute is intended to prevent'. Dat was bijvoorbeeld niet het geval toen een schip vervoerde schapen tijdens een storm overboord sloegen als gevolg van het ontbreken van wettelijk voorgeschreven hokken. Het desbetreffende wettelijk voorschrift streekte echter tot voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten.³⁹ Uit de

38 HR 25 mei 1928 NJ 1928, 1688

39 *Gorris v Scott* (1874) LR 9 Exch 125

Nederlandse parlementaire geschiedenis⁴⁰ blijkt dat deze Engelse uitspraak de toelichting van art 6 163 heeft geïnspireerd. Op dit punt is dus stellig sprake van convergerende lijnen in het Duitse, Nederlandse en Engelse recht. Ook het Europese Hof van Justitie heeft met betrekking tot de aansprakelijkheid krachtens art 288 EG gekozen voor de leer van de relatieve onrechtmatigheid door te eisen dat 'de geschonden bepaling bestemd is om de belangen van de betrokkenen te beschermen'.⁴¹ Wel vormen het Franse en Belgische recht nog een winkelhaak in het Europese patroon. In deze landen wil men voorlopig nog niet weten van een 'relativité aquilienne'.⁴²

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

Inbreuk op een recht

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

Het feit dat iemand over een exclusief subjectief recht beschikt, brengt voor anderen de plicht tot respect mee. Logischerwijze komt men dan ook tot de

40 Parl. Gesch. Boek 6, p. 631.

41 Arrest van 14 juli 1967, Jurispr. 1967, p. 315, Kampffmeyer I.

42 Zie G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, Deventer 1992, p. 13.

conclusie dat wie inbreuk pleegt op een exclusief subjectief recht een gedragsnorm overtreedt en een fout begaat⁴³

In Nederland is Sieburgh in de bres gesprongen ter verdediging van de autonome rol van de rechtsinbreuk tegen de bedenkingen der Smitsianen⁴⁴ Bocken en Sieburgh verdienen van harte steun Het pleidooi van Bocken klinkt als Kant

Dies rechtlich Meine (meum iuris) ist dajenige womit ich so verbunden bin dass der Gebrauch den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen mochte, mich ladieren wurde⁴⁵

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

Communicerende vader

De lotgevallen van het Romeinse recht? Het strafrechtelijke en het civielrechtelijke delictenrecht hebben zich ten opzichte van elkaar verzelfstandigd Het strafrecht van de landen van Europa rust stevig op een pijler de wet *Nullum crimen sine lege* (vgl art

43 TPR 1984 p 334 e v

44 NJB 1997 p 628 e v Zie ook C H Sieburgh Toerekening van een onrechtmatige daad 2000 p 61 e v

45 Rechtsleere p 245

7 EVRM) Voor onrechtmatige daden heeft iets dergelijks (*nullum delictum privatum sine lege*) nooit gegolden

Van een tegenstelling is echter geen sprake. Dit treedt vooral aan het licht bij de culpose delicten. Zie hierover Remmelink

De zorgplicht die de culpose dader in acht had te nemen, wordt in de delictomschrijving nooit voldoende aangeduid () De rechter vult door het opstellen van deze zorgplicht, resp. gevaarsnorm het Tatbestand van de culpose delictomschrijving voor het concrete geval aan. Er zal hier niet zelden sprake zijn van een Parallelwerking met de civiele onrechtmatige daadrechtspraak op basis van art. 6:162 e.v. BW.⁴⁶

Van twee zijden is het ongeschreven recht het civiele delictenrecht binnengedrongen: ongeschreven plichten, maar ook ongeschreven rechten. Onrechtmatige (*widerrechtliche*) schending van 'das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen' is een unerlaubte Handlung in de zin van § 823 BGB. Als 'sonstiges Recht' is door de Duitse rechtspraak erkend het 'Recht am Gewerbebetrieb'. Zo werd het door de wetgever opgezette stelsel van de delictuele aansprakelijkheid doorbroken en werd door de rechtspraak een 'Generalklausel' geschapen, aldus Kotz.⁴⁷ Een aanzet tot een vergelijkbare ontwikkeling werd door de Hoge Raad gegeven in het hiervóór besproken varkenshouders-arrest. Het door de varkenshouders uitgeoefende *bedrijf* werd door de Hoge Raad aangemerkt als aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming van art. 1, eerste Protocol EVRM.

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

46 Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, 1996, p. 237

47 Kotz/Wagner, Deliktrecht, Nieuwied 2001, nr. 84

Die Kardinalfrage geht dahin wie weit man das Unternehmen mit einer geschützten Geheimsphäre umgeben darf, ohne dadurch die Angestellten des Unternehmens in der Benutzung der in ihm erlangten Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen ungebührlich zu beeinträchtigen, wie sie zum Zweck ihres Fortkommens und ihrer beruflichen Weiterbildung notwendig sind⁴⁸

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

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

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

Delictueel drieluik

Het drieluik van Ulpianus bevat de grootste gemene deler van het Europese delictenrecht.

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

Twee: *honeste vivere*, volg het voorbeeld van de zorgvuldige persoon: eerbiedig de geschreven en ongeschreven normen van de samenleving. Deze bevatten nergens een categorisch verbod

48 De kardinale vraag is in hoeverre men de onderneming met een beschermde kring mag omgeven waarin geheimhouding verplicht is, zonder daardoor de werknemers van de onderneming onevenredig te benadelen met betrekking tot de in die onderneming verworven kennis, vaardigheid en ervaring, zoals die nodig zijn voor hun ontplooiing en verdere ontwikkeling van hun bekwaamheden in de uitoefening van hun beroep BGH 12 december 1962, BGHZ 38, 391, 395

van schadeveroorzaking Mededinging leidt noodzakelijkerwijs tot schade bij concurrenten Op voorwaarde dat de gehanteerde methoden door de beugel kunnen, is mededinging geoorloofd, en uit Europees (consumenten)perspectief zelfs geboden

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

Tegen de achtergrond van dit drieluk wordt het complementaire karakter van gedragsnorm en rechtsinbreuk duidelijk niet iedere schade komt voor vergoeding in aanmerking, maar slechts schade die door een zorgvuldig persoon niet zou zijn toegebracht, met andere woorden schade aan belangen ter zake waarvan de ander het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd De leer Smits, die het onrechtmatigheidsoordeel laat culmineren in een overkoepelende toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm, waarbij schending van een wettelijk plicht en inbreuk op een recht slechts factoren zijn, moet op haar kop worden gezet (of, met wat meer mathematische precisie 120 graden worden gekanteld) De wettelijke norm en de maatschappelijke betamelijkheid zijn factoren die meewegen bij het eindoordeel of sprake is van schending van een recht Rechtsinbreuk is steeds een constitutief vereiste voor onrechtmatigheid

Schending van een wettelijk voorschrift is niet voldoende, slechts wanneer de geschonden wetsbepaling de benadeelde het *recht* verleende op bescherming tegen de geleden schade, is sprake van onrechtmatigheid (relativiteitsvereiste, art 6:163 BW) Met betrekking tot de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm geldt iets dergelijks Bedrijfspionage door omkoping van andermans personeel is in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt Maar verleent de ongeschreven norm die dit verbiedt aan *deze* benadeelde wel het *recht* daaraan bescherming te ontnemen, nu hij in het verleden deze vorm van commerciële informatieverwerving regelmatig zelf heeft toegepast (*in pari delicto*, de pot verwijt de ketel)?

Ieder oordeel over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt bepaling van datgene waarop eiser jegens gedaagde recht kon doen gelden, en vervolgens vaststelling van het feit dat gedaagde inbreuk heeft gemaakt op dat recht

Hoofdstuk 2

Risico-aansprakelijkheid

Responsabilité sans faute, No fault liability, Gefährdungshaftung

Ter hoogte van het Naardmeer kantelt een spoorrijtuig geladen met de gevaarlijke stof 'proxiphenol'. Een grote hoeveelheid proxiphenol komt terecht in het Naardmeer. Ernstige milieuschade is het gevolg.

Geïnspireerd door de internationale *Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, chemin de fer et bateaux de navigation intérieure* (CRTD-verdrag) bepaalt art. 8:1673 BW.

Hij die ten tijde van een gebeue tenis met een spoorrijtuig aan boord waarvan zich een gevaarlijke stof bevindt, exploitant is van de spoorweg waarop de gebeurtenis plaatsvond, is aansprakelijk voor de schade door die stof veroorzaakt ten gevolge van die gebeurtenis ()

Hier stuiten wij op een risico-aansprakelijkheid. De exploitant van de spoorweg is aansprakelijk, ook indien hem geen enkel verwijt treft. Feitelijk zal vaak wel sprake zijn van verwijtbaarheid, maar voor de benadeelde is het voordeel van risico-aansprakelijkheid dat hij is ontheven van de last dit te bewijzen.

Naast de *fout* (een toerekenbare onrechtmatige daad) als grondslag van aansprakelijkheid is in de negentiende eeuw vrijwel overal een begin gemaakt met de ontwikkeling van aansprakelijkheden die niet berusten op een fout van gedaagde *responsabilité sans faute, no fault liability*. Dit verliep nergens zonder weerstand, de beperking van de aansprakelijkheid tot die gevallen waarin de schade het gevolg was van een *fout* van gedaagde fun-

geede niet alleen als moreel fundament, maar ook ter bescherming van een *laissez faire*-economie, als waarborg voor de vrijheid van ondernemen:

No liability without fault became the banner of an individualistic society set on commercial exploitation and self-help¹

De economische voordelen verbonden aan de exploitatie van stoomtreinen waren zo groot dat de onvermijdelijke gevaren, zoals schade aan belendende gewassen (door wegsplattende vonken) – tegen vergoeding – op de koop toe moest worden genomen.

Gevaar is uiteraard ook een hoofdbestanddeel van de aansprakelijkheid op grond van een fout (een kelderluis laten openstaan in de halfduistere gang van een café), maar het verschil met risico-aansprakelijkheid is hierin gelegen dat het in het eerste geval gaat om gedragingen die wegens de daarmee gepaard gaande gevaren *ongeoorloofd* zijn, en in het tweede geval om de verwezenlijking van gevaren die de samenleving op grond van de daaraan verbonden voordelen alleszins *aanvaardbaar* acht. Dit onderscheid wordt helder onder woorden gebracht door het Duitse BGH, ter karakterisering van *Gefährdungshaftung* als tegenhanger van aansprakelijkheid op grond van *Widerrechtlichkeit* en *Verschulden*:

Einer Gefährdungshaftung liegen keine Verhaltenspflichten zugrunde, vielmehr dient sie dazu, die Auswirkungen einer konkreten, im Regelfall erlaubtermassen gesetzten Gefahr auszugleichen²

Terwijl in Duitsland de ontwikkeling van de risico-aansprakelijkheden vooral het initiatief is van de wetgever is in Engeland en Frankrijk de eerste steen gelegd door de rechter.

We think that the true rule of law is, that the person who, for his own purposes, brings on his land and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril.

1 J.G. Fleming, *The Law of Torts* 1987, p. 93 en 302 c v.

2 Aan een risico-aansprakelijkheid (*Gefährdungshaftung*) liggen geen gedragsnormen ten grondslag, veel eerder dient zij ertoe compensatie te bieden voor de gevolgen van een concrete, in de regel geoorloofde, blootstelling aan gevaar. BGH 27 januari 1981, BGHZ 79, p. 262.

Dit naar aanleiding van de aansprakelijkheid voor het ontstaan van waterschade in een naburige mijn als gevolg van de aanleg van een waterreservoir door een ondernemer die voor zijn fabriek over ruime hoeveelheden water diende te beschikken. De hier geciteerde woorden van Blackburn J in *Rylands v Fletcher*³ hebben in de Verenigde Staten een ruime onthaal gevonden dan in Engeland. In Engeland is de nadruk komen te liggen op de inperking van deze *true rule of law* door de eis te stellen dat het gaat om een 'non natural use of land', 'bringing with it increased danger to others'.⁴ In de Amerikaanse (Second) Restatement of Tort is de formule van Blackburn J daarentegen uitgegroeid tot een algemeen beginsel van risico-aansprakelijkheid (*strict liability*) voor abnormaal gevaarlijke activiteiten.

One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm (§ 519)

Activiteiten of zaken? Wat is het beste aanknopingspunt voor de ontwikkeling van risico-aansprakelijkheid?

Tot 1992 bepaalde het Burgerlijk Wetboek

Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is () door zaken welke men onder zijn opzicht heeft (art 1403)

Dit was een vertaling van art 1384 Code civil

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est cause par le fait () des choses que l'on a sous sa garde

Hoe zijn de Hoge Raad en de Cour de cassation omgegaan met deze tekst?

De Hoge Raad heeft deze woorden steeds opgevat als een – overbodige – invulling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Degene die de zaak onder zijn hoede had, was

3 House of Lords (1868) L.R. 3 H.L. 330

4 [1913] A.C. 280

slechts aansprakelijk indien hij toerekenbaar onrechtmatig had gehandeld

De Cour de cassation daarentegen heeft bij gelegenheid van het arrest *Jand'heur* in art. 1384 Cc. een geheel zelfstandige en zeer ruime risico-aansprakelijkheid voor zaken gelezen.

Op 22 april 1925 werd de minderjarige Lise Jand'heure aangereken door een vrachtwagen van de Galeries Belfortaises. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Galeries overwoog de Cour de cassation:

Attendu que la présomption de responsabilité établi par l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose manimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable, qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue () Attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage⁵

Een zeer ruim geformuleerde risico-aansprakelijkheid voor zaken, niet nodig is dat de zaak zelfstandig, dat wil zeggen zonder leiding van de menselijke hand de schade heeft veroorzaakt en evenmin is vereist dat de oorzaak van de schade is gelegen in een gebrek van de zaak

De ervaring heeft geleerd dat een met zo brede penseelstreken geschilderde risico-aansprakelijkheid niet helder uit de verf komt.

5 Overwegende dat het vermoeden van aansprakelijkheid gevestigd door art. 1384 eerste lid van de Code civil, ten opzichte van hem die een levenloze zaak die een ander schade berokkend heeft onder zijn opzicht heeft, slechts kan worden ontzenuwd door het bewijs van toeval, overmacht of een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend, dat het niet voldoende is te bewijzen dat hij geen enkele fout heeft begaan of dat de oorzaak van de schadelijke gebeurtenis onbekend is gebleven () Overwegende dat de wet, voor de toepasselijkheid van het vermoeden dat zij uitspreekt, geen onderscheid maakt al naar gelang de zaak al dan niet door de menselijke hand werd geleid, dat het niet noodzakelijk is dat zij behept is met een gebrek inherent aan haar aard en gezegend om de schade te veroorzaken Cour de cassation 13 februari 1930, D 1930, 1 57

Anders dan fout (toerekenbare onrechtmatige daad) is risico (*no fault*) een te onbepaald begrip om bij wege van *Generalklausel*, zoals in de Amerikaanse Restatement (*abnormally dangerous activities*) en in het arrest Jand'heur (*fait de la chose*), te kunnen dienen als fundament van het aansprakelijkheidsrecht. Scherpere contouren zijn nodig. Op twee manieren kunnen zij worden verkregen. In de eerste plaats is het mogelijk de eis te stellen dat de schade is veroorzaakt door een *gebrek* van de zaak (een babykruid die brandwonden veroorzaakt doordat zij lekt). In de tweede plaats kan een nadere omlijning worden bereikt door nauwkeurige omschrijving van activiteiten die gevaarlijk zijn, ook indien de zaken met behulp waarvan die activiteiten worden ondernomen in perfecte staat verkeren (jagen op fazanten is gevaarlijk, niet alleen voor fazanten, ook wanneer het gebruikte jachtgeweer in technisch opzicht geen enkel gebrek vertoont).

De eerste weg is gevolgd door het Belgische Hof van cassatie Art 1384 Cc dat ook onderdeel vormt van het Belgische recht in Brussel weliswaar ook opgevat als een risico-aansprakelijkheid, maar deze bepaling is hier veel restrictiever uitgelegd dan in Parijs.

Een bezinestation van eiseres (Belgian Shell) werd gedeeltelijk vernield door brand van een lading stro op de vrachtauto van gedaagde. Het Hof overwoog:

Overwegende dat degene die een levenloze zaak onder zijn bewaring heeft slechts aansprakelijk is voor de daad van deze zaak voor zover bewezen wordt dat de schade door een gebrek van de zaak werd veroorzaakt, overwegende dat eiseres betoogt dat de brand van de lading stro een gebrek was van de zaak die verweerder onder zijn bewaring had, overwegende dat deze stelling berust op een verwarring tussen de gebeurtenis die de schade teweegbrengt en het gebrek van de zaak dat ervan de oorzaak kan zijn, dat de omstandigheid dat, op het ogenblik van het ongeval, het stro dat zich in de vrachtauto van verweerder bevond in lichterlaaie stond, geen gebrek vormde dat inherent was aan deze zaak.⁶

In 1992 heeft de Nederlandse wetgever het Belgische voorbeeld gevolgd door de bezitter van een roerende zaak te belasten met een risico-aansprakelijkheid, maar slechts voorzover die zaak 'niet

6 Hof van cassatie 24 december 1970, R. W. 1970-71, 1469

voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen' en zij daardoor 'een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert' (art. 6.173 BW).

De tweede weg is in Frankrijk ingeslagen met betrekking tot de verkeers-aansprakelijkheid. Ook indien zij in technisch perfecte staat verkeren, zijn auto's gevaarlijk als zij worden ingezet bij de activiteiten waartoe zij zijn bestemd. gemotoriseerd verkeer. Door hun massa en snelheid zijn zij dan gevaarlijk, met name voor minder robuuste verkeersdeelnemers: voetgangers en fietsers. Voor de aanrijding van Lise Jand'heur geldt sinds 1985 een nieuw aansprakelijkheidsregime: de *Loi Badinter*

Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident (Article 3)⁷

Anders dan werd bepaald in het Jand'heur-arrest, ontheft overmacht (*force majeure*) niet van aansprakelijkheid.

In ons land heeft de Hoge Raad de uitgangspunten van de *Loi Badinter* overgenomen voorzover het gaat om de aansprakelijkheid van de automobilist jegens voetgangers en fietsers jonger dan veertien jaar. Eigen schuld van het jeugdige verkeersslachtoffer leidt niet tot vermindering of verval van de vergoedingsplicht, behoudens in geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid⁸ De gedragingen van het kind leveren, wederom behoudens opzet of daaraan grenzende roekeloosheid, voor de automobilist geen overmacht op.⁹

7 De slachtoffers, met uitzondering van bestuurders van motorvoertuigen te land, ontvangen vergoeding van hun schade voortvloeiend uit door hen ondergane aantastingen van hun persoon, zonder dat aan hen hun eigen fout kan worden tegengeworpen, met uitzondering van hun 'onverschoonbare' fout indien deze de uitsluitende oorzaak is geweest van het ongeval Wet van 5 juli 1985

8 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, Ingrid Kolkman

9 HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, Marbeth van Uitregt

Twee typen van risico-aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid voor zaken die gevaarlijk zijn wegens een daaraan klevend *gebrek*, en aansprakelijkheid voor zaken die gevaarlijk zijn indien zij worden gebuikt bij de *gevaarscheppende activiteiten* waartoe zij zijn bestemd. Beide typen van aansprakelijkheid moeten worden onderscheiden omdat hun structuur verschilt. Bij het tweede type is de afstand tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aanmerkelijk groter.

