

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Principles of European Tort Law - art. 5:101-102
- Strict liability***

Willem H. van Boom

*Published in
Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
2008/1, nr. 2, p. 3-14
[original page numbers in text]*

Keywords

European tort law, strict liability, unification, harmonization

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
2. Inhoud en plaats van art. 5:101 PETL.....	5
3. Grondslag van aansprakelijkheid: inherent risico of fout?.....	6
4. Groot, groter, grootst: risicovergelijking blijft moeilijk.....	8
5. Activiteiten die als zodanig inherent gevaarlijk zijn?	11
6. 'Not a matter of common usage'	13
7. Op wie rust de aansprakelijkheid?	14
8. Slot.....	15
9. Bijlage overzicht van recente voorstellen en voorontwerpen met betrekking tot risico-aansprakelijkheid voor (buitengewoon) gevaarlijke activiteiten.....	16

Principles of European Tort Law - art. 5:101-102 - Strict liability

W. H. van Boom, hoogleraar privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam¹²

1. Inleiding

[3]

Art. 5:101 en 102 PETL, die in deze bijdrage centraal staan, behoren tot de meest controversiële van de PETL. Dat is niet verwonderlijk: ze betreffen risicoaansprakelijkheid en als er érgens in het Europese onrechtmatigedaadsrecht een onderwerp is waar een 'common core' moeilijk te vinden is, dan is het op het vlak van risicoaansprakelijkheid.³

Allereerst kunnen we vaststellen dat risicoaansprakelijkheid toch vooral een instrument van wetgevers is om een redelijke risicoverdeling in de maatschappij te bewerkstelligen, en sommige wetgevers zijn wat dit betreft nu eenmaal actiever gebleken dan andere. Actieve wetgevers waren bijvoorbeeld te vinden in het Duitse, Oostenrijkse en Zwitserse recht, alwaar vanaf de 19^e eeuw voor nieuwe risico's van bijvoorbeeld stoomwerktuigen veelal in 'Sondergesetze' nieuwe risicoaansprakelijkheden in het leven werden geroepen.⁴ De Franse wetgever was minder actief (met als belangrijke uitzondering de Loi Badinter 1985),⁵ maar daar waren nu juist rechters heel actief door extensieve interpretatie van art. 1384 al. 1^{er}

¹ Prof. Mr. W.H. van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

² De auteur heeft weliswaar rapportages verzorgd over Nederlands recht ten behoeve van het werk van de European Group on Tort Law, maar maakte geen deel uit van deze Group.

³ Zie voor een rechtsvergelijkende en historische analyse bijv. Gerhard Wagner, 'Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts', in: Reinhard Zimmermann (red.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 270 e.v. Vgl. C. H. W. M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht een rechtsvergelijkend onderzoek naar aansprakelijkheid voor zaken, stoffen en motorrijtuigen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 282 e.v. en G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 843 e.v.

⁴ Vgl. Chr. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II*, München: Beck 1999, p. 366 e.v.

⁵ Andere voorbeelden van Franse risicoaansprakelijkheid worden genoemd bij Pierre Catala (red.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: Ministère de la Justice 2006, p. 161 noot 1.

Code Civil ('fait des choses'). In het Engelse recht was (en is) sprake van een inactieve wetgever en een behoudende lijn in de rechtspraak, zodat risicoaansprakelijkheid in dat rechtssysteem nauwelijks tot ontwikkeling is gekomen.⁶

Aan deze grote verschillen in het gebruik van wettelijke risicoaansprakelijkheid ligt tot op zekere hoogte ook een rechtscultureel verschil van opvatting ten grondslag over de maatschappelijke rol van aansprakelijkheidsrecht. Het maakt nogal uit of men elke nieuwe risicoaansprakelijkheid ziet als extra financiële belasting voor bedrijven of juist als een verbetering van de rechtspositie van benadeelden (en een vermindering van juridisch gesteggel over de schuldvraag). Toch lijken dat vaak de contrasterende visies te zijn die bepalen of en in hoeverre risicoaansprakelijkheid tot ontwikkeling komt.⁷ Er is weinig voorstellingsvermogen voor nodig om te bedenken welke gevolgen deze uiteenlopende gedachtenwerelden moeten hebben gehad voor de discussie binnen de European Group on Tort Law.⁸

Uiteindelijk is gekozen voor de volgende tekst:

Art. 5:101. Abnormally dangerous activities

(1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.

