

Strict Liability and the Aims of Tort Law

Bespreking van het proefschrift van mr. A.D. On

*Prof. mr. E.R. de Jong**

1 Inleiding

Een proefschriftonderzoek doen naar *strict liability* getuigt om verschillende redenen van ambitie. Er zijn al boekenkasten over volgeschreven door toonaangevende rechtswetenschappers en internationale samenwerkingsverbanden. Strict liability is in het verleden bijvoorbeeld een welkom onderwerp geweest in verschillende Europese rechtsvergelijkende projecten.¹ Het is nog niet zo gemakkelijk om aan die discussie iets vernieuwends en origineels toe te voegen. Daarnaast is het een rechtsfiguur dat in verschillende rechtssystemen uiteenlopende verschijningsvormen kent.² Strict liability is een diffuus begrip.

Daniel On (Universiteit Maastricht) ging desalniettemin de uitdaging aan, en met succes! Hij schreef een fraai rechtsvergelijkend juridisch-dogmatisch proefschrift,³ getiteld *Strict liability and the Aims of Tort Law: A Doctrinal, Comparative, and Normative Study of Strict liability Regimes*. Op 1 december 2020 verdedigde hij het proefschrift en werd hem het doctoraat verleend met het *judicium Cum Laude*. Zijn rechtsvergelijkende analyse is gefundeerd op rechtshistorische en rechtsfilosofische (in het bijzonder de filosofie van Aristoteles) inzichten. Daarmee geeft het proefschrift niet alleen overtuigend inzicht in het concept *strict liability*, maar ook in hoe dat rechtsfiguur zich verhoudt tot de fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht. Ten slotte, en zeker niet onbelangrijk, leest het proefschrift gemakkelijk weg en bij vlagen vergeet men dat men een proefschrift aan het lezen is. Zo bevat het

proefschrift een toegankelijke beschrijving van de geschiedenis van het Franse en Engelse recht, hetgeen belangrijke informatie verschaft om de verschillen tussen het bestudeerde Franse en Engelse recht te begrijpen. Ook het hoofdstuk over de filosofie van Aristoteles, wat toch best wel taaie kost kan zijn, leest goed weg. Dit alles heeft als consequentie dat de lezer zonder al te veel moeite wordt meegenomen in de verschillende lagen die On in zijn analyse aanbrengt. Ik heb getracht hieronder die lagen bloot te leggen. Degene die verheldering nodig heeft, wordt aangeraden het proefschrift van On te bestuderen. Overigens: dat wordt eenieder van harte aangeraden.

2 Een zoektocht naar de kern van strict liability

In essentie draait het proefschrift om één vraag: wat is (de kern van) *strict liability*? Het antwoord op die vraag is nog niet zo gemakkelijk gegeven. Hoewel het proefschrift van On in het Engels is geschreven en niet ziet op het Nederlandse recht, kan de onduidelijkheid over het concept goed worden geïllustreerd aan de hand van het Nederlandse recht (dat met de invoering van het huidige BW minder terughoudend is geworden met risicoaansprakelijkheden).⁴ Een duidelijk equivalent van de term *strict liability* is in het Nederlands niet voorhanden. De letterlijke vertaling, strikte aansprakelijkheid, pleegt men hier ter lande niet te gebruiken. Meer in de buurt komt de term risicoaansprakelijkheid (een term die zijn oorsprong heeft in de Franse *théorie du risque*).⁵ In deze definitie ligt de nadruk op de afwezigheid van fout (of: onrechtmatig) *gedrag* als constitutief element voor het vestigen van aansprakelijkheid. Sommigen geven de voorkeur aan een andere, typisch Nederlandse, term: kwalitatieve aansprakelijkheid.⁶ In deze definitie ligt de nadruk op de hoedanigheid van de partij waarop de aansprakelijkheid rust. Men is in, én vanwege, een bepaalde hoedanigheid aansprakelijk. Denk aan de producent voor een ge-

* Prof. mr. E.R. de Jong is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht en raadshoer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

1 Zie onder meer European Group on Tort Law, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague: Kluwer Law International 2002; F. Werro & V.V. Palmers (red.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Durham: Bruylant/Steampfli/Carolina Academic Press 2004. Zie voor een Nederlandse bespreking van het werk van de European Group on Tort Law: W.H. van Boom, *Principles of European Tort Law*: art. 5:101-102 – *strict liability*, *AV&S* 2008, afl. 2, p. 3-14.