Productenaansprakelijkheid

Jumbo brengt een bedkruik op de markt. De kruik is voorzien van een 'patent-sluiting' (schroefdop). Eén van deze kruiken wordt in het bed van een pasgeboren kind gelegd. De kruik lekt en het kind loopt ernstige brandwonden op. Is Jumbo aansprakelijk voor de schade? Aangesproken uit onrechtmatige daad, verweerde Jumbo zich met de stelling dat het niet aan haar schuld was te wijten dat deze kruik met dit gebrek in het verkeer was gebracht. Het Hof honoreerde dit betoog, aangezien, aldus het Hof, 'afdoende controle op lek-vrijheid van kruiken van de onderhavige soort niet is te verwezenlijken'. De Hoge Raad cas-seerde 's Hof's arrest.

Het Hof had met het oog op dat gebrek moeten onderzoeken of de onderhavige kruik een zodanig gevaar opleverde dat deze niet in het verkeer had mogen komen en of aannemelijk was dat het niet aan de schuld van Jumbo was te wijten dat dit wel is geschied.¹⁰

Bij een productenaansprakelijkheid gegrond op de fout van de producent, vormt noodzakelijkerwijs diens *gedrag* het brandpunt van het debat. Wat gebeurt er als deze grondslag wordt verlaten en wordt gekozen voor een risico-aansprakelijkheid? Richtlijn 85/374 strekt tot harmonisatie van het recht inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken. Risico-aansprakelijkheid is het uitgangspunt. The producer shall be liable for damage

¹⁰ HR 2 februari, 1973, NJ 1973, 315, Jumbo

caused by a defect in his product (art. 1).¹¹ Wat Nederland betreft is het resultaat te vinden in art. 6:185-193 BW.

Door de nieuwe regeling verschuift het brandpunt van het debat: van het gedrag van de producent naar de eigenschappen van het product. 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 gebracht, 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. Van een tekortkoming in het gedrag van de producent naar een tekortkoming in de hoedanigheid van het product; een onmiskenbare 'objectivering' van de aansprakelijkheid. Toch betekent dit niet het afscheid van de Zorgvuldige Persoon als maatstaf voor aansprakelijkheid. Zoals zal blijken, kunnen we ook onder het nieuwe regime niet zonder de *Prudent Manufacturer* en de *Benutzer der sich seiner Sorgfaltspflichten bewusst ist*.

Wanneer is een product gebrekkig? Art. 6:186 BW volgt getrouw de Richtlijn:

1 Een product 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 product, b het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product, c het tijdsup waarop het product in het verkeer werd gebracht

2 Een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht

De veiligheid die men mag verwachten?

A is producent van een *mountain bike*, voorzien van een *quick-release wheel* (een voorwiel dat zonder gereedschap met enkele handgrepen kan worden gemonteerd en gedemonteerd). B koopt een fiets van dit type. Tijdens een rit enkele weken na de aanschaf raakt het voorwiel los uit de vork. B komt ten val; ernstig hoofdletsel is het gevolg. B vordert schadevergoeding van A. De uitspraak in hoger beroep van het Oberlandesgericht Dusseldorf, hoewel gewezen met toepassing van § 823 BGB (*unerlaubte Handlungen*), is illustratief voor de maatstaven die moeten worden aangelegd om te bepalen of een product ge-

11 PbEG 7 oktober 1985 nr L 210/29

brekkig is ¹² Onderscheid moet worden gemaakt tussen drie typen gebreken a fabricagegebreken (*manufacturing defects, Fabrikationsfehler*), b ontwerpgebreken (*design defects, Konstruktionsfehler*), c informatiegebreken (*instruction defects, Instruktionsfehler*)

Van een fabricagegebreek is sprake wanneer het exemplaar dat de schade heeft veroorzaakt afwijkt van het product zoals het is ontworpen Een fles voor koolzuurhoudende limonade is zo ontworpen dat het glas bestand is tegen een druk van vijf bar Het onderhavige exemplaar explodeert bij een lagere druk (3,3 bar) als gevolg van een onzichtbaar scheurtje (*a hairline crack*) in de glaswand Bij de mountain bike kon een dergelijk fabricagegebreek niet worden geconstateerd

Ontwerpgebreken leveren meer problemen op Een fiets is in de eerste plaats een 'zaak', een stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is (art 3:2 BW) Een fiets is echter ook een 'product', een voortbrengsel van de menselijke geest, de vondst die na de uitvinding van pijl en boog het hoogste rendement verleent aan de menselijke spierkracht Als we een oordeel moeten vellen over de veiligheid van een mountain bike beoordelen we niet een stoffelijk object, maar een idee

Wanneer is het product gebrekkig *ontworpen*? Naar Amerikaans voorbeeld kunnen drie *tests* worden gebruikt a de *consumer expectation test*, b de *risk-benefit test*, c de *alternative design test*

'De veiligheid die men mag verwachten' (art 6:186 BW) Dit criterium lijkt te zijn geïnspireerd door de *consumer expectation test* uit de (tweede) Restatement of Torts (§ 402) Het ontwerp is gebrekkig als het product gevaar oplevert 'not contemplated by the ordinary consumer who purchases the product'

Ook het Oberlandesgericht neemt de consumentenverwachtingen tot uitgangspunt

In erster Linie ist die durchschnittliche Erwartung derjenigen Verbraucher miteinbeziehend für die das Produkt bestimmt ist ¹³

12 OLG Düsseldorf 29 november 1996 NJW 1997 p 2333 e v

13 In de eerste instantie is de gemiddelde verwachting van die consumenten bepalend voor wie het product bestemd is

De gemiddelde verwachting van de doelgroep, wat verwacht de gemiddelde consument van een ijskast Kan de deur van binnenuit worden geopend door een kind dat in de ijskast is gekropen om te controleren of het lampje wel uitgaat? Verwachten acht van de tien consumenten dat het kind in dat geval pech heeft gehad, omdat de deur van een ijskast niet van binnenuit kan worden geopend, dan levert de onmogelijkheid om de deur van binnenuit te openen geen ontwerpgebrek op

Bezwaar van de *consumer expectation test* is dat hij vaak leidt tot te lage veiligheidseisen Veel consumenten zullen niet weten dat een ijskast zeer wel kan worden voorzien van een deur met een magneetsluiting die gemakkelijk van binnenuit kan worden geopend De tekst van de Richtlijn dwingt bovendien niet tot het hanteren van de gemiddelde consumentenverwachting als maatstaf Art. 6 spreekt van 'the safety which a person is entitled to expect' (cursivering toegevoegd)

De *risk-benefit test* volgt een objectievere lijn Wegen de voordelen van de wijze waarop het product is ontworpen op tegen de daaraan verbonden nadelen? Is het gebruiksgemak van een *quick-release wheel* voldoende groot om het verlies van veiligheid verbonden aan de traditionele wielbevestiging (moeren) te compenseren?

De *risk-benefit test* is vooral van belang op het gebied van de ontwikkeling van nieuwe geneesmiddelen

Upjohn brengt het slaapmiddel 'Halcion' in het verkeer Van Ommeren c/s stellen dat het gebruik van het middel leidt tot de volgende bijverschijnselen zelfmoordneigingen, depersonalisatie, geheugenverlies, panische angsten, wanhoopgevoelens, ondraaglijke hoofdpijnen, wantrouwen, gevoelens van geestelijke instabiliteit, verlamd gevoel in de ledematen, gevoel te leven in een droomtoestand, angst voor opsluiting, paniekaanvallen Van Ommeren c/s vorderen schadevergoeding De Hoge Raad is van oordeel dat het Hof door het misico van deze bijverschijnselen af te wegen tegen het positieve effect van Halcion, te weten het bestrijden van de (door het Hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid, geen onjuiste maatstaf heeft aangeldgd¹¹

14 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, Halcion

Een middel erger dan de kwaal Omgekeerd brengt de *risk-benefit* test mee dat een geneesmiddel niet gebrekkig is als de ernst van de ziekte (kanker) ruimschoots opweegt tegen de ernst van de bijverschijnselen (tijdelijke haaruitval)

De *alternative design test* houdt in dat een ontwerpgebrek (*design defect*) aanwezig is indien.

The foreseeable risk of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design (derde Restatement of Torts)

In de Duitse *mountain bike* zaak had het slachtoffer aangevoerd dat de door hem gekochte fiets een ontwerpgebrek (*Konstruktionsfehler*) vertoonde, aangezien andere producenten die mountain bikes met quick release wheels op de markt brachten deze uit veiligheidsoverwegingen hadden voorzien van een 'voorwielhouder' (*Vorderradhalter*) Het Oberlandesgericht verwierp dit beoog op grond van de overweging dat die andere producenten blijkbaar geen gebruik hadden gemaakt van de door de officiële productveiligheidseisen (DIN-Normen) geboden mogelijkheid om af te zien van een voorwielhouder

Door het debat toe te spitsen op de vraag of een *alternative design* al dan niet *reasonable* was, nadert de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige producten de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad tot op haar breedte De *alternative design test* staat in de Verenigde Staten ook wel bekend als de *prudent manufacturer test* Zou een zorgvuldig ondernemer het aldus ontworpen product op de markt hebben gebracht?

Informatiegebreken, bij de beoordeling van de (on)veiligheid van het product moet in het bijzonder worden gelet op a de presentatie van het product, en b het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product (art 6.186 lid 1 BW) Het Oberlandesgericht veroordeelde de producent van de mountain bike tot schadevergoeding omdat sprake was van een informatiegebrek (*Instruktionsfehler*).

Die Instruktionspflicht des Herstellers beschränkt sich nicht allein auf Gefahren bei bestimmungsgemassen Gebrauch des Produkts Auch dann, wenn ein Produkt bei unsachgemässer oder bestimmungswidriger Benutzung, mit der nach der allgemeinen Lebenserfahrung gerechnet werden muss, gefährlich

werden kann und diese Gefahr für den Benutzer nicht ohne weiteres zu erkennen ist, muss der Hersteller auch davor warnen¹⁵

Het Oberlandesgericht verwijst hiervoor naar een belangrijke uitspraak van het Bundesgerichtshof inzake *Kindertee*, een gezochte thee die aan kleine kinderen als ‘Gute Nacht Trunk’ in zuigflesjes werd toegediend. Aanhoudend gebruik leidde tot beschadiging van het melkgebit, bekend als het *Baby bottle syndrom*. Het BGH bepaalt de omvang van de informatieplicht:

Der Hersteller eines industriellen Erzeugnisses ist verpflichtet, die Verbraucher vor denjenigen Gefahren zu warnen, die aus der Verwendung des Produkts entstehen können, soweit die Verwendung noch im Rahmen der allgemeinen Zweckbestimmung des Produkts liegt. Unter Umständen muss insoweit sogar vor einem naheliegenden Missbrauch des Produkts gewarnt werden. Die Pflicht des Herstellers zur Warnung entfällt nur, wenn und soweit er davon ausgehen kann, dass sein Produkt nur in die Hand von Personen gelangt, die mit den Produktgefahren vertraut sind.¹⁶

Een producent hoeft zijn product niet ‘Idiotensicher’ te maken. Anders dan het ‘broodje aap’-verhaal veronderstelt, is niet reeds sprake van een informatiegebrek indien de gebruiksaanwijzing niet vermeldt dat het geen aanbeveling verdient de magnetron te gebruiken als haardroger voor een frisgewassen poedel.

De producent is verplicht de consumenten naar behoren te informeren over de gevaren verbonden aan het gebruik van zijn

15 De instructieplicht van de producent is niet beperkt tot gevaren bij gebruik van het product overeenkomstig zijn bestemming. Ook dan, wanneer een product gevaarlijk kan worden bij gebruik dat onjuist is of in strijd is met zijn bestemming, terwijl daarmee naar algemene levenservaring rekening moet worden gehouden, en dit gevaar door de gebruiker niet zonder meer ontdekt kan worden, moet de producent ook daarvoor waarschuwen.

16 De producent van een industrieel product is verplicht de gebruiker te waarschuwen voor die gevaren die uit het gebruik van het product kunnen voortvloeien, voorzover het gebruik nog plaatsvindt binnen het kader van het algemene gebruiksdoel van het product. Onder omstandigheden moet zelfs voor een nabij gelegen misbruik van het product worden gewaarschuwd. De waarschuwingsplicht van de producent vervalt slechts, wanneer en voorzover hij ervan kan uitgaan dat zijn product alleen in handen van personen komt die met de gevaren van het product bekend zijn. BGH 12 november 1991, BGHZ 116, 65.

product De normen die in het kader van de risico-aansprakelijkheid voor producten bepalen wanneer sprake is van een informatiegebrek verschillen wat hun aard betreft in geen enkel opzicht van de zorgvuldigheidsnormen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad

Ontwikkelingsrisico

‘De producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product, tenzij (.) het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken’ (art 6:185 lid 1 onder e)

Na een lange reeks proefnemingen brengt farmaceutisch bedrijf A op 15 mei 2003 een nieuw geneesmiddel op de markt Drie jaar later wordt in een laboratorium in Japan ontdekt dat één van de werkzame bestanddelen van het geneesmiddel ernstige schade aan de gezondheid kan toebrengen Voor schade veroorzaakt door het gebruik van het geneesmiddel, voorafgaande aan deze ontdekking is A niet aansprakelijk, indien hij zich beroept op het ontwikkelingsrisico (*development risks*)-verweer

Het bedrijfsleven verdedigt handhaving van deze door de wet geboden mogelijkheid tot exoneratie door aan te voeren dat aansprakelijkheid voor development risks,

would prevent scientific progress, the development and innovation of new products Linked to the specific features of the pharmaceutical sector, the product launch of innovative bio-tech products could be delayed or prohibited¹⁷

Welke bewijslast rust op de producent? In het Engelse recht is het development risks-verweer van art. 7 (e) van de Richtlijn in de volgende vorm overgenomen De producent is niet aansprakelijk indien hij aantoont dat,

¹⁷ Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Brussel 31 januari 2001, C OM (2000) 893 final, p 17

the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control

De Commissie van de Europese Gemeenschappen was van oordeel dat het Verenigd Koninkrijk op deze wijze,

has broadened the defence under Article 7(c) of the Directive to a considerable degree and converted the strict liability imposed by Article 1 of the Directive into mere liability for negligence

De Commissie maakte de zaak aanhangig bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het Hof verwierp het door de Commissie ingestelde beroep, maar nam de gelegenheid te baat om de grenzen van het ontwikkelingsrisicooverweer nader te bepalen

The producer of a defective product must prove that the objective state of scientific and technical knowledge, including the most advanced level of such knowledge, at the time when the product in question was put into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered. Further, in order for the relevant scientific and technical knowledge to be successfully pleaded as against the producer, that knowledge must have been accessible at the time when the product in question was put into circulation.¹⁸

Wat was op het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht het *meest geavanceerde niveau* (*most advanced level*) van wetenschappelijke en technische kennis? Een Nederlandse producent kan zich niet crop beroepen dat door tekorten in de openbare financiën het biotechnisch onderzoek in zijn land achterliep op het onderzoek in Zweden. Het Hof stelt wel de eis dat die kennis *toegankelijk* (*accessible*) moet zijn geweest. Indien het meest geavanceerde niveau van kennis slechts te vinden zou zijn geweest in een niet gepubliceerde dissertatie van een Zweedse onderzoeker, ontspringt de Nederlandse producent wellicht de dans

18 HvJ 29 mei 1997, nr C-300/95, NJ 1998, 522, Commissie/Verenigd Koninkrijk

De vrees van de Commissie dat door een te ruime uitleg van het *development risks*-verweer de productenaansprakelijkheid zou degraderen tot *mere liability for negligence*, is door het Hof bezworen. Door het honoreren van het beroep op de ontoegankelijkheid van de meest geavanceerde kennis ontstaat wel een onmiskenbare gelijkenis met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het betoog dat voor aansprakelijkheid geen plaats is, omdat ook voor de meest zorgvuldige producent die kennis volstrekt ontoegankelijk was, sluit voegloos aan bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Verkeersongevallen en milieuschade, aansprakelijkheid of verzekering?

Op 7 juni 2002 heeft de Commissie een voorstel gedaan tot amendering van de Richtlijnen met betrekking tot 'insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles'.

Insurance cover for pedestrians and cyclists in the case of accidents involving a motor vehicle varies a great deal within the Community. In some Member States pedestrians and cyclists are not covered by the vehicle's insurance unless some form of driver liability can be established. In other Member States pedestrians and cyclists are covered by such insurance because they are usually the weakest party in any accident. In order to reduce such disparity, it should be ensured that pedestrians and cyclists are covered by the compulsory insurance of the vehicle involved in the accident, *irrespective of whether the driver is at fault* (cursivering toegevoegd)¹⁹

Irrespective of whether the driver is at fault, voetgangers en fietsers krijgen hun schade vergoed, het rijgedrag van de automobilist vormt daarbij geen voorwerp van debat. Dit resultaat kan op twee manieren worden bereikt.

In de eerste plaats kan de weg worden gevolgd die in Frankrijk is ingeslagen met de *Loi Badinter*: vestig ten laste van de – verplicht verzekerde – automobilist een risico-aansprakelijkheid ten opzichte van voetgangers en fietsers. De vergoeding van de letselschade van voetgangers en fietsers wordt dan gefinancierd door automobiel Europa.

¹⁹ COM (2002) 244 final, 2002/0124 (COD), p. 20

In de tweede plaats is er het systeem-Tunc²⁰, de verkeersverzekering. Verzeker rechtstreeks (*first party insurance*) de letselschade van verkeersslachtoffers. Dit hoeft niet te betekenen dat zij in dat geval zelf, groepsgewijs via premiebetaling, opdraaien voor de vergoeding van hun schade. Het is heel goed mogelijk de premies voor een dergelijke verkeersverzekering te laten betalen door het gemotoriseerd verkeer.

Zo, op het eerste gezicht, twee manieren om geld rond te pompen, evenveel geld bovendien. Wat kan het schelen? Toch verdient het tweede stelsel de voorkeur. Deze voorkeur wordt ingegeven door het volgende, redelijk en billijk recht houdt rekening met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (art. 3:12 BW), en dit ook dan, wanneer die overtuigingen stoelen op een niet geheel rationele grondslag. 'Geen aansprakelijkheid zonder schuld' behoort tot de diepgewortelde rechtsovertuigingen van de automobilist. Zijn auto maakt deel uit van zijn identiteit. Als hij aansprakelijk wordt gesteld, is dat altijd een aanslag op zijn persoon. Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat hij de financiële consequenties van die aansprakelijkheid kan afwentelen op een verzekeraar. Geen enkele uitleg van het begrip 'risico-aansprakelijkheid' kan hem afbrengen van de gedachte dat hij 'de schuld krijgt' van het feit dat de fietser door rood is gereden, tegen zijn auto is gebotst en ten val is gekomen. Het tweede stelsel, waarin het aansprakelijkheidsrecht radicaal wordt prijsgegeven, bevrijdt de automobilist van deze dwanggedachte.

Maar ook als Europa in het voetspoor van de *Loi Badinter* de weg van een – verplicht verzekerde – risico-aansprakelijkheid (*third party insurance*) inslaat, betekent dit in wezen een afscheid van het aansprakelijkheidsrecht. De door de Hoge Raad geïntroduceerde risico-aansprakelijkheid van de automobilist jegens voetgangers en fietsers jonger dan veertien jaar is slechts in naam aansprakelijkheidsrecht, in wezen is het een vorm van verzekering. De automobilist moet opkomen als een bepaald risico zich verwezenlijkt: een dertienjarige fietser botst tegen zijn auto.

Ook de ontwikkelingen op het terrein van de vergoeding van

20 Andre Tunc, *Traffic accident compensation*, in Hartkamp e.a. *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1994, p. 325 e.v. Voorstanders van een verkeersverzekering in Nederland zijn onder anderen Bloembergen (NTBR 1998, 169 e.v.) en Hartlief (RMThemis 1999, p. 52 e.v.)

milieuschade laten zien hoezeer risico-aansprakelijkheid vaak slechts de uiterlijke vorm is van wat in wezen verzekering is. Een uiterlijke vorm die kan worden prijsgegeven zodra het recht op dit punt is uitgegroeid tot zijn volwassen vorm: rechtstreekse verzekering van de schade.

Terug naar het spoorwongeval bij het Naardeimeer

Hij die ten tijde van een gebeurtenis met een spoorrijtuig aan boord waarvan zich een gevaarlijke stof bevindt, exploitant is van de spoorweg waarop de gebeurtenis plaatsvond, is aansprakelijk voor de schade door die stof veroorzaakt ten gevolge van die gebeurtenis () (art. 8:1673 BW)

De kans is groot dat in de toekomst slechts een bescheiden gebruik zal worden gemaakt van deze bepaling. Dit niet zozeer door een daling van het aantal spoorwongevallen, maar als gevolg van ontwikkelingen binnen het verzekeringsbedrijf. Verzekeraars hebben hun krachten gebundeld in een 'milieupool'. Nadat zij eerst een milieu-aansprakelijkheidsverzekering (MAS-polis) hadden ontwikkeld, is recent het roer radicaal omgegooid. De verzekeringsmarkt is verrijkt met een nieuw product: de MSV, een milieuschadeverzekering die een rechtstreekse dekking biedt voor de door derden te lijden schade.

Daarmee is de MSV het eerste product op de Nederlandse markt, dat een risico, dat van oudsher als een aansprakelijkheidsrisico werd beschouwd, op basis van een directe verzekering verzekert.²¹

Zo biedt de markt de mogelijkheid tot een aantrekkelijke afslanking van het aansprakelijkheidsrecht.

21 DJ van Munster van Heuven, De Beursbengel, januari 1998, p. 26 e.v.

Hoofdstuk 3

Causaal verband

Een opmerkelijk voorval in Hotel De l'Europe

In de lift van Hotel *De l'Europe* staan een Fransman, een Engelsman en een Duitser. Zij wegen tezamen 210 kg. Op iedere etage staat naast de deur van de lift duidelijk leesbaar 300 KG, MAX. 3 PERS. Ondanks tegenwerpingen van de reeds aanwezigen, stappen op de derde etage een magere Nederlander (40 kg) en een forse Belg (85 kg) gelijktijdig in de lift. De liftcabine vervolgt piepend en kreunend nog een paar meter haar weg naar boven, maar geraakt dan in een vrije val die eindigt op de bodem van de liftschacht. Drie uur later worden de vijf hotelgasten uit hun benarde positie bevrijd.

De gevolgen vallen op het eerste gezicht mee: de Fransman heeft een gebroken heup, de Engelsman en de Duitser lijken met de schrik te zijn vrijgekomen. Alle drie stellen zij de Nederlander en de Belg aansprakelijk. De Fransman vordert vergoeding van zijn letselschade. De Engelsman is advocaat en claimt het verlies van drie declarabele uren (1500 euro). De Duitser eist schadevergoeding wegens een na het ongeval ingetreden langdurige arbeidsongeschiktheid als gevolg van een door een psychiater geconstateerde schadevergoedingsneurose.

De eerste stap

Met uitzondering van het Belgische recht dat op dit terrein over zevenmijlslarzen beschikt, hebben de Europese rechtsstelsels twee stappen nodig om te beoordelen of het voor aansprakelijk-

heid vereiste causale verband aanwezig is. Eerst moet worden vastgesteld dat de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (wanprestatie, onrechtmatige daad) de *condicio sine qua non*¹ is geweest van de schade. Zou zonder die gebeurtenis de schade zijn uitgebleven? Zowel de Nederlander als de Belg slaagt moeiteloos voor deze *sine qua non* test. Als de Nederlander niet was ingestapt, zou de belasting van de liftcabine 295 kg hebben bedragen en was de schade uitgebleven. Hetzelfde geldt voor de Belg als hij zich door de mededeling MAX 3 PERS had laten weerhouden van het betreden van de lift, zou de belasting 250 kg zijn geweest en zou de schade evenmin zijn ingetreden. Zo bezien, gaat het bij de *sine qua non* test om een eenvoudige, louter feitelijke, vaststelling van de rol van de onrechtmatige daad in de ontstaansgeschiedenis van de schade.

Wel is reeds vroeg ingezien dat deze test soms tot een onaantvaardbaar resultaat leidt, zoals in het geval van *dubbele* veroorzaking. Als op de derde etage niet de litigieuze Nederlander en Belg waren ingestapt, maar twee reusachtige Russen, Igor en Boris, elk wegende 120 kg, zou ieder van hen ter afwering van de vordering tot schadevergoeding kunnen aanvoeren dat zijn aanwezigheid in de lift niet een *condicio sine qua non* van de schade is geweest, omdat door de aanwezigheid van de ander de cabine toch zou zijn neergestort. De uitkomst dat geen van beiden aansprakelijk is, valt uiteraard volstrekt niet te verdedigen. Deze problematische kant van het *sine qua non* vereiste heeft in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur geleid tot een nadere verfijning van de *sine qua non* (*but for*) test.² De verbeterde versie staat bekend als de NESS-test: was de onrechtmatige daad een *necessary element of a sufficient set*?³ Zowel Igor als Boris voldoet ruimschoots aan dit vereiste. Als we Boris buiten beeld draaien, geldt voor Igor dat zijn aanwezigheid in de lift een noodzakelijk element is van een combinatie van voorwaarden (waaronder een maximale draagkracht van 300 kg en een reeds aanwezige belas-

1 De spelling *conditio sine qua non* verdient geen navolging. In het litijn van Cicero betekent *conditio* het innemen van peulvruchten. Het litijnse woord voor voorwaarde wordt gespeld *condicio*.

2 De *condicio sine qua non* test heet in Engeland de BUT FOR test. The loss would not have occurred *but for* the negligence of the defendant.

3 Zie bijvoorbeeld Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law* Oxford 1997 p. 168.

ting van 210 kg) die tezamen voldoende zijn voor het veroorzaken van de schade. Voor Boris geldt, mutatis mutandis, hetzelfde.

In België staat de hantering van het *condicio sine qua non* ver- eiste als maatstaf voor het causaal verband bekend als de equivalentieleer.

Volgens deze leer zijn alle voor de schade noodzakelijke voorwaarden aan elkaar gelijk, elke gebeurtenis zonder dewelke de schade, zoals die zich in concreto heeft voorgedaan, niet zou hebben plaatsgevonden, wordt als mogelijke oorzaak weerhouden, ongeacht de zwaarte ervan of het relatieve belang in het tot stand komen van de schade.⁴

De Nederlander kan zich niet aan aansprakelijkheid onttrekken door aan te voeren dat de Belg bij het ontstaan van de schade een veel groter gewicht in de schaal heeft geworpen.

Toch is het niet zo dat alle *condiciones sine quibus non* naar hun aard equivalent, gelijkwaardig zijn. Van wat een voldoende voorwaarde is voor het ontstaan van de schade (een toegevoegde belasting van de liftcabine met meer dan 90 kg) heeft de Belg een aanmerkelijk groter deel (85 kg) voor zijn rekening genomen dan de Nederlander (40 kg).⁵ De mogelijke ongelijkheid van het gewicht van twee gebeurtenissen die beide als *condicio sine qua non* moeten worden aangemerkt, komt tot haar recht in de onderlinge draagplicht van de mededaders.

Terwijl A bezig is een door B bestuurde vrachtauto in te halen, slaat B plotseling linksaf. Hierdoor moet A krachtig remmen. C, die ten opzichte van A onvoldoende afstand bewaarde, botst tegen de auto van A.

Zowel het verkeersgedrag van B als dat van C is *condicio sine qua non* van de schade. Als B niet plotseling linksaf was geslagen, was de schade uitgebleven. Hetzelfde zou het geval zijn geweest als C voldoende afstand had bewaard. Dit wil niet zeggen dat beide gebeurtenissen een even grote bijdrage hebben geleverd aan het

4 M. Adams, TPR 3-97, p. 1373.

5 Zie naar aanleiding van de avonturen van een kleine olifant en een forse muis in vergelijkbare zin J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis, recht, rechtsonrecht en burgerlijke moraal*, Deventer 1997, p. 81.

ontstaan van de schade De rechter was van oordeel dat B daaraan aanmerkelijk méér heeft bijgedragen dan C, en wel in de verhouding 4 : 1⁶ B en C zijn jegens A hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade van A, maar in hun onderlinge verhouding moet B daarvan 4/5 deel voor zijn rekening nemen Zie art. 6:102 BW

De tweede stap

Met de vaststelling dat de Nederlander en de Belg beiden een onrechtmatige daad hebben gepleegd die kan worden aangemerkt als *conditio sine qua non* van de schade, ligt de vordering van de Franse, Engelse en Duitse eiser nog niet voor toewijzing gereed De meeste rechtsstelsels zetten nog een tweede stap ook van de *gevolgen* die zonder de onrechtmatige daad niet zouden zijn ingetreden, kan niet worden gezegd dat zij alle *equivalent* zijn Sommige zijn toerekenbaar, andere niet De letselschade van de Fransman is zeker toerekenbaar, maar hoe is het gesteld met de *pure economic loss* van de Engelse advocaat en met de arbeidsongeschiktheid die in stand wordt gehouden door een bij de Duitse eiser geconstateerde neurotische belofte aan schadevergoeding?

De verschillende aard van beide stappen is ruim een halve eeuw geleden op voorbeeldige wijze onder woorden gebracht door het Duitse Bundesgerichtshof Bij de tweede stap gaat het 'nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität' maar om 'die Suche nach einem Korrektiv, das den Kreis der rein logischen Folgen im Interesse billiger Ergebnisse auf die zurechenbaren Folgen einschränkt'⁷ Zonder beperkingen van buitenaf is de *sine qua non* test de bron van een oeverloos uitdijende kring van 'zuiver logische' gevolgen Het onrechtmatige besluit van Caesar om Gallie aan te vallen, en daarover vervolgens een boek te schrijven, staat in zuiver logisch, *sine qua non*, verband met het mislukken, ruim tweeduizend jaar later, van de loopbaanplannen van D, omdat deze bij gelegenheid van zijn schoolexamen niet erin slaagde

6 HR 4 november 1955, NJ 1956, 1

7 BGH 23 oktober 1951, BGHZ 3, p. 267

een correcte vertaling te leveren van de zinsnede *horum omnium fortissimi sunt Belgae*⁸

Een billijkheidscorrectie is nodig om de kring van de zuiver logische gevolgen in te perken. Het Duitse recht, dat op dit punt een nauwelijks te overschatten invloed heeft uitgeoefend, hanteert hiertoe de leer van de adequate veroorzaking. Slechts die gevolgen worden aan de gedaagde toegerekend, die in *adequaat* verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Adequaat verband is aanwezig

wenn eine Tatsache im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen () Umständen zur Herbeiführung eines Erfolgs geeignet war⁹

Is de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust? Gevat in deze termen, heeft de adequatieleer gedurende het grootste deel van de vorige eeuw het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht beheerst. Toch rees vrij spoedig het besef dat de enkele voorzienbaarheidsmaatstaf een te bot instrument is om de toerekening van de schade op een redelijke en billijke maat te snijden. Een gebroken heup is stellig het redelijkerwijs te verwachten gevolg van het neerstorten van een liftcabine. Maar hoe is het gesteld met een ongewoon langdurige arbeidsongeschiktheid die niet valt terug te voeren op enig lichamenlijk letsel van het slachtoffer, doch slechts op diens neurotische behoefte aan schadevergoeding? Het Nederlandse en het Duitse recht oordelen verschillend over de vraag of deze schade aan de dader moet worden toegerekend. Dit oordeel is evenwel in beide landen gegrond op overwegingen die met de voorzienbaarheid van de schade weinig hebben uit te staan. Indien Nederlands recht van toepassing is, zal de vordering worden toegewezen.

Bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moeten worden toegerekend, ook al houdt die re-

8 Cicero, De Bello Gallico, I, 1

9 BGH 23 oktober 1951, BGHZ 3, p. 267

actie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te verkrijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachtingen ligt¹⁰

De grens van de aansprakelijkheid wordt hier niet bepaald door de normale lijn der verwachtingen *The tortfeasor takes his victim as he finds him*, naast slachtoffers met een *lichamelijk* zwak gestel (hartafwijkingen, bloederziekte) zijn er personen die over een broze *psychische* constitutie beschikken. Het uitzicht op een gegarandeerd inkomen uit een periodieke of gekapitaliseerde uitkering op grond van het schadevergoedingsrecht bestendigt hun arbeidsongeschiktheid. De Nederlandse Hoge Raad ziet geen reden om onderscheid te maken tussen lichamelijke en psychische predisposities van het slachtoffer, in beide gevallen moet ook de schade, gelegen buiten de normale lijn der verwachtingen, worden toegerekend aan de dader.

Geheel anders het Duitse Bundesgerichtshof.

Dem Sinn des Schadenersatzanspruches widersprache es, wenn gerade durch die Tatsache, dass ein anderer Schadenersatz zu leisten hat die Wiedereinführung in den sozialen Lebens- und Pflichtenkreis erschwert oder gar unmöglich gemacht wurde.¹¹

De terugkeer naar het Dal der Plichten mag niet worden belemmerd door het lonkend perspectief van het schadevergoedingsrecht.

In geen van beide landen wordt met betrekking tot dit type gevallen het oordeel over de toerekening bepaald door de (on)waarschijnlijkheid van het gevolg: hoe (on)waarschijnlijk is het dat als gevolg van het neerstorten van een liftcabine een latent aanwezige schadevergoedingsneurose wordt geactiveerd?

In Nederland heeft het besef dat de laceratie der adequate veroorzaking met de Steen der Wijzen is, geleid tot een wettelijke for-

10 HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137

11 Het zou in strijd zijn met het doel van de aanspraak op schadevergoeding, wanneer juist door het feit dat een ander gehouden is tot schadevergoeding, de herintreding in de maatschappelijke leef- en plichtensfeer bemoeilijkt of zelfs onmogelijk zou worden gemaakt. BGH 29 februari 1956, BGHZ 20, 137

mulering van de tweede stap, waarin iedere referentie aan de adequatietheorie ontbreekt

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegetekend (art 6 98 BW)

Het ontbreken van een verwijzing naar het waarschijnlijkheidscriterium, wil overigens niet zeggen dat deze maatstaf zijn betekenis heeft verloren. Integendeel, buiten het terrein van de letselschade biedt de normale lijn der verwachtingen nog steeds een veelgebruikt kompas. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de door een belastingplichtige als gevolg van een onrechtmatige belastingaanslag geleden renteschade aan de Staat kan worden toegetekend, omdat het 'binnen de grenzen (ligt) van hetgeen redelijkerwijs als gevolg van het opleggen van die aanslag kan worden verwacht, dat de belastingplichtige, in weerwil van een door hem tevoren verkregen uitstel alsnog overgaat tot betaling van die aanslagen onder voorbehoud van rechten',¹²

Normatieve lading van de causaliteitsmaatstaven

Het traditionele beeld van de *structuur* van het causale verband is betrekkelijk uniform en wijdverbreid, het weerspiegelt ook het recht van *Common Law* landen als Engeland en Ierland

Eerst is er een robuuste, maar duidelijk gemarkeerde drempel voor de *vestiging* van de aansprakelijkheid zou de schade zonder de onrechtmatige daad zijn uitgebleven? Deze *sine qua non* test is nauwelijks juridisch van aard, iedereen die op zijn vingers kan natellen wat zou zijn gebeurd als de Belg niet in de lift zou zijn gestapt, kan uit de voeten met dit aansprakelijkheidsvereiste. Elementaire kennis van de *mechanica* is voldoende

Vervolgens moet het recht op zoek naar een correctief ter beperking van de *omvang* van de aansprakelijkheid. Welke gevolgen uit de immer uitdijende kring van gevolgen die de *sine qua non*

12 HR 7 november 1997, NJ 1998, 364

drempel zijn gepasseerd, kunnen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan de gedaagde worden toegerekend? Ook de *Common Law* met zijn traditionele huijver voor continentale mistbanken als goede trouw¹³ en billijkheid ontkomt niet aan dit inzicht:

It does not seem consonant with current ideas of justice or morality that, for an act of negligence, however slight or venial, which results in some trivial foreseeable damage, the actor should be liable for all consequences, however unforeseeable and however grave () It is a principle of civil liability () that a man must be considered responsible for the probable consequences of his act To demand more of him is too harsh a rule, to demand less is to ignore that civilized order requires the observance of a minimum standard of behaviour

Aldus Viscount Simonds in de leading case *The Wagon Mound (No. 1)*.¹⁴ In deze zaak ging het om de volgende feiten. Door onzorgvuldigheid aan boord van de *Wagon Mound* stroomde een aanzienlijke hoeveelheid olie in de haven van Sidney. De olie kwam terecht in de nabijheid van de werf van eiser waar men bezig was met laswerkzaamheden. Eiser won informatie in met betrekking tot de vraag of het gevaarlijk was om door te gaan met lassen. Hem werd (op wetenschappelijk verantwoorde gronden) verzekerd dat de over het water gespreide olie geen vlam kon vatten. Helaas, een gloeiendhete druppel gesmolten metaal viel op een stuk afval dat in de haven dreef. Hierdoor vatte de olie vlam; eisers werf brandde volledig af. De Privy Council oordeelde dat de vordering, voorzover gegrond op schade veroorzaakt door *negligence* aan boord van de *Wagon Mound*, moest worden afgewezen. Viscount Simonds.

After the event even a fool is wise But it is not the hindsight of a fool, it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility

13 Zie bijvoorbeeld House of Lords per Lord Ackner in *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128

'The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiations'

14 [1961]AC 388

The foresight of the reasonable man alone? Ook voor het Engelse recht is deze uitspraak niet het laatste woord over het criterium voor causaal verband. Als voorzienbaarheid van de schade het enige gezichtspunt zou zijn, zou ook hier sprake zijn van een maatstaf die slechts een beroep doet op louter empirische kennis. Ongeacht of men uitgaat van de *optimale Beobachter*, zoals in het Duitse recht, dan wel van de *reasonable man* van het Engelse recht, over juridisch inzicht hoeft deze maatman niet te beschikken. Valt redelijkerwijs te voorzien dat vier van de vijf personen die gedurende drie uur opgesloten zitten in een lift, gaan klaverjassen, daarbij ruzie krijgen en zodanig handgemeen raken dat daardoor één van hen einstig oogletsel oploopt?