2 Zo stelt On zelf ook vast, zie A.D. On, *Strict liability and the Aims of Tort Law: A Doctrinal, Comparative, and Normative Study of Strict liability Regimes* (diss. Maastricht), 2020, p. 7.

3 Het is goed om te zien dat tussen al het Empirical Legal Studies-geweld een dergelijk fundamenteel-dogmatisch proefschrift het licht ziet.

4 Voor het oude recht zie art. 1403-1405 OWB.

5 Zie bijv. J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 26 en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 155 e.v., die spreekt over risicoaansprakelijkheden in enge en ruime zin. Zie voor veel meer verwijzingen naar internationale literatuur On 2020, p. 150, voetnoot 4.

6 Zie A.L.M. Keirse, Hoofdstuk 3 Kwalitatieve aansprakelijkheid (afdeling 6.3.2.), in: T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 85.

brekkelig product of de ouder voor de handelingen van minderjarige kinderen. Het BW zelf spreekt in de titel van afdeling 6.3.2 van aansprakelijkheid voor personen en zaken. In de parlementaire geschiedenis van die afdeling ziet men vaak de term risicoaansprakelijkheid terugkomen.

Ofschoon er verschillende definities mogelijk zijn, zal men gevraagd naar uitwerkingen van risicoaansprakelijkheden of kwalitatieve aansprakelijkheden op dezelfde wetsartikelen in het BW wijzen. Zo vindt men in Boek 6 de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen (art. 6:169 BW),⁷ werkgeversaansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 6:170 BW), aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (art. 6:173 BW), gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW) en gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW), aansprakelijkheid van de exploitant van een stortplaats (art. 6:176 BW) en mijnbouw (art. 6:177 BW), en aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW) en gebrekkige producten (art. 6:185 BW).

Het hierboven beschrevene illustreert dat we, ook in Nederland, geen overeenstemming hebben over de kern van het concept. Deze onduidelijkheid is ook de aanleiding voor het proefschriftonderzoek van On. Hij stelt dat er in de internationale literatuur verschillende definities zijn aangedragen, maar dat geen daarvan overtuigt. Ze raken niet de kern van het leerstuk, sluiten niet aan bij de realiteit, of ze zijn te veel of juist te weinig omvattend. Ik licht drie beschrijvingen eruit die veelvoorkomend zijn, maar die, aldus On,⁸ niet de kern van het concept strict liability raken.

Een: strict liability is aansprakelijkheid gefundeerd op alleen causaliteit. Ofwel, we spreken van strict liability wanneer voor de vestiging van aansprakelijkheid alleen de aanwezigheid van een causaal verband vereist is. Hoewel zo'n aansprakelijkheid inderdaad een strict liability is, raakt het niet de kern van het concept strict liability, al was het maar omdat geen enkel systeem zo'n aansprakelijkheidsregeling kent. Er zijn altijd meer vereisten waaraan moet worden voldaan om te komen tot aansprakelijkheid. De vraag is dan: wat is de kern van die aanvullende vereisten? De tweede beschrijving geeft wellicht een antwoord op die vraag.

Twee: strict liability zijn alle aansprakelijkheden die geen schuld aansprakelijkheid zijn. Ofwel, het zijn aansprakelijkheden waarbij de onrechtmatigheid van het gedrag en/of schuld van de aangesproken partij géén element is om aansprakelijkheid te vestigen.⁹ Ook hier geldt dat zo'n aansprakelijkheidsregeling inderdaad een strict liability is, maar dat het niet de kern be-

treft. Dat is om twee redenen het geval. Ten eerste wordt in een strict liability het gedragselement altijd vervangen door een ander element. Neem de regeling voor productaansprakelijkheid, ex art. 6:185 BW. Ook indien een producent alle mogelijke zorg heeft betracht om te voorkomen dat het betrokken product schade veroorzaakt, kan hij aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door het door hem op de markt gebrachte product. De betrachte zorg is niet relevant. Zo bezien is deze tweede omschrijving van strict liability dus kloppend. Maar de beschrijving is onvolledig. In de plaats van het gedragselement is een ander element gekomen. In het geval van productaansprakelijkheid is dat de maatstaf van een gebrekkig product, waarbij de gerechtvaardigde verwachtingen die men van het product mag hebben centraal staan. De openstaande vraag is dan: wat is kenmerkend aan dat vervangende element? De tweede reden waarom deze definitie niet in de roos is, is dat schuldelementen ook in strict liabilities een rol kunnen spelen. Voor het Nederlandse recht is de regeling van aansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal ex art. 6:174 BW illustratief. De meeste auteurs zijn het erover eens dat als gevolg van jurisprudentie van de Hoge Raad, en dan in het bijzonder het Wilnis-arrest en de daaropvolgende ontwikkelingen in de rechtspraak,¹⁰ de gebrekkigheidstoets óók schuldelementen bevat. Die schuldelementen komen onder meer tot uiting in het gegeven dat, aldus de Hoge Raad in Wilnis, de kenbaarheid van de oorzaak van een gebrek van belang kan zijn bij de gebrekkigheidstoets.¹¹ Ook spelen bij overheidsaansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW de beleidsvrijheid en de aan het overheidslichaam toekomende financiële middelen een rol in die gebrekkigheidstoets. Dat zijn eveneens criteria die veel weg hebben van schuldelementen. Veelzeggend is dat Hartlief naar aanleiding van het Wilnis-arrest in zijn NJB-redactioneel het verschil tussen schuld aansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid 'één pot nat' noemde.¹² Kortom: ook deze tweede beschrijving is niet in de roos. Is dan de derde beschrijving doeltreffender?

Drie: strict liability dient te worden gezien als een attribuut dat in bepaalde mate aan- of afwezig is in een aansprakelijkheidsregeling. Dat attribuut duidt, zo vat ik het samen, de mate van afwezigheid van drempels om aansprakelijkheid te vestigen aan. Hoe lager die drempels, hoe strikter een aansprakelijkheid. Een voorbeeld vindt men in de bewijslast- en bewijsrisico-omkering van art. 6:177a BW, dat voorziet in een specifieke bewijsregel bij aansprakelijkheid voor aardbevings-

7 Als men uitgaat van de term kwalitatieve aansprakelijkheid, dan zal men ook de regeling van lid 2 als zodanig bestempelen. Dat is, als gevolg van de tenzij-clausule in dat lid, anders als men uitgaat van de definitie waarin risicoaansprakelijkheid wordt begrepen als aansprakelijkheid zonder fout.

8 Het hiernavolgende is gebaseerd op On 2020, p. 149-165 en 282-290. On behandelt overigens meer omschrijvingen; ik licht de m.i. belangrijkste eruit.

9 Van Dam 2020, p. 158 spreekt hier van een risicoaansprakelijkheid in enge zin.

10 Zie onder meer HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief (Wilnis), HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, NJ 2012/689 (Dordtse Paalrot) en HR 10 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73 m.nt. J. Spier.

11 In Wilnis was sprake van langdurige droogte van een dijk, waardoor de dijk doorbrak. Destijds werd langdurige droogt evenwel niet gezien als mogelijke oorzaak van een dijkdoorbraak.

12 T. Hartlief, Schuld en risico: wereld van verschil of één pot nat?, NJB 2011/227. Volgens sommigen heeft de Hoge Raad inmiddels art. 6:162 en 6:174 BW gelijkgetrokken. Zie de annotatie van Spier bij HR 10 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, NJ 2017/73.

schade in bepaalde gebieden in Groningen.¹³ Denken in termen van een attribuut kan soms helpen, maar het leidt eigenlijk tot een te veelomvattende definitie. Immers, ook op het gebied van schuldaansprakelijkheden worden voor de gelaedereerde soms de drempels aanzienlijk verlaagd. *De facto* resulteert dit weliswaar in een strict liability, maar *de jure* zijn ze dat niet omdat de basis voor aansprakelijkheid (nog steeds uiteindelijk) onrechtmatig gedrag is.¹⁴ Het meest helder wordt dit punt geïllustreerd door art. 7:658 BW, waarin de werkgevers-aansprakelijkheid is geregeld. Die aansprakelijkheid is gebaseerd op een zorgplichtschending van de werkgever (lid 1). Toch wordt de werknemer in verregaande mate geholpen door de bewijslastomkering van lid 2 ten aanzien van die zorgplichtschending en door de in de jurisprudentie ontwikkelde arbeidsrechtelijke omkeringsregel, die de werknemer op het gebied van het causaal verband tegemoetkomt.¹⁵ Is dit dan een schuld- of een risicoaansprakelijkheid? Bovendien kan, beredeneerd vanuit het idee van striktheid als attribuut, zelfs de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW) binnen het paradigma van de risicoaansprakelijkheid worden gebracht. Neem het kennisvereiste bij gevaarstelling. Op enkele uitzonderingen na (zoals aansprakelijkheid voor zuiver nalaten) wordt dat kennisvereiste geobjectiveerd vastgesteld, hetgeen voor de eisende partij belangrijke bewijstechnische implicaties heeft. Voldoende is dat vast komt te staan dat de aangesprokene ervan op de hoogte moet worden geacht/behoort te zijn (en dus niet: daadwerkelijk is) dat zijn gedraging onaanvaardbare risico's voor anderen in het leven roept.¹⁶ Toch bevinden we ons hier overduidelijk in het schuldaansprakelijkheidsparadigma. Zoals gezegd, deze derde beschrijving omvat te veel; zij maakt nagenoeg iedere aansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid.