Ook in landen waar de tweede stap van het causaal verband wordt gezet op de voet van het adequatiecriterium of de foreseeability rule, wordt erkend dat deze test moet worden aangevuld met gezichtspunten die wél over een normatieve lading beschikken, zoals de vraag of het toekennen van schadevergoeding aanvaardbaar is, ook indien dit de terugkeer naar de 'soziale Lebens- und Pflichtenkreis' belemmert.

Dit traditionele beeld van de structuur van het causale verband is toe aan een ingrijpende revisie. In de eerste plaats geldt dit voor de status van het vereiste dat de onrechtmatige daad kan worden aangemerkt als *condicio sine qua non* van de schade. Recentere ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat dit vereiste zijn natuurlijke onschuld heeft verloren. Het is niet langer zo dat het bij het *sine qua non* verband slechts gaat om een triviale toets van louter feitelijke aard. Twee brandende kwesties zorgen voor beroering rondom het thema: hoe gaan we om met de *condicio sine qua non*?

1 Door een fout van een arts verliest zijn patient een kans op genezing. De grootte van de kans wordt door deskundigen geschat op 25%. Is dit een probleem van causaal (*sine qua non*) verband, of moet de (niet-)vergoedbaarheid van het verlies van een kans op genezing aan de orde komen bij het agendapunt: schade? Wat zijn de consequenties van de keuze voor het ene, dan wel het andere standpunt?

2 De uitleg die de Hoge Raad in het DES-arrest¹⁵ aan het

15 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535

leerstuk van de alternatieve causaliteit¹⁶ heeft gegeven, kan ertoe leiden dat een ondernemer met een marktaandeel van tien procent wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij met grote waarschijnlijkheid (negentig procent) niet heeft veroorzaakt. Is dit een bezwaar?

Ook de inrichting van het tweede compartiment van het causale verband is toe aan heroverweging: kan de schade aan de gedaagde worden toegerekend? Het eenvoudigste scenario is uiteraard blijf vasthouden aan de voorzienbaarheid (viel redelijkerwijs te voorzien dat dit soort schade het *gevolg* zou zijn van deze gebeurtenis?), maar sta oogluikend toe dat steeds meer determinanten van normatieve aard, die met de voorzienbaarheid van de schade weinig te maken hebben, de grenzen van de toerekening bepalen. Aan de andere kant: eenvoudig is slechts zo zelden kenmerk van het ware. Moeten we aan het inzicht dat het hier 'niet eigenlijk eine Frage der Kausalität' betreft, niet de consequentie verbinden dat we bij de toerekeningsvragen die hier aan de orde zijn het denken en spreken in termen van oorzaak en gevolg moeten opgeven en moeten zoeken naar een nieuw uitgangspunt?¹⁷ Als zodanig zou in aanmerking kunnen komen een normatief verrijkt schadebegrip. Schade niet louter boekhoudkundig opgevat als ieder vermogensnadeel, maar schade begrepen als aantasting van een belang dat in rechte bescherming verdient. De arbeidsongeschiktheid van personen behept met een neurotische behoefte aan schadevergoeding leidt zeker tot vermogensnadeel, maar het is nog maar de vraag of hun belang om gevrijwaard te blijven van het ongemak van een terugkeer naar de arbeidsmarkt behoort tot de belangen die in rechte bescherming verdienen.

16 Art. 6:99 BW: 'Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.'

17 Het Nederlandse art. 6:98 BW gaat niet zover. Weliswaar ontbreekt hierin een verwijzing naar de voorzienbaarheid van het gevolg, maar het straffen blijft de vraag of de schade kan worden toegerekend als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.

Twee brandende kwesties Waar zetten wij verlies van een kans op genezing op de agenda van het aansprakelijkheidsrecht onder 'causaal verband' of onder 'schade'? Is art 6:99 BW (alternatieve causaliteit) een aanvaardbare regel voor het Europese producten-aansprakelijkheidsrecht? Het debat over deze vragen wordt aanmerkelijk verdiept als we ons vooraf rekenschap geven van de ratio van het *sine qua non* vereiste. Waarom moet in beginsel komen vast te staan dat zonder de onrechtmatige daad de schade niet zou zijn ingetreden? Het voorbeeld van een geval waarin de schadevergoedingseis werd afgewezen wegens het ontbreken van *sine qua non* verband kan licht werpen op de ratio van dit vereiste.

Happy New Year In de vroege ochtend van 1 januari 1966 melden zich drie nachtwakers bij de balie van een ziekenhuis. Zij klagen over maagkrampen en aanhoudend braken na het drinken van thee. De verpleegkundige belt de dienstdoende arts: 'There are three men complaining of vomiting after drinking tea.' Het antwoord van de arts is bondig: 'Well, I'am vomiting myself and I have not been drinking.' Na deze telefonische diagnose van de vermoedelijke oorzaak van de maagklachten, voegt de arts eraan toe: 'Tell them to go home and go to bed and call in their own doctors.' Korte tijd later overlijdt één van de nachtwakers aan een arsenicumvergiftiging. De schadevergoedingsvordering, ingesteld door de weduwe van de overledene, strandt. Weliswaar is sprake van *negligence* aan de kant van de arts, maar de rechter acht bewezen dat, gezien de ernst van de arsenicumvergiftiging, de nachtwaker ook zou zijn overleden, indien de arts onmiddellijk naar het ziekenhuis zou zijn gegaan en aldaar de patient had onderworpen aan een iets grondiger onderzoek.¹⁸

De arts hangt wellicht een tuchtrechtelijke maatregel boven het hoofd, civielrechtelijk aansprakelijk is hij niet.¹⁹ Met het stellen van de *sine qua non* eis beoogt het recht de voorkomen dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt. De omstandigheid dat de aangesprokene een onrechtmatige daad heeft gepleegd is niet voldoende.

Het beginsel dat het civiele recht de aangesprokene moet vrij-

18 *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital*, [1968]1 All E.R. 1068.

19 En dus evenmin het ziekenhuis waar hij werkzaam is.

waren van aansprakelijkheid voor schade die hij niet heeft veroorzaakt, moge vanzelfsprekend schijnen, absolute gelding heeft het zeker niet. In een groeiend aantal gevallen neemt het recht voor lief dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die met een niet onaanzienlijke waarschijnlijkheid niet door zijn onrechtmatige daad is veroorzaakt.²⁰ Zijn de gronden om dit toelaatbaar te oordelen voldoende zwaarwegend? Zij moeten worden afgewogen tegen het gewicht van het beginsel dat aan het *sine qua non* vereiste ten grondslag ligt: hoe bezwaarlijk is het om iemand te veroordelen tot vergoeding van schade die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid ook zonder zijn onrechtmatige daad zou zijn ontstaan?

Verlies van een kans op genezing

De deitienjarige Stephen John Hotson valt uit een boom en wordt naar het ziekenhuis gebracht. Daar wordt zijn heupletsel niet ontdekt. Na vijf dagen ondraaglijke pijn te hebben geleden, wordt hij teruggebracht naar het ziekenhuis. Deze keer wordt wél een juiste diagnose gesteld en ondergaat hij een spoedbehandeling. Tevergeefs, zijn heupletsel ontwikkelt zich tot blijvende invaliditeit.

De rechter is van oordeel dat de aanvankelijk onjuiste diagnose een medische fout opleverde. Voorts bepaalt hij, na uitvoerig en tegenstrijdig deskundigenbericht, dat de kans dat bij een tijdige juiste diagnose de invaliditeit zou zijn uitgebleven, moet worden geschat op 25%. De waarschijnlijkheid dat door de val reeds zoveel bloedvaten waren beschadigd dat ook een onmiddellijk juiste diagnose en behandeling de invaliditeit niet had kunnen voorkomen, is aanmerkelijk groter: 75%. De rechter veroordeelt het ziekenhuis tot vergoeding van 25% van de door het slachtoffer geleden schade.²¹

20 En evenmin door een onrechtmatige daad van iemand voor wie hij kwalitatief verantwoordelijk is.

21 De proportionele schadevergoeding waartoe de trial judge besloot in *Hotson*, een aanpak, die door de House of Lords werd verworpen, is gemeengoed in de Franse jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld Cour de cassation 27 maart 1973, D 1973, p. 595.

Hier wordt een gedaagde veroordeeld tot (gedeeltelijke) vergoeding van schade die met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid (75%) niet is veroorzaakt door een fout waarvoor de gedaagde verantwoordelijk is. Is dit een bezwaar? De *sine qua non* eis strekt ertoe gedaagden te vrijwaren van veroordeling tot vergoeding van schade die niet door hun fout is veroorzaakt. Is het geoorloofd de in dit vereiste gelegen bescherming prijs te geven als het gaat om de aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen?

Een vraag vooraf hebben we hier wel te maken met een probleem van *causaal (sine qua non) verband*? Is het toekennen van schadevergoeding wegens het verlies van een kans op genezing niet veeleer een kwestie van het begroten van de schade? De medische fout heeft met een waarschijnlijkheid van honderd procent het ontstaan van schade veroorzaakt. De omvang van de schade wordt gevormd door de grootte van de kans op genezing die verloren is gegaan. Ook de Engelse *trial judge* die moest oordelen over de vordering van Hotson stond voor deze tweesprong

In the end the problem comes down to one of classification. Is this on true analysis a case where the plaintiff is concerned to establish causative negligence or is it rather a case where the real question is the proper quantum of damage?

In België wordt de tweede benadering met verve verdedigd door Vansweevelt. Hij bestrijdt de kritiek die is uitgeoefend op de Franse en Belgische rechtspraak, een kritiek die erop neerkomt dat in die rechtspraak het schade-aspect wordt verward met een oorzakelijkheidsprobleem. Vansweevelt kiest met grote stelligheid voor classificatie van het probleem onder het schadebegrip 'Het verlies van de genezingskansen maakt *in casu* de schade uit'²²

Causaal verband of schade?

Causaal verband of schade, wat maakt het uit? Een keuze voor de eerste, dan wel de tweede zienswijze is zeker geen lood om

22 Thierry Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis, Antwerpen 1992, p. 382

oud ijzer Bij de benadering via het schadebegrip ligt een proportionele vergoeding van schade voor de hand Dit heeft tot gevolg dat het verlies van een relatief kleine kans op genezing (10%) recht geeft op vergoeding van 10% van de schade, hoewel de kans dat het letsel niet is veroorzaakt door de arts zeer groot is 90% Omgekeerd vormt het verloren gaan van een zeer aanzienlijke kans op genezing (80%) aanleiding om de aan het slachtoffer toe te kennen schadevergoeding te verminderen met 20%, dit niet-tegenstaande het feit dat de kans dat het slachtoffer zonder de fout van de arts zou zijn genezen, zeer aanzienlijk is 80% Het Belgische Hof van Cassatie heeft deze laatste consequentie aanvaard en is akkoord gegaan met een door het Hof van Beroep toegepaste korting van 20% in een geval waarin door een fout van een arts een kans van 80% op het behoud van het rechterbeen verloren was gegaan²³

In de eerste benadering, waarin het verlies van een kans wordt opgevat als een probleem van causaal (*sine qua non*) verband, ligt eerder een alles of niets resultaat in de rede Is met een redelijke zekerheid komen vast te staan dat de schade is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van de gedaagde, dan is deze aansprakelijk voor de gehele schade, een restant redelijke twijfel, een kans van 20% dat hij de schade niet heeft veroorzaakt, leidt niet tot een vermindering van de schadevergoeding met 20% Indien, omgekeerd, die redelijke zekerheid niet bestaat, wordt de vordering integraal afgewezen, ook al zou sprake zijn van een geenszins te verwaarlozen kans (40%) dat de schade niettemin is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van de gedaagde

De keuze voor de eerste, dan wel de tweede benadering mag niet louter worden ingegeven door een onberedeneerde voorkeur voor, hetzij een alles of niets inzet aan de roulettetafel van het schadevergoedingsrecht, hetzij een proportionele verdeling van de schade tussen eiser en gedaagde

23 Cass, 19 januari 1984 R G A R 1986, nr 11 084 Zie daarover Vansweevelt in het in de vorige noot aangehaalde werk p 374

De ontologische status van het verlies van een kans, opgevat als schade, is uiterst problematisch²⁴ Schade is altijd aantasting van iets Dat 'iets' hoeft niet *per se* van stoffelijke aard te zijn, zoals een etalageruit die door een uit de bocht gevlogen vrachtauto aan scherven is gereden, het kan ook gaan om iets onstoffelijks als de 'eer' van politicus A, die door een perspublicatie is aangestast Wat voor soort 'iets' is nu een kans die door een onrechtmatige daad verloren is gegaan Kans is steeds *onzekerheid* omtrent de loop der gebeurtenissen Hierbij moeten we onderscheid maken tussen onzekerheid ten aanzien van hetgeen in de toekomst zal geschieden en onzekerheid met betrekking tot de toedracht van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld Van beide een voorbeeld

Bij gelegenheid van het aanstaande huwelijk van het koninklijk bruidspaar worden vier even gerenommeerde banketbakkers uitgenodigd een bruidstaart te vervaardigen en die taart in de vroege ochtend van de huwelijksdag ten paleize te presenteren Een deskundige jury zal aldaar de winnende taart kiezen Het bruidspaar zal deze taart tijdens het feestelijk noenmaal aansnijden De winnaar ontvangt duizend gouden dukaten Een van de vier even gerenommeerde banketbakkers heeft evenals zijn drie even gerenommeerde collega's een voistelijke, uit drie etages bestaande, bruidstaart gebakken Juist voordat hij met zijn taart bij de leveranciersingang van het paleis aankomt, wordt zijn bestelauto zijdelings geramd door een van links komende vrachtauto De taart is onherstelbaar geruineerd

Met betrekking tot deze onfortuinlijke banketbakker kan met recht worden gezegd dat het verlies van zijn kans om te winnen valt aan te merken als schade Een toekomstige onzekere gebeurtenis (het winnen van duizend dukaten) is door de fout van de bestuurder van de vrachtauto omgezet in zekerheid het niet winnen van duizend dukaten

Waar het gaat om onzekerheid ten aanzien van de toedracht van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld, is het kansbegrip van geheel andere aard

24 Zie over het kansbegrip ook D Peuperkorn Proportionele aansprakelijkheid Den Haag 2000 p 59 e v

Bij A wordt een taart bezorgd die bestemd was voor B. A verorbert de taart tot op de laatste kruimel. Enige tijd later krijgt A last van hevige maagkrampen. Hij meldt zich bij zijn arts. Na een vluchtig onderzoek luidt diens diagnose buikgriep. Niet slikken en het bed houden. Zes uur later overlijdt A. De taart bevatte een dosis pyroflamine, een gif dat wordt gebruikt bij de bestrijding van ratten.²⁵ Desgevraagd verklaren deskundigen dat indien A een dosis pyroflamine zou hebben binnengekregen van 10 ml of méér, ook een onmiddellijke ingreep zonder resultaat zou zijn gebleven en A's dood onvermijdelijk was. Bij een dosis kleiner dan 10 ml zou een tijdige en adequate ingreep hebben geleid tot algeheel herstel. Iedere mogelijkheid om met zekerheid vast te stellen hoeveel pyroflamine de taart bevatte, ontbreekt evenwel. Als we nu zeggen dat een reële kans bestaat dat A minder dan 10 ml pyroflamine heeft binnengekregen, heeft het kansbegrip louter betrekking op onze onwetendheid met betrekking tot hetgeen zich in het verleden heeft afgespeeld. Dat verleden zelf ligt echter volledig vast. De hoeveelheid pyroflamine die A binnen had gekregen toen hij zich meldde bij zijn arts, staat eens en voor altijd vast.

Van een kans in de eerstbedoelde zin (een toekomstige onzekere gebeurtenis) is sprake als het gaat

om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans mocht het te diep zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit werc ingesteld, zou hebben gehad.²⁶

Evenals de banketbakker die door de fout van een vrachtwagenchauffeur de kans verliest om de prijs voor de mooiste taart in de wacht te slepen, verliest de cliënt door een fout van zijn advocaat de kans om de procedure in hoger beroep te winnen. De

25 Zie voor een strafrechtelijke variant van deze casus HR 19 juni 1911, W 9203, Hoornse taart

26 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257

afloop van het hoger beroep, indien dit tijdig zou zijn ingesteld, is een toekomstige onzekere gebeurtenis. Die afloop wordt niet reeds bepaald door het verloop van het geding in eerste instantie. In hoger beroep zou de client de kans hebben gehad door het aanvoeren van nieuwe argumenten het geschil in zijn voordeel te doen beslechten. Het is dan ook begrijpelijk dat de Hoge Raad de rechtsvraag kwalificeert als een probleem van vaststelling en begroting van de *schade*. Proportionele aansprakelijkheid, in evenredigheid met de uitkomst van een schatting van de goede en kwade kansen in hoger beroep, ligt voor de hand.

Ook het Engelse recht localiseert het verlies van een kans van dit type een toekomstige onzekere gebeurtenis, onder de rubriek 'schade' en niet onder onder het hoofd 'causaal verband'. Solicitors van Simmons & Simmons hadden nagelaten hun client Allied Maples te waarschuwen voor mogelijke *liabilities* verbonden aan de overname door Allied Maples van een groep bedrijven. Toen deze *liabilities* realiteit werden, eiste Allied Maples schadevergoeding van Simmons & Simmons op grond van de stelling dat zij door het verzuim de kans had verloren om door verdere onderhandelingen met de wederpartij bescherming te verkrijgen tegen deze *liabilities*. De rechter in eerste aanleg honoreerde de vordering. In hoger beroep voerden Simmons & Simmons aan dat onvoldoende zeker was dat verdere onderhandelingen inderdaad een betere bescherming zouden hebben opgeleverd. De *Court of Appeal* kwalificeerde de rechtsvraag als een kwestie van schadebegroting (*quantification of damages*) en niet als een probleem van *causaal verband* (*causation*).

Where the plaintiff's loss resulting from the defendant's negligence depended on the hypothetical action of a third party () the issue fell within the sphere of quantification of damages dependent on the evaluation of the chance that the third party would have taken the action which would have enabled the loss to be avoided, rather than causation, where the plaintiff could only succeed if he showed on a balance of probability that the third party would have taken that action.

Nu het kansverlies wordt opgevat als een probleem van het bepalen van schade, leidt dit als vanzelf tot een proportionele aansprakelijkheid.

The plaintiff was entitled to succeed provided he showed that there was a substantial, and not merely a speculative, chance that the third party would have taken the action to confer the benefit or avoid the risk to the plaintiff. The evaluation of a substantial chance was a question of quantification of damages, the range lying somewhere between something that just qualified as real or substantial on the one hand and near certainty on the other.