3 Wat is strict liability? Een vergelijking tussen Engeland en Frankrijk

Eigenlijk weten we dus niet wat een strict liability een strict liability maakt. Daarmee weten we ook niet wat de rechtvaardiging daarvan is en eveneens valt moeilijker te bepalen waarom het gebruik daarvan aangewezen is. Daarom stelt On zich in zijn proefschrift ten doel¹⁷ om (1) strict liability te conceptualiseren door (2) de normatieve structuren die kenmerkend zijn

voor strict liability bloot te leggen, (3) en te expliciteren hoe deze normatieve structuren zich verhouden tot de rechtvaardigheidsconcepties die ten grondslag liggen aan het aansprakelijkheidsrecht.¹⁸

Om zijn doelen te halen dienen er ten eerste voldoende strict liabilities te worden bestudeerd. On kiest daarom voor een rechtsvergelijkende studie van strict liabilities in het Franse en Engelse aansprakelijkheidsrecht. Deze rechtsvergelijking is ingebed in een historische bespreking van de juridische tradities van beide rechtsstelsels (in Frankrijk startend in 1804 met de introductie van de Code Napoléon, die al snel daarna als de huidige *Code civil* door het leven zou gaan, en in Engeland beginnend met de eerste grote overwinning in de Normandische verovering van Willem de Veroveraar in 1066). De lezer krijgt daarmee niet alleen een overzicht van de overeenkomsten en verschillen tussen de uitwerking van strict liability in beide stelsels, maar wordt ook historisch besef over die overeenkomsten en verschillen meegegeven. Eén zo'n besef is dat in beide landen het met name de rechter is geweest die de ontwikkeling van strict liabilities gestalte heeft gegeven. In Frankrijk heeft dit geleid tot brede vormen van risicoaansprakelijkheden, terwijl in Engeland de rechter terughoudend(er) is geweest en zich het prettigst voelt in het schuldparadigma. Deze eigenschappen van beide systemen verklaren ook de keuze voor de bestudeerde rechtsstelsel: op het gebied van strict liability zijn ze (ogenschijnlijk) tegenpolen.¹⁹ Enigszins overdreven aangezet: de Fransen omarmen strict liabilities, terwijl de Engelsen er weinig van moeten hebben.

On onderzoekt wanneer beide systemen ten aanzien van een soortgelijk feitencomplex voor een strict liability dan wel een fault liability opteren. Op basis van een bespreking van de overeenkomsten en verschillen van beide systemen kan hij zo de kern van strict liability benoemen (waarover hieronder meer). Ik stap met zevenmijlslaarzen door zijn bevindingen.

De gevallen waarin beide systemen een vorm van risicoaansprakelijkheid hanteren, zijn aansprakelijkheid van producenten voor gebrekkige producten (hetgeen gezien de Europese herkomst van die aansprakelijkheid geen verbazing wekt), aansprakelijkheid van exploitanten van nucleaire installaties (ook van internationale komaf), aansprakelijkheid van de werkgever voor schade toegebracht door werknemers, (private) hinder²⁰ en *trespass*.

Maar er zijn ook belangrijke verschillen tussen de systemen. Zo kent het Franse systeem een zeer brede, volgens On wellicht de breedste wereldwijd, risicoaansprakelijkheid voor (onroerende en roerende) zaken. Om te komen tot zo'n aanspra-

13 Zie ook HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier (Aardbevingsschade), r.o. 2.9.3, waarin de Hoge Raad duidelijk maakt dat deze regeling niet louter een bewijsvermoeden introduceert, zoals de bewoording van het artikel suggereert.

14 On 2020 p. 160 voor dit onderscheid.

15 Zie het meest recent HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98 m.nt. T. Hartlief (SVB/Van de Wege), r.o. 4.2.2-4.2.3 en HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 m.nt. T. Hartlief (Lansink/Ritsma), r.o. 4.1.2-4.1.3.

16 Zie over dit element onder veel meer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2019/74; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2012, Ter illustratie wordt gewezen op: HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549 m.nt. JMBV (Legionella).

17 Opmerkelijk genoeg ontbreekt een duidelijke probleemstelling. De beschreven doelen fungeren eigenlijk als probleemstelling.

18 On 2020, p. 16.

19 Bij nadere bestudering blijken de verschillen in de praktijk vaak minder groot te zijn dan men op grond van de theorie zou verwachten. De rechtsvergelijking is overigens overtuigend methodologisch ingebed. Zie On 2020, p. 187-196.

20 *Public nuisance* behandelt On niet.

kelijkheid is naast causaliteit en schade voldoende dat men controle over de schadeveroorzakende zaak heeft. In Engeland daarentegen is het slachtoffer aangewezen op de *tort of negligence*, waarbij de toelaatbaarheid van het gedrag van de aangesprokene (bijvoorbeeld in het onderhouden van de zaak) centraal staat. Een ander voorbeeld is de verkeersaansprakelijkheid. In Engeland wordt de aansprakelijkheid van de veroorzaker van een verkeersongeval beoordeeld via de *tort of negligence* (waarbij het gedrag van de bestuurder centraal staat), terwijl in Frankrijk een risicoaansprakelijkheid geldt. De Franse regeling heeft bovendien een breed beschermingsbereik (ook in verhouding tot de Nederlandse regeling, die veel overeenkomsten kent met de Franse regeling), onder meer door het gegeven dat voor de toepasbaarheid van die aansprakelijkheid géén onderscheid wordt gemaakt tussen gemotoriseerde en ongemotoriseerde slachtoffers van een verkeersongeval. In de praktijk zijn de verschillen tussen beide systemen echter kleiner dan men zou verwachten. In Engeland worden bijvoorbeeld hoge eisen gesteld aan het gedrag van de bestuurder en wordt, mede als gevolg hiervan, aansprakelijkheid bijna net zo snel geaccepteerd als in Frankrijk. Bovendien kennen beide systemen een (vorm van een) verplichte verzekering, waardoor veel gevallen de rechter niet bereiken. Belangrijke verschillen ziet men eveneens op het gebied van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door andere personen. Frankrijk kent (als gevolg van de bekende Consorts Blicke-uitspraak) een brede aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door ‘personen voor wie men verantwoordelijk is of door de zaken waarover we (feitelijke) controle hebben of de zaken die men onder zijn controle heeft’. In Engeland accepteerde men tot voor kort alleen *vicarious liability*²¹ van de werkgever voor door de werknemer (onrechtmatig) toegebrachte schade aan een derde. Inmiddels is aldaar *vicarious liability* ook aanvaard in vergelijkbare situaties, zoals aansprakelijkheid van de kerk voor onrechtmatig gedrag door een priester, de gevangenisautoriteit voor onrechtmatig toegebrachte schade door gevangenen in de uitoefening van gevangeniswerk en, ten slotte, de aansprakelijkheid van een pleegzorginstelling voor de schade toegebracht door pleegouders jegens hun pleegkinderen. Onverwacht op dit vlak nadere convergentie.²² Eveneens valt te wijzen op de aansprakelijkheid van ouders voor de schade toegebracht door minderjarige kinderen. In Engeland is voor het vestigen van aansprakelijkheid onder meer relevant of de ouders onrechtmatig hebben gehandeld, bijvoorbeeld door onvoldoende toezicht op het minderjarige kind te houden, terwijl in Frankrijk hier ook een *strict liability* geldt. Hetzelfde geldt *grosso modo* voor aansprakelijkheid voor dieren, hoewel de Engelse stand van zaken wat diffuus is, aldus On. Verschillende *torts* doen daar hun werk, maar de belangrijkste vindt men toch in de *Animals Act 1971*. Op basis van die wet geldt in sommige omstandigheden een *strict liability*, onder meer voor honden die schade toebrengen aan vee, *trespassing* door vee en schade

door paarden die illegaal op bepaald land zijn.²³ Voor andere gevallen geldt de *tort of negligence* of een ‘geconditioneerde’ *strict liability*, die in de kern luidt dat aansprakelijkheid voor ongevaarlijke dieren strikt is indien het schadeveroorzakende dier abnormale en ongewone eigenschappen heeft, het intreden van de schade voorzienbaar en waarschijnlijk was, en de houder wist van deze eigenschappen.