Het door Simmons & Simmons ingestelde hoger beroep wordt verworpen.²⁷

Kans als onzekerheid omtrent een zeker verleden

Bij de vordering van de dertienjarige jongen die uit een boom is gevallen, verwijst het kansbegrip naar onze onzekerheid omtrent de toedracht van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld. Hoeveel bloedvaten waren beschadigd toen Hotson voor de eerste maal naar het ziekenhuis werd gebracht? Reeds zoveel dat ook een onmiddellijke en adequate behandeling niet had kunnen voorkomen dat Hotson's heupletsel zou leiden tot blijvende invaliditeit? Het aantal op dat moment reeds beschadigde bloedvaten ligt eens en voor altijd vast. De omstandigheid dat wij niet weten hoeveel bloedvaten dat waren, laat onverlet dat door de val een exact bepaald aantal bloedvaten beschadigd werd, niet één méér en niet één minder.

Door de rechter gevraagd naar wat hij bedoelde met 'een kans op genezing van 25%' antwoordde de raadsman van Hotson dat indien 100 mensen hetzelfde ongeval was overkomen als Hotson, 75 van hen blijvend invalide zouden zijn geraakt en 25 van hen zouden zijn genezen. Dit is echter een statistisch gegeven dat niets zegt over het genezingsperspectief van Hotson. Diens kans op genezing werd volledig bepaald door het aantal bloedvaten dat reeds door de val uit de boom was beschadigd. Dat aantal stond, zoals gezegd, vast.

De *House of Lords*²⁸ was niet gecharmeerd van de proportionele aanpak van de *trial judge* in *Hotson v East Berkshire Area Health Au-*

27 *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons (a firm)*, [1995]4 All ER 907.

28 *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987]AC 750.

thority vergoeding van 25% van de door Hotson geleden schade Lord Mackay citeerde de woorden van Lord Diplock

In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain

Indien het in de ogen van de rechter *more likely than not* is dat door de val uit de boom reeds zoveel bloedvaten waren beschadigd dat invaliditeit onvermijdelijk was, wordt de vordering integraal afgewezen. Is het daarentegen waarschijnlijker dat voldoende bloedvaten de val hadden overleefd om, na prompt ingrijpen, genezing mogelijk te maken, dan wordt de vordering in volle omvang toegewezen. Aangezien het in de *Hotson* zaak aanmerkelijk *more likely than not* was dat door de val reeds zoveel bloedvaten waren beschadigd dat ook een onmiddellijke juiste diagnose en behandeling de blijvende invaliditeit niet hadden kunnen voorkomen, diende de vordering van Hotson te worden afgewezen.

Deze alles of niets benadering wekt op het eerste gezicht een ouderwetse indruk. Proportionele aansprakelijkheid oogt moderner. Toch is enig conservatisme op dit punt geboden. De ratio van het *sine qua non* vereiste is geenszins achterhaald: zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt. Hoe vervelend is het voor een arts te worden veroordeeld tot vergoeding van schade die hij met een grote mate van waarschijnlijkheid (75%) niet heeft veroorzaakt? Dat valt best mee, zo zou men kunnen menen: de arts hoeft slechts 25% van de door het slachtoffer geleden schade voor zijn rekening te nemen en bovendien zal hij dit bedrag in de regel kunnen verhalen op zijn aansprakelijkheidsverzekelaar.

Daar staat tegenover dat, los van de financiële consequenties, de emotionele belasting van een debat over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts, niet alleen voor de patient, maar ook voor de arts zeer groot is. De eis dat met een redelijke mate van zekerheid – in ieder geval meer dan 50% – komt vast te staan dat de schade zonder de fout van de arts zou zijn uitgebleven, werpt een geduchte drempel op tegen het lichtvaardig besluiten tot het instellen van een rechtsvordering. Zou deze drempel worden geslecht, dan wordt het aantrekkelijk een kans te wagen. Ook

al is naar alle waarschijnlijkheid de schade *niet* veroorzaakt door de fout van de arts, geheel uit te sluiten valt het evenmin. Als er al voor de eiser geen dertig procent inzit, dan wellicht twintig, of tien? In ieder geval zal het vooruitzicht van een onbepaalde proportionaliteit bij het toekennen van schadevergoeding de arts en zijn aansprakelijkheidsverzekeraar eerder rijp maken voor het besluit tot aanvaarding van het aanbod om de zaak te schikken.

De proportionaliteit kan zich uiteraard ook keren *tegen* het slachtoffer. Waarom is het redelijk dat iemand wiens rechterbeen is afgezet, genoeg moet nemen met een korting van 20% op de door hem te ontvangen schadevergoeding, wanneer met zeer grote waarschijnlijkheid (80%) de noodzaak van amputatie is veroorzaakt door een fout van de arts?

Kortom. Bij het bepalen van een Europese koers voor het aansprakelijkheidsrecht in gevallen van het type: de Engelse heup en het Belgische been, verdient het Londense kompas de voorkeur.

Alternatieve causaliteit in het Europese productenaansprakelijkheidsrecht?

Een groot aantal producenten heeft het geneesmiddel DES (ter voorkoming van miskramen) op de markt gebracht. Dochters van wie de moeder tijdens de zwangerschap DES heeft gebruikt, voeren aan dat dit bij hen een bepaalde vorm van kanker heeft veroorzaakt. De dochters zijn evenwel niet in staat aan te tonen welke producent de DES in het verkeer heeft gebracht die door hun moeder is gebruikt.

De Hoge Raad honoreert het door de dochters gedane beroep op art. 6:99 BW:

Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is

De dochters kunnen, aldus de Hoge Raad, volstaan met te stellen:

(I) dat het betrokken farmaceutische bedrijf in de relevante periode Des in het verkeer heeft gebracht en daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk is,

(II) dat er nog een of meer andere – al dan niet in het geding betrokken – producenten zijn die in de relevante periode eveneens Des in het verkeer heeft (hebben) gebracht en die daarvoor eveneens wegens een fout aansprakelijk is (zijn),

(III) dat zij schade heeft geleden en dat de schade het gevolg is van Des-gebruik, maar dat niet meer is vast te stellen van wie het gebruikte Des afkomstig is

Ieder der gedagvaarde producenten is vervolgens aan zet om ter afwering van zijn aansprakelijkheid te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat de schade van deze DES-dochter niet het gevolg is van het gebruik van door hem in het verkeer gebrachte DES. Slaagt hij daarin niet, dan is hij aansprakelijk voor de gehele schade van de desbetreffende eiseres²⁹

Toepassing van deze regel van alternatieve causaliteit op het terrein van de productenaansprakelijkheid kan ertoe leiden dat een producent met een marktaandeel van tien procent wordt veroordeeld tot het vergoeden van schade die met grote waarschijnlijkheid (negentig procent) niet door zijn product is veroorzaakt. Is dit een bezwaar?

Het gebruik van de Nederlandse taal biedt de Hoge Raad doorgaans voldoende bescherming tegen de kritische blik van het buitenland. Het DES-arrest vormt een uitzondering. Von Bar schrijft erover dat deze uitspraak 'einem in der Welt des conditio sine qua non-Testes aufgewachsenen Juristen geradezu skandalos erscheinen wird'. Hij voegt eraan toe dat zijn voorstel om een soortgelijke regel voor het Duitse recht te aanvaarden, bij gelegenheid van de Duitse Juristendag in 1998 met grote meerderheid is afgewezen.³⁰

Ook het Belgische recht biedt de DES-dochters weinig perspectief:

29 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535

30 Chr v Bar, Gemeineuropaisches Deliktsrecht II, Munchen 1999, p 442 c v

If the DES-case or any similar case in which victims of an unidentified drug manufacturer seek for compensation, should be taken to court in Belgium, under the present state of Belgian law, the plaintiffs would be unsuccessful () In Belgium the causal relationship in product liability cases will be evaluated according to the equivalence theory and the claims against unidentified producers will be dismissed³¹

De Commissie van de Europese Gemeenschappen loopt evenmin over van geestdrift. In haar commentaar op de door de Hoge Raad in het DES-arrest geformuleerde hoofdelijke aansprakelijkheid van producenten voor de gehele schade van de DES-dochters wordt fijntjes opgemerkt

It seems that no other similar cases exist and that there is no need for introducing this concept³²

Toch lijkt niet goed voorstelbaar dat elders in Europa het zonder pardon afwijzen van de schadevergoedingsvordering van de DES-dochters alom als redelijk wordt ervaren. In Nederland is vrijwel niemand te vinden die een dergelijke uitkomst als redelijk aanprijst. Wel geeft een belangrijk aantal commentatoren de voorkeur aan de minder ver reikende aansprakelijkheid die de Advocaat-Generaal Hartkamp in zijn conclusie voor het DES-arrest bepleitte (externe) marktaandeelaansprakelijkheid. Een producent met een marktaandeel van tien procent is aansprakelijk voor tien procent van de door de eiseres geleden schade.

Voordeel van deze benadering is dat aldus wordt voorkomen dat de producent wordt veroordeeld tot vergoeding van méér schade dan hij ooit kan hebben veroorzaakt. In theorie is denkbaar dat alle DES-dochters hun vordering zouden richten tot één producent, de marktleider met een marktaandeel van veertig procent. Als hij op de voet van het DES-arrest hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele schade van alle DES-dochters tezamen,

31 Inge Geers, *European Review of Private Law* 1994, p. 448 e.v., zie daaroever H. Cozys/A. Vanderspikken in J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law Causation*, The Hague 2000, p. 36.

32 Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Brussels 31 January 2001.

dan is hij gehouden tot vergoeding van schade die voor een aanzienlijk deel (60%) niet door hem is veroorzaakt

De overtuigingskracht van dit voorbeeld is alleminst verpletterend. In de eerste plaats is het zo dat de als enige aangesproken producent de overige producenten in vrijwaring zal roepen om zo de gehoudenheid tot schadevergoeding ondeling, in evenredigheid met ieders marktaandeel, te solidariseren. In de tweede plaats hebben de DES-dochters, ook onder het regime van het DES-arrest er belang bij aanmerkelijk méér dan slechts één producent te dagvaarden. Dusdoende verkleinen zij de kans dat de door hen gedagvaarde producenten slagen in het bewijs dat de schade van deze eiseres niet het gevolg is van door hen in het verkeer gebrachte DES ('De moeder van deze eiseres woonde in Oost-Groningen en de aangesproken Belgische producent heeft in de relevante periode slechts DES geleverd aan apothekers in Zeeland, Noord-Brabant en Limburg')

Aan de (externe) marktaandeelaansprakelijkheid daarentegen kleeft een bezwaar dat minder gemakkelijk terzijde kan worden geschoven. Om haar schade integraal vergoed te krijgen, zou iedere DES-dochter tientallen, zo niet honderden, producenten moeten dagvaarden. Beperkt zij het aantal door haar gedagvaarde producenten tot, bijvoorbeeld, zeven, dan blijft een aanzienlijk deel van haar schade onvergoed.

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor een producent met een marktaandeel van tien procent voor schade die met een waarschijnlijkheid van negentig procent niet is veroorzaakt door zijn product. Hoe valt een zo zware imbecuk op de strekking van het *sine qua non* vereiste te rechtvaardigen? Waarom is het ook voor de jurist die, in de woorden van Von Bar, is opgegroeid in de wereld van de *sine qua non* test, niet nodig dat hij deze aansprakelijkheid ervaart als een schandaal?

Dit wordt duidelijk wanneer wij het perspectief verbreden en, naast overwegingen van verevenende rechtvaardigheid, ook het aspect van de verdelende rechtvaardigheid onder ogen zien. Aangenomen, er zijn duizend DES-dochters, elk met een schade van € 100 000. Zij hebben tezamen een schade geleden van € 100 000 000 (zegge honderd miljoen euro). De plicht van schadeveroorzakers om schade te vergoeden die is veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor zij aansprakelijk zijn, vormt het morele fundament van ons aansprakelijkheidsrecht. Een radicaal

let the damages lie where they fall is wellicht op het eerste gezicht goedkoper, maar zeker minder rechtvaardig. De situatie waarin bereikt wordt dat de schade voor rekening komt van de producenten, respectievelijk hun verzekeraars, verdient uit een oogpunt van verdelende rechtvaardigheid de voorkeur boven de situatie waarin de DES-dochters hun schade zelf moeten dragen, omdat zij niet kunnen aantonen wie de producent is, wiens DES in hun geval de schade heeft veroorzaakt. Weliswaar is onzeker welke DES-dochters het slachtoffer zijn geworden van DES die in het verkeer is gebracht door deze producent met een marktaandeel van tien procent, maar zeker is dat het gaat om honderd DES-dochters met een gezamenlijke schade van tien miljoen euro. Als deze producent tien miljoen euro bijdraagt in de schadevergoeding die aan de gezamenlijke DES-dochters dient te worden uitgekeerd, wordt hem geen enkel onrecht aangedaan. Hetzelfde geldt voor de andere producenten met betrekking tot de overige 900 DES-dochters. Wanneer iedere producent in evenredigheid met zijn marktaandeel bijdraagt aan de negentig miljoen euro waarop deze DES-dochters tezamen recht hebben, wordt deze producenten in geen enkel opzicht tekort gedaan. Iedere producent betaalt exact het bedrag dat hij zou hebben betaald, indien het verloop van de causale lijnen volstrekt transparant zou zijn geweest en iedere DES-dochter kon aangeven van welke producent de door haar moeder gebruikte DES afkomstig was.

Het aansprakelijkheidsregime van het DES-arrest komt het dichtst in de buurt van deze optimale situatie. Weliswaar zal het optimum nooit ten volle worden bereikt omdat het wegvallen van de bijdrage van producenten die door faillissement van het toneel zijn verdwenen ten laste komt van de overige producenten, maar daar staat tegenover dat ook niet alle DES-dochters een claim zullen indienen. Sommigen niet omdat de emotionele belasting te groot is, anderen niet omdat zij inmiddels zijn overleden.

Bijkomend voordeel van de hoofdelijke aansprakelijkheid is dat daarvan voor producenten en hun aansprakelijkheidsverzekeraars de sterkste prikkel uitgaat om ten behoeve van de slachtoffers een adequaat gevuld schadefonds te vormen, waaruit *buiten rechte* uitkeringen kunnen worden gedaan. In Nederland is inmiddels een begin gemaakt met de vorming van een dergelijk

fonds. De farmaceutische bedrijven en hun aansprakelijkheidsverzekeraars hebben een bedrag van 35 miljoen euro beschikbaar gesteld.³³

De slotsom kan zijn dat, anders dan gesuggereerd door de Europese Commissie, er absoluut geen reden is om het onderwerp van de alternatieve causaliteit, zoals uitgewerkt in het DES-arrest, af te voeren van de agenda voor het debat over het Europese productenaansprakelijkheidsrecht.

Anders en eender

Het DES-arrest komt ook ter sprake in een recente uitspraak van de House of Lords (*Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*).³⁴ De rechtsvraag van de gevoegde Engelse zaken wordt door Lord Bingham als volgt samengevat:

(1) C was employed at different times and for differing periods by both A and B

(2) A and B were both subject to a duty to take reasonable care or to take all practicable measures to prevent C inhaling asbestos dust because of the known risk that asbestos dust (if inhaled) might cause a mesothelioma

(3) Both A and B were in breach of that duty in relation to C during the periods of C's employment by each of them with the result that during both periods C inhaled excessive quantities of asbestos dust

(4) C is found to be suffering from a mesothelioma

(5) Any cause of C's mesothelioma other than the inhalation of asbestos dust at work can be effectively discounted

(6) C cannot (because of the current limits of human science) prove, on the balance of probabilities, that his mesothelioma was the result of his inhaling asbestos dust during his employment by A or during his employment by B or during his employment by A and B taken together

Is C entitled to recover damages against either A or B or against both A and B?

33 NRC-Handelsblad 10 november 2001

34 House of Lords 16 mei en 20 juni 2002, [2002]3 WLR 89 HL, ook te vinden onder www.parliament.uk

De *Court of Appeal* had deze vraag ontkennend beantwoord omdat C jegens A noch B kon bewijzen dat diens onrechtmatige gedragingen de *condicio sine qua non* vormden van C's mesothelioom. De House of Lords komt unaniem tot een tegengesteld oordeel. A en B zijn aansprakelijk jegens C. In enigzins wisselende formulering komen de vijf Law Lords tot het oordeel dat in gevallen als deze 'the law should treat a material increase in risk as sufficient to satisfy the causal requirements for liability' (§ 67). De House of Lords volgt een iets andere rechtstechniek dan de Hoge Raad in het DES-arrest: niet omkeren van de bewijslast, maar 'treating an increase in risk as equivalent to a material contribution' (§ 32). De uitkomst is dezelfde. Anders en eender. Dit thema wordt in *Iairchuld* fraai verwoord door Lord Bingham aan het slot van zijn rechtsvergelijkende observaties:

In a shrinking world there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome (§ 32)

Toerekening naar redelijkheid

De eis van *sine qua non* verband is niet voldoende om de omvang van de aansprakelijkheid op redelijke maat te snijden. Voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap op grond van art. 288 EG-Verdrag eist het Hof van Justitie een voldoende *rechtstreeks* verband.³⁵ Ten aanzien van het algemene leerstuk van toerekening van schade vertoont het nationale recht van de Lid-Staten een rijke verscheidenheid als het erom gaat greep te krijgen op de eis van voldoende rechtstreeks verband.

Bestaat tussen de gebeurtenis waarop de schade berust en de schade wel een *adequaat* verband? Was dit soort schade wel *foreseeable* als gevolg van deze gebeurtenis? Kan deze schade, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als gevolg van die gebeurtenis aan de schuldenaar worden toegerekend? Valt uit deze Duitse, Engelse en Nederlandse ingrediënten een aantrekkelijke euro-cocktail te mixen? Met betrekking tot productenaansprakelijkheid waagt Wissink een poging.

35 Hof van Justitie 4 oktober 1979, Jurisp. 1979, p. 3117. Dumortier/Freres.

Een () Europeesrechtelijke invulling zou kunnen plaatsvinden aan de hand van een adequatietheorie. Artikel 6:98 biedt daarvoor mijns inziens de ruimte () Binnen de toerekening naar redelijkheid kan een Europees adequatiecriterium gehanteerd worden door bij de beoordeling van het causale verband het gezichtspunt voorzienbaarheid centraal te stellen () Steeds indien sprake is van aansprakelijkheid op basis van artikel 6:185 ('aard van de aansprakelijkheid') en van schade in de zin van artikel 6:190 ('aard van de schade') zal de omvang van de aansprakelijkheid afhangen van het Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt voorzienbaarheid.³⁶

Hoe aantrekkelijk is een aan de hand van een adequatietheorie Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt 'voorzienbaarheid' dat strookt met de toerekeningsfactoren van art. 6:98 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (aard van de aansprakelijkheid en aard van de schade)?

In het voorstel van Wissink wordt het hoofdbestanddeel gevormd door het 'Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt voorzienbaarheid'. Waarop berust de blijvende aantrekkingskracht van de voorzienbaarheid als maatstaf ter bepaling van de grenzen van de aansprakelijkheid? De natuurlijke thuishaven van het voorzienbaarheids criterium is met een risico-aansprakelijkheid als de Europese productenaansprakelijkheid, maar het algemeen fonds van het aansprakelijkheidsrecht: de aansprakelijkheid gebaseerd op schuld ('anders handelen dan een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon zou hebben gedaan').³⁷

Langs twee lijnen is de voorzienbaarheid als causaliteitsmaatstaf verbonden met het schuldbeginsel als fundering van aansprakelijkheid.