Ten slotte, men zou het bijna over het hoofd zien, zijn er ook enkele gevallen waarin Engeland *strict liability* kent en Frankrijk juist niet. Een voorbeeld daarvan is *defamation (slander and libel)*. In Engeland is voor aansprakelijkheid op grond van smaad of laster onder meer vereist dat een *defamatory statement* is gedaan die gepubliceerd is, en dat die uiting betrekking heeft op de eisende partij. Er is sprake van zo’n uiting indien deze ‘tend[s] to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society’.²⁴ Omdat in deze maatstaf gedrag geen rol speelt, maar het gaat om een objectieve toets van de toelaatbaarheid van hetgeen geuit is, betreft dit een risicoaansprakelijkheid. In Frankrijk is slechts sprake van een risicoaansprakelijkheid, dat wil zeggen het gedrag doet er niet toe, indien de gewraakte uiting betrekking heeft op een zaak behorend tot de eiser (bijvoorbeeld onware uitspraken over de slechte kwaliteit van wijn, toch wel een belangrijke reden om *strict liability* te introduceren...) en in geval van lasterlijke uitspraken die leiden tot privacyinbreuken. Voor de overige gevallen is het strafrecht leidend, en vormt de geldende schuld aansprakelijkheid een restcategorie.

4 Aristoteles in Frankrijk en Engeland

Om zowel de Engelsman als de Fransman te overtuigen van de kern van *strict liability* heeft On een toetsingskader nodig dat de kern van zowel het Engelse als het Franse aansprakelijkheidsrecht (en eigenlijk nog breder: verbintenissenrecht) raakt. Hij vindt dat kader in de (rechts)filosofie van Aristoteles, en de voornamelijk Engelstalige literatuur waarin deze filosofie wordt gerelateerd aan het privaatrecht. De belangrijkste elementen van die filosofie – die hierna slechts beknopt wordt besproken – zijn de distributieve en de corrigerende rechtvaardigheid. Distributieve rechtvaardigheid betreft de rechtvaardige verdeling van goederen (een term die men in brede zin moet opvatten) over de leden van een samenleving. Het aansprakelijkheidsrecht is daarvan een uiting omdat het juridisch aanspraken die men over en weer heeft, verdeelt.²⁵ Correctieve rechtvaardigheid is relationeel en ziet op een rechtvaardige interactie tussen individuen in de samenleving. Het uitgangspunt van deze filosofie is dat we, om ons potentieel te benutten, met elkaar (moeten) interacteren. Die interactie brengt met zich dat we soms elkaars sferen betreden, elkaar beïnvloeden, en dat we soms de relationele balans (van gelijkwaardigheid) die we met elkaar hebben, verstoren. Immers, het handelen van persoon A kan negatieve gevolgen hebben voor de mate waarin persoon B zijn of haar potentieel kan benutten.

21 Een term die door On overigens ook van historische context wordt voorzien.

22 On 2020, p. 246.

23 On 2020, p. 259.

24 On 2020, p. 268.

25 On 2020, p. 328.

De kern van correctieve rechtvaardigheid is dat zij benoemt wanneer de balans is verstoord alsmede wanneer een correctie van die verstoring dient plaats te vinden. On: '[T]he practice of tort law is aimed at specifying what justice requires from private parties in their specific interactions.'²⁶

De vraag is nu: hoe geven risicoansprakelijkheden uiting aan het idee van correctieve rechtvaardigheid? On geeft antwoord op die vraag door allereerst twee algemene, uit de hiervoor beschreven filosofie voortvloeiende, kenmerken van zowel schuld- als risicoansprakelijkheden te benoemen. Vervolgens bekijkt hij in welke zin schuld- en risicoansprakelijkheden van elkaar verschillen wat betreft deze algemene kenmerken.²⁷

5 De relationele structuur van risicoansprakelijkheden

Kenmerk een: zowel schuld- als risicoansprakelijkheden hebben een 'bipolaire' relationele structuur.²⁸ Daarmee wordt bedoeld dat het aansprakelijkheidsrecht bepaalt wanneer men in zo'n relatie tot een ander staat dat men aanspraken jegens die ander heeft. Volgens On is de aanspraak die besloten ligt in een foutaansprakelijkheid – houd rekening met de gerechtvaardigde belangen van een ander – universeel van aard. Weliswaar is die aanspraak nog steeds relationeel, in die zin dat door middel van de verschillende voorwaarden om een schuldaansprakelijkheid aan te nemen wordt bepaald in welke relatie een schuldaansprakelijkheid geldt, maar de kern van die aanspraak is dat zij 'has the potential to bind all persons to all others'.²⁹ Er zijn *a fortiori* geen beperkingen aan deze verplichting wat betreft de relationele werking. Bovendien is schuldaansprakelijkheid individueel van aard; zij bepaalt de aanspraken die individuen over en weer hebben. De aanspraken die besloten liggen in strict liabilities zijn niet universeel noch individueel, aldus On. De aanspraak is weliswaar algemeen van aard, maar is beperkt tot een groep personen. On onderscheidt in dit verband '(1) duties owed by members of a group or class to all others; (2) duties owed by all persons to members of a group or a class of persons; and (3) duties owed by members of a group or class to members of another group or class'.³⁰ Een voorbeeld van die eerste vorm vindt On in de Franse en Engelse aansprakelijkheid van de werkgever voor schade toegebracht door de werknemer. *A fortiori* zijn geen beperkingen gesteld aan degenen die een aanspraak hebben op de werkgever wiens werknemer schade aan hen toebrengt, een redenering die mijns inziens ook geldt voor de Nederlandse regeling van aansprakelijkheid voor ondergeschikten, ex art. 6:170 BW. De *tort of*

trespass en de Franse equivalenten daarvan zijn een voorbeeld van de tweede categorie: ieder persoon kan zo'n *tort* begaan, maar alleen de eigenaren van land, gebouwen of goederen hebben een aanspraak op degene die een *tort* of *trespass* begaat. Ten slotte is de regeling van productaansprakelijkheid een voorbeeld van de derde categorie: alleen degene die letselschade of zaakschade (aan een andere zaak dan het product) lijdt, heeft een aanspraak op de producent, importeur of leverancier. Overigens erkent On (terecht) dat ook schuldaansprakelijkheden trekken kunnen hebben van hetgeen hiervoor is beschreven. Zo gelden voor bepaalde professionals, zowel in Engeland als in Frankrijk, veelal strengere zorgplichten hetgeen verband houdt met het gegeven dat ze behoren tot een groep waaraan men bepaalde kwaliteitseisen mag stellen, zoals de accountant, de financieel dienstverlener of de advocaat. Dergelijke aanspraken volgen evenwel niet de normatieve structuur van de aanspraken die besloten liggen in een risicoaansprakelijkheid. Hiermee zijn we aanbeland bij het tweede kenmerk.

6 De dualistische en 'modererende' structuur van risicoansprakelijkheden

Kenmerk twee: schuld- en risicoansprakelijkheden hebben een dualistisch karakter. Ze benoemen – zo vertaal ik naar het Nederlands – allereerst waartoe men over en weer gehouden is en aldus welke aanspraken men over en weer heeft. Het betreft hier primaire aanspraken (On spreekt in het Engels van *primary duties*). In het geval van schuldaansprakelijkheid komt die aanspraak erop neer dat men zich bij het *handelen* mede laat leiden door de gerechtvaardigde belangen van de ander. De kernvraag die On wil beantwoorden, is wat de kenmerken van deze primaire aanspraken zijn in geval van *strict liabilities*. Voorts benoemen aansprakelijkheidsrechtelijke bepalingen welke remedie volgt, en in welke mate, indien de primaire aanspraak wordt geschonden. Het betreft hier bepalingen die zien op, bijvoorbeeld, de vorm en omvang van de te vergoeden schade. Ook op dit vlak vergelijkt On beide systemen, bijvoorbeeld bij de bespreking van de verschillen in het gebruik van *punitive damages*. Omdat voor de conceptualisering van strict liability mijns inziens deze vraag minder relevant is, laat ik deze secundaire aanspraak rusten.