In de eerste plaats lijkt het niet onredelijk tot uitgangspunt te nemen dat de veroorzaker geen verwijt valt te maken van een gevolg dat ligt buiten het gezichtsveld van een normaal vooruitziend persoon. Het schuldbeginsel ('geen aansprakelijkheid zonder schuld') weizet zich tegen toerekening van dit niet verwijtbare gevolg.

In de tweede plaats ligt in het schuldbeginsel een ferme pro-

36 M. H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer 2001, p. 267.

37 Zie daarover Walter van Gerven en Sofie de Covemaker, *Verbintemissenrecht*, Leuven 2001, p. 239 e.v.

proportionaliteitseis besloten ('geen onvoorzienbaar omvangrijke aansprakelijkheid in geval van een zeer geringe schuld') Dit is de wijze waarop de hiervoor reeds aangehaalde Viscount Simonds de voorzienbaarheid ten troon heft als dominante causaliteitsmaatstaf

It does not seem consonant with current ideas of justice or morality that for an act of negligence, however slight or venial, which results in some trivial foreseeable damage the actor should be liable for all consequences however unforeseeable and however grave

Het probleem met het vrijwaren van de dader van aansprakelijkheid voor niet voorzienbare schade is uiteraard waarom is het wél *consonant with current ideas of justice or morality* dat het slachtoffer, voor wie de schade even onvoorzienbaar was, en die, anders dan de dader, niet onrechtmatig heeft gehandeld, de schade zelf moet dragen?

Geen enkel onderdeel van het burgerlijk recht doet zozeer een beroep op ons voorstellingsvermogen als het vereiste van causaal verband. De organisatoren van een veiling van vee hebben nagelaten te zorgen voor een adequate opsluiting van de te veilen dieren Een koe windt zich tijdens de veiling om onopgehelderde redenen zozeer op dat zij de benen neemt, door de stad rent, naar de eerste verdieping van een huis klautert, door het plafond zakt van de winkel die op de begane grond van dat huis is gevestigd, tijdens de val een waterleiding beschadigt, met als gevolg dat de aldaar aanwezige winkelvoorraad onherstelbaar beschadigd raakt De door de winkelier tegen de organisatoren van de veiling ingestelde vordering tot vergoeding van de schade wordt afgewezen wegens onvoorzienbaarheid van de schade ³⁸ Met welke van onze *current ideas of justice or morality* strookt het dat de schade van deze winkelier onvergoed blijft, terwijl de vordering van de eigenaar van een door de koe beschadigde auto, geparkeerd in de onmiddellijke nabijheid van de veiling, wel zou worden toegewezen?

Het Engelse recht heeft de koeis van het voorzienbaarheidsvereiste allengs verlegd De eis van voorzienbaarheid ziet niet zo-

38 Cameron v Hamilton's Auction Marts Ltd, S L T 1955, p 74, besproken door Von Bar, *Gemeineuropaisches Deliktsrecht II*, München 1999, p 480

zeer op de loop der gebeurtenissen die tot de schade hebben geleid (die in het geval van de door het plafond gezakte koe inderdaad tamelijk buitenissig is), als wel op de schadesoort. Heeft het verzuim geleid tot *a kind of damage* die redelijkerwijs voorzienbaar was? Het ontstaan van zaakschade als gevolg van het ontsnappen van een koe is zeker niet onvoorzienbaar.

Engelse auteurs constateren dat aldus het probleem niet wordt opgelost, maar wordt verschoven

The difficulty here lies in knowing what is meant by the 'kind of damage' which the defendant should have foreseen³⁹

Gaat het bij de verschillende *kinds of damage* om ruime rubrieken, zoals letselschade tegenover *pure economic loss*, of moet binnen deze rubrieken nog nader onderscheid worden gemaakt en is bijv. de invaliditeit als gevolg van de val uit een boom een andere *kind of damage* dan duurzame arbeidsongeschiktheid als gevolg van het opvlammen van een schadevergoedingsneurose?

The situation is a mess. The time has surely come to move on and to reconstruct the law on more rational lines.

Aldus David Howarth, die vervolgens twijfelt aan de noodzaak van een maatstaf om te bepalen welke gevolgen in een *te* verwijderd verband staan om nog te kunnen worden toegerekend *can remoteness be dispensed with?*⁴⁰

Afscheid van de normale lijn der verwachtingen als toerekeningsmaatstaf?

Ondanks het besef dat het bij de tweede stap niet echt gaat om een vraag van causaliteit, blijft vrijwel overal de *modus operandi* van de toerekening gehuld in termen van oorzaak en gevolg. Ook in art. 6:98 BW, waarvan Von Bar schrijft dat daarin 'deutlicher als in jeder anderen europäischen Vorschriften' tot uitdrukking wordt gebracht dat bij deze toerekening sprake is van sa-

39 B S Markesinis & S F Deakin, Tort Law, Oxford 1994, p. 186

40 Textbook on Tort, London 1995, p. 154 e v

menloop van verschillende maatstaven die op elkaar moeten worden afgestemd⁴¹, is de causale terminologie gehandhaafd. Nagegaan moet worden of de schade nog wel als *gevolg* van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Consequentie is dat het toerekeningsperspectief wordt bepaald door één, Archimedisch punt de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Vervolgens wordt van daaruit bezien of de schade niet in een te verwijderd verband staat tot die gebeurtenis. Kan de schade nog worden aangemerkt als gevolg van die gebeurtenis?

Nu is het ontegenzeggelijk zo, dat 'voorzienbaarheid' en 'de normale lijn der verwachtingen' waardevolle hulp bieden bij het maken van een eerste, *prima facie*, schifting van toerekenbare en niet-toerekenbare schade. Voorts leveren zij voor het gros der gevallen een adequate standaardformulering ter motivering van het vonnis. De rechter kan het niet nader toegelichte verweer van gedaagde dat de redelijkheid zich verzet tegen toerekening van deze schade in de regel op bondige wijze verwerpen met de mededeling dat de schade het voorzienbare gevolg was van de door gedaagde gepleegde onrechtmatige daad.

Daar staat tegenover dat in een aantal gevallen de causale metaforiek (Is het verband niet te verwijderd om de schade nog als gevolg toe te rekenen?) de blik eerder vertroebelt, dan verheldert.

Een speelgoedfabrikant is zeer wel in staat te voorzien dat ouders onnoemelijk leed wordt berokkend als hun kind overlijdt, nadat het een vrij gemakkelijk los te peuteren oog van een speelgoedbeer heeft ingeslikt. Dit leed ligt, met andere woorden, ruimschoots binnen de normale lijn der verwachtingen. Het antwoord op de vraag of de ouders jegens de fabrikant aanspraak kunnen maken op vergoeding van hun 'affectieschade' wordt evenwel in het geheel niet bepaald door de voorzienbaarheid van deze schade. Bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 stond de wetgever afwijzend tegenover vergoeding van affectieschade. Dit standpunt werd toegelicht met een verwijzing naar 'de vrees voor commercialisering van verdriet'⁴². Thans, tien jaar later meent de Hoge Raad een kentering in de rechtsopvattingen te bespeuren.

41 Chr v Bar in het in noot 38 aangehaalde werk, p 473

42 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p 388 e v

Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoetkomt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om, in afwijking van het wettelijk stelsel, een vergoeding toe te kennen⁴³

In het debat over de (on)wenselijkheid van de vergoeding van affectieschade spelen 'voorzienbaarheid' en 'de normale lijn der verwachtingen' geen enkele rol. Hoe *waardeert* de samenleving het toekennen van smartengeld aan ouders die hun kind hebben verloren door een gebeurtenis waarvoor een ander verantwoordelijk is als 'commercialisering van verdriet' of als 'vorm van genoegdoening' die uiteraard het verlies in geen enkel opzicht kan goedmaken, maar toch van waarde is als erkenning van het ondervonden onrecht? Dit waardeoordeel vormt de spil van het debat over de toerekenbaarheid van affectieschade

De Duitse, Engelse en Nederlandse benaderingen via respectievelijk de Adaquanz-maatstaf de remoteness test en de toerekening van de schade als 'gevolg' van de onrechtmatige daad hebben alle drie gemeen dat zij het perspectief van de dader tot uitgangspunt nemen. Kan *hem* dit 'ganz unwahrscheinliche' gevolg 'billigerweise' nog worden 'zu gemutet'? Strookt het met onze 'current ideas of justice or morality' om de *actor* aansprakelijk te houden voor gevolgen die 'unforeseeable' zijn? Is het nog wel redelijk deze schade, die in een ver verwijderd verband staat tot de onrechtmatige daad, toe te rekenen aan de dader? De benadeelde komt niet in beeld, voor hem is de schade zeer nabij. Zij is bovendien veroorzaakt door een onrechtmatige daad van een ander. De ruimtelijke beeldspraak (too remote, te verwijderd verband) vertroebelt de blik door haar eenzijdigheid. Ook het perspectief van de benadeelde moet worden geopend: waarom is het redelijk en billijk dat hij de schade zelf draagt, ook al is zij veroorzaakt door een onrechtmatige daad van een ander? Er moet ruimte worden geschapen voor argumenten die los staan van de vraag

43 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240

of de schade, gelet op de afstand tot de onrechtmatige daad, nog wel kan worden aangemerkt als ‘gevolg’

A matter of policy?

Hoe moet deze ruimte worden gevuld? De Engelse rechter met de grootse continentale vermaardheid, Lord Denning, voorzag reeds in 1972 het afscheid van de *remoteness* test

The more I think about these cases, the more difficult I find it to put each into its proper pigeon-hole. Sometimes I say ‘There was no duty’ in others I say ‘The damage was too remote’ So much so that I think the time has come to discard those tests which have proved so elusive

Wat moet ervoor in de plaats komen?

It seems to me better to consider the particular relationship in hand, and see whether or not, as a matter of policy, economic loss should be recoverable, or not⁴⁴

A matter of policy? Recht als beleid? Veel rechters zullen terecht bezwaar maken tegen een rol als beleidsmedewerker. Het rechterlijk antwoord op de vraag of het redelijk en billijk is dat de benadeelde de schade zelf draagt, wordt altijd mede ingegeven door overwegingen van verevenende en verdelende rechtvaardigheid.

Tijdens een ongeoorloofde inhaalpoging botsen op de snelweg twee vrachtauto's. Zij kantelen. Een kilometerslange file is het gevolg. Tientallen vrachtauto's staan urenlang vast. Kunnen de benadeelde vervoerders hun stagnatieschade verhalen op de (werkgever van de) bestuurder die de verkeersfout maakte?⁴⁵ De schade ligt geheel binnen de normale lijn der verwachtingen. Ook strekt de overtreden norm (het ter plaatse geldende inhaalverbod voor vrachtauto's) ter bescherming van een onbelemmer-

44 *Spartan Steel v Martin & Co*, [1972] 3 All ER 557

45 Zie daarover A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer 1965, p. 284 e.v. en E. du Peron, *Een afgesloten weg*, Intercrede Amsterdam 2001, p. 34 e.v.

de doorstroming van het verkeer. Toch zijn er wel degelijk argumenten die ervoor pleiten de stagnatieschade voor rekening te laten van de benadeelde vervoerders. Daartoe behoort niet het argument dat Lord Denning in *Spartan Steel* gebruikte ter afwijzing van een vordering tot vergoeding van stagnatieschade, veroorzaakt door het uitvallen van de elektriciteitstoevoer 'This is a hazard which we all run'. Ook de kans om door een uit de bocht gevlogen auto te worden overreden is 'a hazard which we all run', maar dit is geen reden om de schade voor rekening te laten van het slachtoffer.

Een argument van verdelende rechtvaardigheid dat wèl pleit voor het onvergoed laten van de stagnatieschade van de vervoerders, is de overweging dat het gemotoriseerd verkeer *en bloc* verantwoordelijk is voor het steeds groeiende risico van filevorming. Is het redelijk en billijk iemand die een (geringe) verkeersfout maakte, te belasten met aansprakelijkheid voor een weliswaar voorzienbare, maar ook onafzienbare, reeks stagnatieschades, als de benadeelden alle behoren tot een groep die in belangrijke mate bijdraagt aan de groei van het risico van verkeersopstoppen?

Verdelende rechtvaardigheid en productenaansprakelijkheid

Dezer dagen overweegt een aantal Nederlandse vrouwen een geding aan te spannen tegen een producent van een nieuw anti-conceptiemiddel (een staafje dat onderhuids in de arm wordt geplaatst). Zij voeren aan dat dit middel gebrekkig is en dat zij ongewenst zwanger zijn geraakt. Op het spoor gezet door het *Wrongful Birth* arrest van de Hoge Raad⁴⁶, maken zij aanspraak op vergoeding van de opvoedingskosten van een kind (tot zijn achttiende jaar begroot op € 200.000). Een dergelijke vordering werd in dat arrest toegewezen, zij het dat het daar ging om een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) van een arts, en niet om een risico-aansprakelijkheid, zoals de productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW. Zouden de eiseres, en deze laatste regeling aan hun vordering ten grondslag leggen, dan krijgt de

46 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145

vraag of de opvoedingskosten aan de producent kunnen worden toegerekend Europese dimensies

Eerst moeten de eiseressen nog een andere drempel passeren Art 9 van de Richtlijn⁴⁷ (art 6 190 BW) bevat de eis dat de schade het gevolg is van lichamelijk letsel Kan zwangerschap worden aangemerkt als 'lichamelijk letsel'? Is het niet in strijd met de menselijke waardigheid van het kind om zijn prenatale verblijf in het lichaam van zijn moeder aan te merken als 'lichamelijk letsel'? Aan de andere kant zwangerschap vormt een ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit van de vrouw Als de vrouw ongewenst zwanger raakt, zijn er goede redenen om haar zwangerschap te bestempelen als 'lichamelijk letsel'

Is deze drempel eenmaal gepasseerd, dan rijst het probleem van de toerekening van de opvoedingskosten Als we hierbij het door Wissink aangereikte 'Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt voorzienbaarheid' te baat nemen, ligt de conclusie voor het grijpen de producent is gehouden de opvoedingskosten voor zijn rekening te nemen In alle Lid-Statens, inclusief Vaticaanstad, is immers voorzienbaar dat een falend anticonceptiemiddel dit soort kosten kan veroorzaken

Een andere benadering is echter zeer wel mogelijk Zij komt naar voren in de Engelse *Wrongful Birth* zaak, die betrekking had op *negligence* van een arts Niet voorzienbaarheid, maar verdelende rechtvaardigheid

In my view it is legitimate in the present case to take into account considerations of distributive justice

Anders dan Denning, is Lord Steyn beducht voor het verwijt dat hij aldus recht en beleid verwacht

That does not mean that I would decide the case on grounds of public policy
On the contrary, I would avoid those quick sands

Dan volgt de conclusie

47 PbFG 7 oktober 1985, nr 1 210/29

Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the costs of bringing up the child from a health authority or a doctor⁴⁸

Toegepast op de risico-aansprakelijkheid van farmaceutische bedrijven, komt dit argument neer op het volgende: Indien de opvoedingskosten in rekening worden gebracht aan de producenten, zullen zij die kosten doorberekenen in de prijs van de door hen op de markt gebrachte geneesmiddelen. Dit leidt uiteindelijk ertoe dat één ouderpaar wordt vrijgesteld van de financiering van de opvoeding van een van zijn kinderen en dat de gehele samenleving meebetaalt aan de opvoeding van dat gezonde kind. Andere ouders dienen die kosten voor eigen rekening te nemen, een flagrante schending van de verdelende rechtvaardigheid.

Wat er zij van de overtuigingskracht van dit argument, in ieder geval gaat het geheel voorbij aan het gezichtspunt 'voorzienbaarheid'. Evenmin gaat het in op de vraag of de opvoedingskosten nog wel kunnen worden aangemerkt als 'gevolg' van het falen van een anticonceptiemiddel.

De orde van het debat

Art. 6:98 BW vormt een goed uitgangspunt voor de agenda van het Europese debat over toerekening van schade. Twee wijzigingen moeten worden aangebracht. In de eerste plaats kunnen de woorden 'als een gevolg van deze gebeurtenis' worden geschrapt. In de tweede plaats dient een verwijzing naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid te worden toegevoegd. Dit om de rechter te behoeden voor de verleiding om in het voetspoor van Denning het toerekeningsproces op te vatten als louter *a matter of policy*. Zo zou hij bijvoorbeeld op de gedachte kunnen komen om de schade toe te rekenen aan de beste 'schadespreider', diegene van eiser en gedaagde, die in dit opzicht beschikt over de beste (verzekerings)papieren. De verwijzing naar de eisen van redelijkheid en billijkheid dwingt de rechter bij zijn richtlijnconforme oordeel over de toerekening van schade rekening te hou-

48 House of Lords 25 november 1999, *Macfarlane v Tayside Health Board* te vinden onder www.parliament.uk

den met algemeen erkende rechtsbeginselen⁴⁹ en de in Europa levende rechtsovertuigingen. Aldus de richtlijnconforme lezing van art 3 12 BW.

Een en ander leidt tot het volgende agendavoorstel

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, kan worden toegerekend

Dreigt door deze vage verwijzingen (aard van de aansprakelijkheid, aard van de schade) de orde van het debat niet uit de hand te lopen? Wat biedt art 6.98 BW méér dan een grabbelton?

Kenmerkend voor deze bepaling is haar uitgesproken *topische* structuur. Zij formuleert geen 'vereisten' voor toerekening, maar beperkt zich tot het aanwijzen van 'vindplaatsen van argumenten' (in de terminologie van de klassieke Topica: *sedes e quibus argumenta promuntur*)⁵⁰. Te verwaarlozen is de kans dat ooit een criterium wordt gevonden dat op Europese schaal dienst kan doen als *vereiste* voor toerekening (bijvoorbeeld voor toerekening is *vereist* dat de schade voorzienbaar was). De topiek van art 6.98 BW dwingt partijen en rechter tot rechts*vinding* in de ware zin des woords. De richtingwijzers 'aard van de aansprakelijkheid' en 'aard van de schade' markeren elk het begin van een spoor dat moet worden gevolgd totdat, gaandeweg, het punt is bereikt waarop voldoende argumenten zijn gevonden om de toerekeningsbeslissing te dragen. Als we, uitgaande van de aanwijzing 'aard van de aansprakelijkheid', vaststellen dat het in dit geval gaat om schuldaansprakelijkheid, bereiken wij vervolgens vrij snel het wereldwijd gedeelde gezichtspunt dat hoe zwaarder de schuld is, des te gemakkelijker het valt om de schade aan dader toe te rekenen:

49 Te zwaar aangezet is overigens de tegenstelling die Dworkin aanbrengt tussen *policy* en *principle*: 'judicial decisions in civil cases characteristically are and should be generated by principle not policy' R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London 1977, p. 84. Zie daarover J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis*, p. 43.