Om te komen tot de kern van de primaire aanspraak in een risicoansprakelijkheid zet On de normatieve structuur van de primaire aanspraak af tegen die van een schuldaansprakelijkheid. De structuur van een schuldaansprakelijkheid is 'straight forward' ('direct or un-mediated') omdat de enige relevante relatie – om het schuldparadigma te betreden – een causale is (dat wil zeggen men moet de belangen van de ander verwaarlozen in zijn of haar handelen, en als dat het geval is, betreedt men het schuldparadigma). Risicoansprakelijkheden kenmerken zich door een 'mediated structure', waarin door middel van een '*nexus point*' de relatie tussen de gelaedeerde en de laedens gestalte krijgt. Deze modererende structuur maakt het mogelijk om in de beoordeling voorbij te gaan aan het gedrag van de aangesprokene. Anders gezegd: het nexuspunt vervangt het gedragselement. Risicoansprakelijkheden bestaan uit een

²⁶ On 2020, p. 296.

²⁷ Zie voor de kenmerken On 2020, p. 209-217. Zie voor de toepassing van die algemene elementen op risicoansprakelijkheden hoofdstuk 5. Zie voor de inbedding/relatering aan de aristotelische fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht hoofdstuk 7.

²⁸ Bipolair kan overkomen als een vreemde term, omdat het ook de aanduiding van een stoornis is. Toch is dit woordgebruik gangbaar in de Engelstalige literatuur. Het bekendste voorbeeld vindt men in het werk van E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

²⁹ On 2020, p. 351.

³⁰ On 2020, p. 351.

relatie tussen de gelaedeerde en het nexuspunt enerzijds én een relatie tussen de laedens en het nexuspunt anderzijds, aldus On.

In het algemeen ziet die relatie er dan zo uit:

[gelaedeerde] > [nexuspunt] < [laedens].

Bij de productaansprakelijkheid ziet die structuur er bijvoorbeeld zo uit:

[persoon die letselschade of zaakschade heeft als gevolg van een] > [gebrekkig product] < [dat op de markt is gebracht door de producent].

En voor vicarious liability:

[persoon die schade heeft door] > [een onrechtmatige handeling van een werknemer] < [die in dienst is van de werkgever].

En ten slotte, bij de gebrekkige opstal:

[persoon die schade ondervindt door] > [gebrekkige opstal] < [van de bezitter daarvan].

7 Ten slotte

On geeft een overtuigende, en mijns inziens kloppende, omschrijving van wat de normatieve structuur van risicoaansprakelijkheden is. Bovendien laat hij overtuigend zien hoe risicoaansprakelijkheden zich tot de aristotelische kern van het aansprakelijkheidsrecht verhouden, en in het bijzonder hoe risicoaansprakelijkheden bijdragen aan het realiseren van de correctieve rechtvaardigheid. Het proefschrift is alleen daarom al een waardevolle aanvulling op de academische literatuur over het begrip risicoaansprakelijkheid. Er rijzen echter ook vragen voor vervolgonderzoek. On laat met name zien *wat* risicoaansprakelijkheden zijn, en *hoe* ze opereren. Daarbij geeft hij ook rechtshistorisch antwoord op de vraag waarom ze in Frankrijk en Engeland al dan niet terughoudend zijn (geweest) in het accepteren van risicoaansprakelijkheden. Toch rijzen juist in relatie tot de waarom-vraag enkele vervolgvragen. Aan het begin van zijn proefschrift belooft On onder meer aanknopingspunten te geven voor de beantwoording van de vraag *waarom* een risicoaansprakelijkheid *aangewezen* is.³¹ Later zwakt hij dit af door te concluderen dat de keuze voor een risicoaansprakelijkheid een kwestie van distributieve rechtvaardigheid is. Wanneer die distributieve rechtvaardigheid dan een risicoaansprakelijkheid vereist, is een vraag die onbeantwoord blijft. Bij de beantwoording van die vraag zou dan ook moeten worden vastgesteld wat in verschillende risicoaansprakelijkheden kenmerkend is voor de relatie tussen de gelaedeerde en het nexuspunt, de laedens en het nexuspunt én het nexuspunt zelf. In het bijzonder rijst dan de vraag hoe traditionele rechtvaardig-

gingen voor risicoaansprakelijkheden (profijt, gevaar, garantie, verzekeraarbaarheid, gedragsbeïnvloeding) al dan niet kunnen rechtvaardigen waarom de modererende structuur van een risicoaansprakelijkheid wordt verkozen boven de *'straight forward structure'* van de schuldaansprakelijkheid. Het proefschrift geeft al het vertrouwen dat On, mocht hij zich hier in de toekomst mee bezighouden, ook op dit vlak waardevolle en nieuwe inzichten aan het wetenschappelijke debat zal toevoegen.

³¹ On 2020, p. 16.