50 Cicero, *Topica* I, II, 7.

Eventually the idea took root that an intentional wrongdoer is not entitled to the benefit of the reasonable foreseeability test of remoteness () For more than 100 years at least English law has adopted a policy of imposing more extensive liability on intentional wrongdoers than on merely careless defendants⁵¹

Dit spoor vervolgende, zouden we tot de conclusie kunnen komen dat in geval van risico-aansprakelijkheid een nog beperktere toerekening op haar plaats is. In dat geval is het immers mogelijk dat de gedaagde zelfs niet 'merely careless' is geweest. In deze gedachte zouden we ons gesterkt kunnen voelen door een arrest van de Hoge Raad waarin wordt overwogen dat het uitzonderlijke karakter van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw voor zonder schuld veroorzaakte schade, een reden vormt om de toerekening te beperken tot de *typische* gevolgen van de instorting van het gebouw.⁵² Toch is dit niet het punt waarop het spoor eindigt. Aansprakelijkheden voor zonder schuld veroorzaakte schade zijn er in soorten en maten. De werkgever is, ook zonder dat hem enig verwijt treft, aansprakelijk voor de door een onrechtmatige daad van zijn werknemer veroorzaakte schade (art. 6:170 BW). Met betrekking tot deze *kwalitatieve* risico-aansprakelijkheid ontbreekt echter iedere reden om de toerekening te beperken. De werkgever is aansprakelijk in exact dezelfde omvang als zijn werknemer die de onrechtmatige daad heeft gepleegd.

Art. 6:98 BW is geen grabbelton, ook geen labyrint, het berust op de erkenning van het intrigerende woord van Paul Scholten: 'Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe.'⁵³

In de ogen van sommigen is deze voorstelling van zaken 'te romantisch': het 'Recht' vinden 'zoals men een parel vindt in een oester' (Lokin)⁵⁴. Deze pretentie heeft de *Topica* echter niet. Zij belooft geen parels, maar argumenten. Argumenten die, naar de begripsomschrijving van Cicero, 'zekerheid bieden in een onze-

51 House of Lords [1997] A.C. 280 *v. Smith New Court Ltd v Scrimgeour Vickers*, per Lord Steyn

52 HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509

53 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1974, p. 12

54 J.H.A. Lokin, *Tekst en Uitleg*, Groningen 1994, p. 26

kere zaak' (*ratio quae rei dubiae facit fidem*)⁵⁵ Die zekerheid is nimmer absoluut, ieder argument stuit op een tegenargument. Tegenover het argument dat het gerechtvaardigd is de toerekening te verruimen naarmate de schuldgraad toeneemt, staat een gedachte die ten grondslag ligt aan de equivalentieleer, en die eveneens beschikt over oude papieren: ook de lichtste schuld verplicht tot vergoeding van de (volledige) schade *in lege Aquila et levissima culpa venit*⁵⁶

Voor het Europese debat over toerekening van schade is een topische agenda van groot gewicht. Wegens het grensoverschrijdende karakter van de gevonden gezichtspunten kan veel eerder *common ground* worden bereikt, dan wanneer in één bepaald land geldende 'vercisten' tot inzet van het debat worden gemaakt. Het vereiste van een notariële akte voor levering van een omioerende zaak? What's a *notaris*?

Per slot van rekening

Toerekening van schade is als een stijdans: uitvoering van een tevoren vastgesteld stappenplan. Evenals bij de tango en de Engelse wals, is het van belang dat de partners weten hoe de ene stap zich verhoudt tot de andere. Onkunde op dit terrein leidt licht tot een gekneusde teen. Hoeveel ruimte is er nog, nadat de eerste stap is gezet? In welke richting gaat de tweede stap?

Bij de eerste stap, de vaststelling van *sine qua non* verband, komt het recht de gedaagde tegemoet. Voorkomen moet worden dat hij wordt veroordeeld tot het vergoeden van schade die hij niet heeft veroorzaakt. Variaties op de standaard uitvoering van de *sine qua non* stap, zoals proportionele aansprakelijkheid in geval van kansverlies en alternatieve causaliteit zijn *uitzonderingen* die deze regel bevestigen. Zij steunen op overwegingen van verdelende rechtvaardigheid.

Is de eerste stap eenmaal gezet en is de aanwezigheid van *sine qua non* verband in rechte geconstateerd, dan staat daarmee vast dat de eiser schade heeft geleden die zou zijn uitgebleven als de

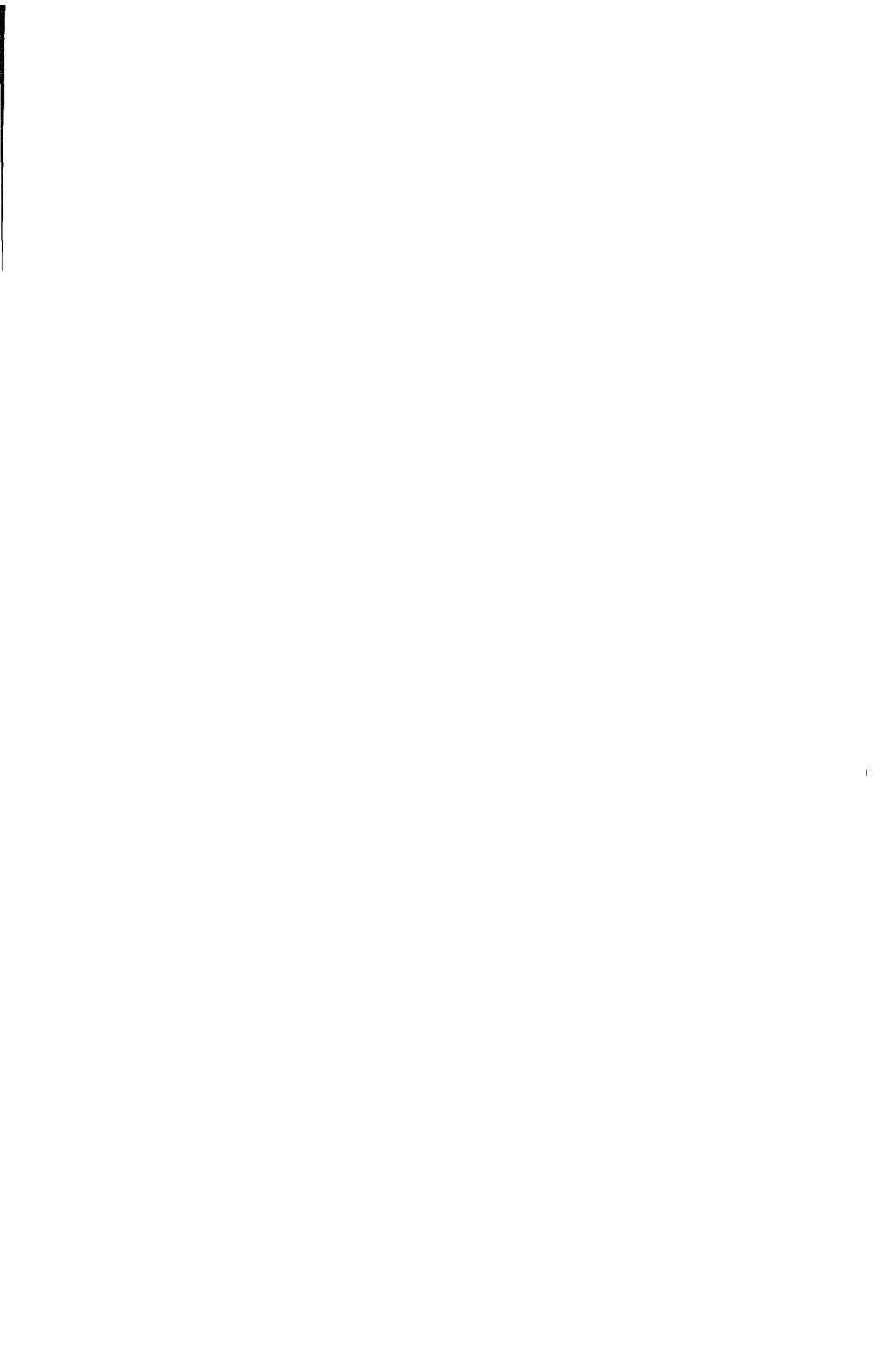
55 Cicero *Topica* I II 8

56 *Digesten*, 9 2, 44. Bij de *Lex Aquila* wordt ook de allerlichtste graad van schuld in aanmerking genomen. Vertaling J.E. Spruit c.s.

gedaagde geen onrechtmatige daad zou hebben gepleegd. Uitsluitend gezien uit het oogpunt van verevenende rechtvaardigheid, zouden we hier kunnen stoppen en kunnen besluiten tot aansprakelijkheid. Dit is, althans in theorie, het patroon gevolgd door de Belgische *quick step* de equivalentieer⁵⁷

De ruimte die na vaststelling van het *sine qua non* verband nog overblijft, wordt geheel bepaald door het volgende perspectief onder welke omstandigheden is het gerechtvaardigd een eiser, wiens schade is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van gedaagde, voor te houden dat hij de schade zelf moet dragen? Overwegingen van verdelende rechtvaardigheid spelen hier een hoofdrol: wie betaalt de opvoeding van een kind dat door het falen van een farmaceutisch product gezond en wel ter wereld is gekomen?

57 Zie voor manieren om aan het keurslijf van de equivalentieer te ontkomen, H. Bocken, Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek, TBBR 1988, p. 268 e.v.



Samenloop

Anspruchskonkurrenz, concurrence of remedies, non-cumul des responsabilités

A verbindt zich jegens B het schilderij De schaking van Europa te restaureren. Door onzorgvuldigheid van A raakt het schilderij onherstelbaar beschadigd.

Welke weg leidt naar vergoeding van de schade? In ieder geval is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW), maar de beschadiging van het schilderij vormt ook een inbreuk op het eigendomsrecht van B en daarmee een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Is B gehouden de contractuele route te volgen of kan hij vrijelijk kiezen welke weg hij zal inslaan?

Het antwoord op de vraag is van belang indien de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid verschillen. Niet het samenlopen, maar het uiteenlopen van beide aansprakelijkheden is het probleem. Op drie punten kunnen zij uiteengaan: wat betreft a) vestiging, b) omvang, en c) duur van de aansprakelijkheid kunnen de contractuele en buitencontractuele weg uiteenlopen.

Vestiging, stelplicht en bewijslast kunnen verschillen. Bij toepasselijkheid van art. 6:74 e.v. kan de schuldeiser volstaan met te stellen dat de door de schuldenaar geleverde prestatie achterblijft bij hetgeen partijen zijn overeengekomen. Om te ontkomen aan aansprakelijkheid is de schuldenaar vervolgens aan zet om aan te voeren dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Bij een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad is het daar-

entegen aan de benadeelde om aan te voeren dat aan de zijde van de gedaagde sprake was van een fout (een onrechtmatige daad die aan hem kan worden toegerekend)

Omvang, wet en rechtspraak beperken soms de omvang van hetzij de contractuele, hetzij de buitencontractuele aansprakelijkheid. Zo beperkt art. 8:1105 de (contractuele) aansprakelijkheid van de goederenvervoerder over de weg, en zo beperkt art. 6:190 BW de (buitencontractuele) productenaansprakelijkheid tot schade door dood of lichamelijk letsel en schade door het product toegebracht aan een andere zaak die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privé-sfeer is bestemd.

Duur, de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheden kunnen verschillen wat hun verjaringstermijn betreft. De vordering uit sleepovereenkomst verjaart door verloop van één jaar (art. 8:1711 BW), de vordering uit aanvaring verjaart door verloop van twee jaren (art. 8:1790 BW).

Kan de eiser vrijelijk de voor hem gunstigste route kiezen? Parijs, Karlsruhe, Londen, bericht uit drie steden.

De Cour de cassation is zoals gebruikelijk kort en bondig:

Les art. 1382 et s. sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat.¹

Een overzichtelijk systeem, de buitencontractuele weg is geblokkeerd als het gaat om een fout begaan bij de uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst. In de Franse rechtsliteratuur staat dit stelsel bekend als *non-cumul des responsabilités*.

Het Bundesgerichtshof kiest voor het stelsel van alternativiteit, aan eiser de keuze.

Zwischen dem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung und dem aus unerlaubter Handlung besteht eine echte Anspruchskonkurrenz mit der Folge, dass jeder Anspruch der ihm eigenen gesetzlichen Regelung folgt und es dem Geschädigten grundsätzlich freisteht, auf welche Anspruchsgrundlage er seine Forderung stützen will. Er ist insbesondere nicht gehindert, auf die Haftung aus unerlaubter Handlung zurückzugreifen, wenn vertragliche An-

1 Art. 1383 en volgende blijven buiten toepassing wanneer het gaat om een fout begaan bij de uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst. Cour de cassation 11 januari 1922, DP 1922 1 16.

spruche – etwa wegen eingetretener Verjährung oder einer nur sie erfassenden Haftungsfreizeichnung – nicht mehr bestehen²

De House of Lords volgt het Duitse voorbeeld bij monde van Lord Goff

It comes therefore as no surprise to learn that the French doctrine is not followed in all civil law jurisdictions, and that concurrent remedies in tort and contract are permitted in other civil law countries, notably Germany I only pause to observe that it appears to be accepted that no perceptible harm has come to the German system from admitting concurrent claims

Dan volgt de Engelse samenloopregel.

An assumption of responsibility coupled with the concomitant reliance may give rise to a tortious duty of care irrespective of whether there is a contractual relationship between the parties, and in consequence, unless his contract precludes him from doing so, the plaintiff, who has available to him concurrent remedies in contract and tort, may choose that remedy which appears to him to be the most advantageous

Goff voegt eraan toe

The result may be untidy, but, given that the tortious duty is imposed by the general law, and the contractual duty is attributable to the will of the parties, I do not find it objectionable that the claimant may be entitled to take advantage of the remedy which is most advantageous to him, subject only to ascertaining whether the tortious duty is so inconsistent with the applicable contract that, in accordance with ordinary principle, the parties

- 2 Tussen de schadevergoedingsvordering uit contractbreuk en die uit onrechtmatige daad bestaat een echte samenloop van vorderingsrechten met het gevolg dat elk vorderingsrecht zijn eigen wettelijke regeling volgt en het de benadeelde principieel vrijstaat te kiezen op welke grondslag hij zijn vordering wil baseren. Het is voor hem in het bijzonder niet onmogelijk terug te grijpen op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, wanneer contractuele vorderingsrechten niet meer bestaan, bijvoorbeeld wegens een voltooide verjaring of een aansprakelijkheidsuitsluiting die slechts betrekking heeft op het contractuele vorderingsrecht. BGH 24 november 1976, BGHZ 67, p. 362 e.v.

must be taken to have agreed that the tortious remedy is to be limited or excluded³

Vóór en tegen van de verschillende stelsels

Alvorens te bezien hoe de koers die het Nederlandse recht aanhoudt, zich verhoudt tot enerzijds Parijs en anderzijds Karlsruhe en Londen, is het goed na te gaan welke argumenten kunnen worden aangevoerd ten gunste en ten nadele van elk van beide stelsels

Voor het Franse stelsel van *non-cumul* pleit naast zijn eenvoud en overzichtelijkheid, het beginsel van contractsvrijheid, partijautonomie en *pacta sunt servanda*. Partijen zijn vrij om al dan niet te kiezen voor het afsluiten van een sleepovereenkomst. Is de overeenkomst eenmaal gesloten, dan hoort daarbij de regel dat vorderingen verjaren door verloop van één jaar. Is het dan niet onredelijk om toe te staan dat een partij zich ontrekt aan het door haar vrijwillig overeengekomen regime door langs een buitencontractuele sluiproute na anderhalf jaar nog een vordering in te stellen tegen haar wederpartij?

Ook in ons land ontbreekt het niet aan voorstanders van het Franse stelsel. Voor allen één

Een redelijke toepassing van de wet en de daaraan ten grondslag liggende systemen brengt dan ook mee, dat, waar een bepaald rechtsfeit door contractuele aansprakelijkheidsnormen wordt geregeld, de toepasselijkheid van artikel 1401 (thans art. 6:162) of een andere bepaling, die buiten-contractuele aansprakelijkheid regelt mocht worden ontkend⁴.

Ten gunste van het in Duitsland en Engeland geldende stelsel van alternativiteit kan worden aangevoerd dat de kern van het burgerlijk recht erin is gelegen dat het burgers rechten toekent. Voor het geval de schuldenaar mocht tekortschieten in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen, verleent het Burgerlijk Wetboek de schuldeiser een aantal rechten: nakoming, schadevergoe-

3 *Henderson v Merritt Syndicates Ltd*, House of Lords 25 juli 1994, [1994] 3 All ER p 532 e v

4 C. A. Boukema, *Civielrechtelijke Samenloop*, Zwolle 1966, p. 121 e v

ding, ontbinding Sommige van deze rechten kan de schuldeiser *cumuleren* nakoming en schadevergoeding, ontbinding en schadevergoeding bijvoorbeeld Wanneer twee rechten zich niet lenen voor cumulatie, mag de schuldeiser kiezen (alternativiteit) De schuldeiser kan niet zowel nakoming als ontbinding vorderen, maar hij is wel bevoegd zelf te bepalen welke van beide vorderingen hij instelt

Het burgerlijk recht kent ook verschillende wegen die leiden naar vergoeding van schade die door een ander is veroorzaakt, naast contractuele ook buitencontractuele wegen De benadeelde mag deze mogelijkheden uiteraard niet cumuleren, aldus dat zijn schade dubbel wordt vergoed Maar ontnemen we de benadeelde niet een recht dat de wet hem uitdrukkelijk toekent, als wij de buitencontractuele weg zouden afsluiten?

Op beide argumentaties valt het een en ander af te dingen Tegen de wijze waarop in Frankrijk het stelsel van *non-cumul* wordt verdedigd, kan worden ingebracht dat zo het beginsel van partij-autonomie wel erg zwaar wordt aangezet Waarom zouden partijen, door het sluiten van een overeenkomst, de rest van het recht, en met name het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, buiten spel hebben gezet?

De eigenaar van een paard sluit met een dierenarts een behandelingsovereenkomst Bij zijn poging het paard in te enten krijgt de dierenarts een trap van het paard Het Hof overwoog

Ook waar tussen partijen een (behandelings)overeenkomst bestaat, is de bezitter van een dier in beginsel aansprakelijk voor schade die door onberekenbaar gedrag van het dier aan de wederpartij wordt toegebracht, tenzij partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend anders zijn overeengekomen

De tegen dit oordeel gericht cassatieklacht werd door de Hoge Raad verworpen ⁵

Bezwaar van het in Duitsland en Engeland gehanteerde systeem, waarin het de eiser vrijstaat de voor hem gunstigste weg te kiezen, is zijn eenzijdigheid De voor eiser gunstigste weg is voor gedaagde noodzakelijkerwijs de ongunstigste Waarom niet een keuzerecht voor gedaagde, de bevoegdheid om te beoordelen van zijn aansprakelijkheid de voor hem minst bezwarende

5 HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 Donkers/Scholten

maatstaf te kiezen? Kern van het burgerlijk recht is niet zozeer het verlenen van *rechten*, als wel het bepalen van *rechtsverhoudingen*. Dit vergt een evenwichtzoekende benadering van het samenloopprobleem.

Welke koers volgt het Nederlandse recht?

Het sleepschip *Bertha* (eigenaar. Nefkens) wordt op grond van een tussen partijen gesloten sleepovereenkomst op een korte draad gesleept door sleepboot *Revenir* (eigenaar. Meinen). Tijdens de uitvoering van de sleepovereenkomst vindt een aanvaring plaats. Nefkens vordert van Meinen vergoeding van de schade. Meinen beroept zich op de voor vorderingen uit sleepovereenkomst geldende verjaring van één jaar. Nefkens voert aan dat hij zijn vordering grondt op aanvaring en dat daarvoor een verjaringstermijn geldt van twee jaar. De Hoge Raad:

Indien iemand op grond van zekere feiten zowel ter zake van aanvaring als uit hoofde van een door hem gesloten sleepovereenkomst aansprakelijk kan worden gesteld, mag de wederpartij kiezen op welk van beide aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen.

De Hoge Raad voegt eraan toe dat dit slechts anders zou zijn, indien de wet de exclusieve toepasselijkheid van één van beide aansprakelijkheden zou voorschrijven of onvermijdelijk zou meebrengen.⁶ Zo werd bijvoorbeeld uit de strekking van art. 7A.1790 BW exclusieve toepasselijkheid van de aansprakelijkheid uit bruikleenovereenkomst afgeleid.

Tijdens werkzaamheden aan de dakgoot van een woonhuis breekt plotseling, ten gevolge van een gebrek, de ladder Bos, de loodgieter die de werkzaamheden uitvoerde, tuimelt enige meters omlaag en breekt beide benen. Bos had de ladder geleend van Althuisius sr., de vader van de opdrachtgever. Althuisius sr. was niet op de hoogte van het gebrek in de ladder. Ter afwering van de door Bos ingestelde vordering uit onrechtmatige daad beroepen de erven van de inmiddels overleden Althuisius sr. zich op art. 7.1790 BW, inhoudende dat de uitlener slechts aansprakelijk is, indien hij de gebreken heeft gekend en daarvan aan de gebruiker geen kennis heeft gegeven.

6 HR 6 maart 1959, NJ 1959, 349, *Bertha/Revenir*.

In drie instanties zegeviert het verweer van de erven De Hoge Raad

De strekking van het bepaalde in art 1790 brengt mee dat () die bepaling hier bij uitsluiting van toepassing is Art 1790 strekt immers ertoe de uitleener die een zaak om niet aan een ander ten gebruike geeft, alleen aansprakelijk te houden voor de schadelijke gevolgen van een gebrek van de zaak, indien hij dat gebrek kende maar de gebruiker van het bestaan ervan niet in kennis heeft gesteld Die strekking verzet zich tegen de toepasselijkheid van de bepalingen ter zake van onrechtmatige daad, voor zover deze uitgaan van een verdergaande aansprakelijkheid voor gebreken van een zaak

Exclusiviteit is uitzondering, zo lijkt uit het arrest Bertha/Revenir te volgen, en hoofdregel het stelsel van alternativiteit. Eiser mag 'kiezen op welk van beide aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen', een en ander geheel in overeenstemming met de in het Duitse en Engelse recht gevolgde lijn

Gemengde techniek

Inwerkingtreding van Boek 8 van het Burgelijk Wetboek heeft op de door dit boek bestreken terreinen (verkeersmiddelen en vervoer) geleid tot een belangrijke koerswijziging. Daardoor is het Nederlandse stelsel van samenlopende aansprakelijkheden, althans voor een deel, in Frans vaarwater terechtgekomen Bertha/Revenir zou thans anders worden beslist.

Vitesse heeft zich jegens Van Gend & Loos verbonden tot vervoer van een container met sloffen sigaretten en deze op maandag 1 oktober op het terrein van Van Gend & Loos af te leveren Op vrijdag 28 september heeft Vitesse de container weggehaald uit de Waalhaven en naar haar eigen terrein gebracht tenende deze op maandag verder te vervoeren In de nacht van zaterdag op zondag wordt de container gestolen Een deel van de lading sigaretten is later teruggevonden Van Gend & Loos vordert schadevergoeding (betaalde invoerrechten, omzetbelasting, tpgeld), primair uit onrechtmatige daad, subsidiair uit wanprestatie De contractuele weg leidt in dit geval tot een in omvang beperkte aansprakelijkheid (slechts de waarde die de ten vervoer ontvangen zaken zouden hebben gehad indien zij op maandag 1 oktober te bestemden

plaatsen zouden zijn afgeleverd, art 8 1103 BW) De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is niet aan deze beperking onderworpen

Rechtbank en Hof hebben de vordering, voorzover gegrond op onrechtmatige daad, afgewezen. Het Hof heeft daartoe overwogen dat het duidelijk is dat Vitesse, wanneer haar geen vervoeropdracht was verstrekt, de container nimmer op 28 september zou hebben weggehaald en dit weghalen derhalve plaatsvond in het kader van de tussen partijen gesloten vervoerovereenkomst en daarvan niet los kan worden gemaakt. Het Hof verbond daaraan de conclusie dat de Rechtbank terecht had geoordeeld dat slechts een vordering uit wanprestatie in aanmerking kwam.

De Hoge Raad oordeelde een hiertegen gerichte klacht,

in zoverre juist dat de feiten waarvan in cassatie moet worden uitgegaan, te weten het zonder uitdrukkelijke opdracht ophalen door Vitesse van de container op vrijdag en het opslaan van die container in het week-einde op haar eigen onvoldoende bewaakte terrein, terwijl zij wist dat de inhoud diefstalgevoelig was, ook onafhankelijk van schending van haar verplichting uit de vervoerovereenkomst als onrechtmatig handelen van Vitesse is aan te merken.⁷

We stuiten hier op een lastig punt. Niet iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst is tevens een onrechtmatige daad. Wie nalaat een op grond van een overeenkomst van geldlening verschuldigd bedrag te betalen, pleegt, gezien het systeem van het Burgerlijk Wetboek, wel wanprestatie, maar geen onrechtmatige daad. Om te bepalen wanneer een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tevens een onrechtmatige daad oplevert, hanteert de Hoge Raad, zoals ook blijkt uit de zojuist geciteerde overweging, als maatstaf of de handelwijze van gedaagde onrechtmatig is 'onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen'.⁸

Lagere rechters, zoals ook het Hof in deze zaak, vatten deze maatstaf soms op als aansporing om de totstandkoming van de overeenkomst als feitelijke gebeurtenis 'weg te denken' (als Vitesse en Van Gend & Loos geen vervoerovereenkomst zouden heb-

7 HR 6 april 1990, NJ 1991, 689, Van Gend & Loos/Vitesse

8 HR 9 december 1955, NJ 1956, 157

ben gesloten, zou Vitesse de container niet hebben weggehaald) Vervolgens wordt dan aan de omstandigheid dat in dat geval de schade niet zou zijn ingetreden, de conclusie verbonden dat slechts sprake is van wanprestatie, en niet van een onrechtmatige daad Deze gang van zaken is niet juist Als A zich niet contractueel verbonden zou hebben het schilderij van B te restaureren, zou het schilderij niet zijn beschadigd, maar dit laat onverlet dat het beschadigen van andermans schilderij onrechtmatig is 'onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen'

Toch leidde een en ander niet tot vernietiging van 's Hofs arrest De Hoge Raad verwees naar het op 1 april 1991 in werking getreden nieuwe vervoerrecht Daarin is gekozen voor een nieuwe benadering van het samenloopprobleem, te weten,

het stelsel dat de vervoerder de bepalingen van de daar bedoelde overeenkomsten mag tegenwerpen aan hen die uit anderen hoofde dan uit overeenkomst tegen de vervoerder ageren ter zake van schade die zich bij het vervoer voordoet

De Hoge Raad heeft hier het oog op de wijze waarop in Boek 8 wordt omgegaan met hetgeen bekend staat als 'parallelsprong' (wegens de beperkingen verbonden aan de contractuele weg, volgt eiser het naastgelegen brede pad van de onrechtmatige daad) Anders dan in Franse stelsel van *non-cumul*, wordt de buitencontractuele route niet afgesloten, maar krijgt de gedaagde de bevoegdheid daarop dezelfde hindermissen te plaatsen als die welke hij had mogen opwerpen, indien de contractuele weg zou zijn gevolgd Zie art 8:362 BW

Indien een partij bij een exploitatie-overeenkomst door haar wederpartij daarbij terzake van een bij de exploitatie van het schip ontstane schade buiten overeenkomst wordt aangesproken, dan is zij jegens die wederpartij niet verder aansprakelijk dan zij dit zou zijn op grond van de door hen gesloten overeenkomst

Ingevolge art 8:1081 BW is deze bepaling van overeenkomstige toepassing op de exploitatie van een voertuig

Van Gend & Loos mocht haar vordering vervolgen op de voet van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar Vitesse bleef bevoegd tot het inroepen van de beperkingen verbonden aan de

contractuele aansprakelijkheid (geen vergoeding van belasting-schade en tipgeld)

Ook de eigenaar van de Bertha zou onder huidig recht nog steeds bevoegd blijven om te kiezen voor een buitencontractuele grondslag voor zijn vordering, maar indien hij dat niet binnen een termijn van één jaar zou doen, zou hij in die vordering niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat de eigenaar van de Reve-nir zich thans mag beroepen op de verjaring van één jaar, geldend voor de vordering uit sleepovereenkomst.

Wat is het resultaat van deze ‘gemengde techniek’? Het Franse stelsel van *non-cumul* en het Duitse en Engelse stelsel van alternativiteit, hebben één ding gemeen: zij strekken beide ertoe één van beide aansprakelijkheden buiten beeld te draaien. Het Franse stelsel bereikt dit door de buitencontractuele weg af te sluiten, zodra het gaat om schade veroorzaakt bij de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. In het Duitse en Engelse stelsel van alternativiteit verdwijnt de andere aansprakelijkheid uit het beeld, zodra eiser heeft gekozen voor die aansprakelijkheid die hem het voordeligst toeschijnt (*the remedy which appears to him to be the most advantageous*).

Het stelsel van art. 8.362 BW blijft in zoverre gelijk met het stelsel van alternativiteit dat eiser nog steeds bevoegd is te kiezen voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als grondslag voor het processuele debat, inclusief de daarbij behorende stelplicht en bewijslast. Gedaagde is daartegenover bevoegd de aansprakelijkheid wat haar omvang en duur betreft terug te brengen tot contractuele proporties; in zoverre komt het in Boek 8 gevolgd systeem dicht in de buurt van het Franse stelsel.

Buiten het vervoerrecht blijft ‘ongemengde’ alternativiteit uitgangspunt van het Nederlandse recht, zoals recent nog werd onderstreept in een arrest waarin de Hoge Raad gewag maakt van

het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren.⁹

9 HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 103, Bramer/Hofman

Dit oordeel loopt geheel in de pas met de 'echte Anspruchskurrenz' van het Duitse, en de 'concurrence of remedies' van het Engelse recht.

Suggesties voor voortgezette studie

Rechtsvergelijkend

- C C van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag 2000, p 1-160
- Christian v Bar, Gemeineuropaisches Deliktsrecht, I en II, Munchen 1996 en 1999
- Gert Bruggemeier, Prinzipien des Haftungsrecht, eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999
- Walter van Gerven e a , Tort Law, Cases, Materials and Text, Oxford 2000

Frans recht

- Geneviève Viney et Patrice Jourdan, Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité, Paris 1998

Duits recht

- Erwin Deutsch und Hans-Jurgen Ahrens, Deliktsrecht, Koln 2002
- Hein Kotz und Gerhard Wagner, Deliktsrecht, Neuwied 2001

Engels recht

- Tony Weir, Tort Law, Oxford 2002
- WVH Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, London 2002

Jurisprudentieregister

Nederland

HR 19 juni 1911	W 9203	Hoornse taart	60
HR 31 januari 1919	NJ 1919, 161	Lindenbaum/Cohen	5, 18
HR 25 mei 1928	NJ 1928, 1688		21
HR 4 november 1955	NJ 1956, 1	London/Huggen	48
HR 9 december 1955	NJ 1956, 157	Boogaard/Vesta	92
HR 6 maart 1959	NJ 1959, 349	Bertha/Revenir	90
HR 2 februari 1973	NJ 1973, 315	Jumbo	33
HR 13 juni 1975	NJ 1975, 509	Amercentrale	81
HR 8 februari 1985	NJ 1986, 137	Renteneurose	50
HR 30 juni 1989	NJ 1990, 652	Halcion	36
HR 6 april 1990	NJ 1991, 689	Van Gend & Loos/Vitesse	92
HR 1 juni 1990	NJ 1991, 720	Ingrid Kolkman	32
HR 31 mei 1991	NJ 1991, 721	Marbeth van Utrecht	32
HR 9 oktober 1992	NJ 1994, 535	DES	3, 53, 65
HR 15 april 1994	NJ 1994, 608	Valkenhorst	6
HR 30 september 1994	NJ 1996, 199	Van den Brink/Staat	20
HR 6 januari 1995	NJ 1995, 422	Parool/v.G	9
HR 21 februari 1997	NJ 1999, 145	Wrongful birth	77
HR 24 oktober 1997	NJ 1998, 257	Bajjings/Mr. H.	60
HR 7 november 1997	NJ 1998, 364	Groskamp/Staat	51
HR 27 april 2001	NJ 2002, 54	Donkers/Scholten	89
HR 16 november 2001	NJ 2002, 469	Varkensmest	10
HR 22 februari 2002	NJ 2002, 240	Taxibus	75
HR 14 juni 2002	RvdW 2002, 103	Bramer/Hofman	94

Belgie

Hof van Cassatie 19 januari 1984	R G A R 1986, nr 11 084	58
Hof van Cassatie 24 december 1970	R W 1970-71, 1469	31

Duitsland

BGH 23 oktober 1951	BGHZ 3, p 267	48-49
BGH 12 december 1962	BGHZ 38, 391, 395	25
BGH 24 november 1976	BGHZ 67, p 362 e v	87
BGH 27 januari 1981	BGHZ 79, p 262	28
BGH 12 november 1991	BGHZ 116, 65	38
BGH 12 oktober 1993	NJW 1994, p 124 e v	6
OLG Dusseldorf 29 no- vember 1996	NJW 1997, p 2333 e v	35

Frankrijk

Cour de cassation 11 januari 1922	D P 1922 1 16	86
Cour de cassation 13 februari 1930	D 1930, 1 57	30
Cour de cassation 27 maart 1973	D 1973, p 595	56

Verenigd Koninkrijk

Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons (a firm)	[1995]4 All ER 907	62
Barnett v Chelsea & Kensington Hospital	[1968]1 All E R 1068	55
Blyth v Birmingham Waterworks	[1856]11 Ex 781, 784	16
Cameron v Hamilton's Auction Marts Ltd	S L T 1955, p 74	72

Donoghue v Stevenson	[1932]A C 562, 580	2, 16
Faulchild v Glenhaven Funeral Services Ltd	[2002]3 WLR 89 HL	69
Gorris v Scott	[1874]L R 9 Exch 125	21
Henderson v Merrett Syndicates Ltd	[1994]3 All ER, p 524	12, 88
Hotson v East Berkshire Area Health Authority	[1987]AC 750	62
Macfarlane v Tayside Health Board	[1999]4 All ER 961	79
Rylands v Fletcher	[1868]L R 3 H L 330	29
Smith New Court Ltd v Scrimgeour Vickers	[1997]A C 280 e v	81
Spartan Steel v Martin & Co	[1972]3 All ER 557	76

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ 14 juli 1967	Jurispr 1967, p 315	Kampffmeyer I	22
HvJ 4 oktober 1979	Jurisp 1979, p 3117	Dumortier Frères	70
HvJ 49/79	Jurispr 1980, p 569	Pool	3
HvJ Zaak C-308/87	Jurispr 1990, I, p 1203	Grifoni	1
HvJ 29 mei 1997, nr C-300/95	NJ 1998, 522	Commissie/Verenigd Koninkrijk	40

Trefwoordenregister

- Aanvaring 86, 90
Adequate veroorzaking 50
Adequatietheorie 71
Affectieschade 74-75
Algemeen persoonlijkheidsrecht 6-8
Alternatieve causaliteit 54-55, 64-65, 69, 82
Alternative design test 35, 37
Alternativiteit 86, 88-89, 91, 94
- Baby bottle syndrom 38
Breach of statutory duty 21
- Conditio sine qua non 46-48, 53, 70
Consumer expectation test 35-36
- Égalité devant les charges publiques 11
Eigendomsrecht 9
Einzelfallgerechtigket 17
Equivalentieleer 47, 82-83
- Fabricagegebreken 35
Faute 11, 17
First party insurance 42
Foreseeability rule 53
Fout 27-28, 31, 33, 86
- Gefährdungshaftung 27-28
Generalklausel 13-14, 17, 24, 31

Honeste vivere 13

Inbreuk op een recht 5, 9, 14, 22, 26
Informatiegebreken 35, 37

Leer Smits 20, 26
Loi Badinter 32, 41-42

Marktaandeelaansprakelijkheid 66-67
Milieuschade 43

Negligence 16, 21-22, 41, 52, 55, 78
Neminem laedere 2-3
NESS-test 46
No fault liability 27
Non-cumul des responsabilités 86
Normale lijn der verwachtingen 74-76

Ontwerpgebreken 35
Ontwikkelingsrisico 39

Parallelsprong 93
Productenaansprakelijkheid 33, 65, 77
Proportionele aansprakelijkheid 61, 63

Reasonable man 16, 22, 53
Recht am Gewerbebetrieb 24-25
Relativité aquilienne 22
Remoteness test 75-76
Responsabilité sans faute 27
Risiko-aansprakelijkheid 27, 29, 37, 81
Risicoaansprakelijkheid 19
Risk-benefit test 35-37

Schadevergoedingsneurose 45, 50, 73
Situatie-ethiek 17
Sleepovereenkomst 86, 88, 90, 94
Smartengeld 75
Suum cuique tribuere 13, 26

Third party insurance 42
Toerekening naar redelijkheid 70
Topica 80-81

Varkensrechten 9-10
Verdelende rechtvaardigheid 67-68, 76-77, 79, 83
Verevenende rechtvaardigheid 67, 83
Verkeersverzekering 42
Verkehrssicherungspflicht 16-17
Verlies van een kans 55, 57-58
Voorzienbaarheid 74-75, 79
Vrijheid van meningsuiting 8

Dit boek plaatst het Nederlands aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief. Het vizier wordt gericht op de vier hoekstenen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Wat zijn in constructief opzicht de overeenkomsten en verschillen tussen onrechtmatige daden, *délits*, *unerlaubte Handlungen* en *torts*? Wat is het beste aanknopingspunt voor risico-aansprakelijkheid: gebrekkige zaken of gevaarlijke activiteiten? Hoe kan de omvang van de aansprakelijkheid binnen redelijke grenzen worden gehouden? Kan vrijelijk worden gekozen tussen de contractuele, dan wel de buitencontractuele weg naar schadevergoeding?

ISBN 90-13-00495-4
NUR 822-206



9 789013 004953