(2) An activity is abnormally dangerous if

a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and

b) it is not a matter of common usage.

(3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.

(4) This Article does not apply to an activity which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.

Art. 5:102. Other strict liabilities

(1) National laws can provide for further categories of strict liability for dangerous activities even if the activity is not abnormally dangerous.

(2) Unless national law provides otherwise, additional categories of strict liability can be found by analogy to other sources of comparable risk of damage.

De uitkomst van het debat zoals die in art. 5:101 PETL is neergelegd, is kennelijk dat er niet gekozen is voor het benoemen van allerlei concrete bronnen van risicoaansprakelijkheid. Dat

⁶ Zie voor een overzicht Konrad Zweigert en Hein Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 646 e.v.; G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 1 e.v. Voor nadere vindplaatsen ook W.H. van Boom, 'Some remarks on the Decline of Rylands v Fletcher and the Disparity of European Strict Liability Regimes', *ZEuP* 2005, p. 618 e.v.

⁷ Bovendien is er in het politieke keuzemodel naast de keuze tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid nog een derde weg, te weten die van de bewijslastomkering, én een vierde weg, namelijk die van 'no fault' compensatie buiten het aansprakelijkheidsrecht.

⁸ Vgl. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 102-103.

volgt al uit art. 5:102 lid 1 PETL, waar 'genereus' [4] wordt aangegeven dat nationale wetgevers ook andere risicoaansprakelijkheden dan die van art. 5:101 PETL in het leven mogen roepen.⁹ Er is integendeel gekozen voor een abstracte 'Generalklausel' voor 'abnormally dangerous activities' (ik vertaal het als 'buitengewoon gevaarlijke activiteiten'), en wel in een in zeer algemene bewoordingen omschreven raamwerk voor risicoaansprakelijkheid. Dat art. 5:101 PETL toch een 'principle' is dat gekleed gaat in het jasje van een 'rule', volgt min of meer uit art. 5:101 lid 4 PETL. Andere, meer concrete risicoaansprakelijkheden hebben namelijk voorrang.

Opmerkelijk is in dit verband dat de ontwikkeling in de PETL naar één 'Generalklausel' vrijwel volledig het spiegelbeeld is van de ontwikkeling van de Principles van de *Study Group on a European Civil Code* (ook wel afgekort als "PEL LIAB. DAM.").¹⁰ In eerdere versies van de PEL LIAB. DAM. werd nog volstaan met het noemen van een algemeen beginsel voor risicoaansprakelijkheid en werd voor het overige naar de nationale rechtssystemen verwezen. De definitieve versie is veel uitgebreider. Daar waar de definitieve PETL geen regeling geeft voor risicoaansprakelijkheid voor bijvoorbeeld dieren, gebrekkige opstallen en andere voor de hand liggende schadebronnen, doen de PEL LIAB. DAM. dat wel. De opstellers van de PEL LIAB. DAM. hakken zelfs knopen door wat betreft verkeersaansprakelijkheid en productaansprakelijkheid. De PETL laat dit alles aan de nationale wetgever (art. 5:102 PETL) en geeft dus slechts de risicoaansprakelijkheid voor 'buitengewoon gevaarlijke activiteiten'. De benadering van de PETL is ook daarom zo opmerkelijk omdat er wat dit betreft helemaal geen 'common core' in Europa is, terwijl dat van bijvoorbeeld de risicoaansprakelijkheid voor dieren mogelijk veel sterker kan worden gezegd.¹¹ Van zowel de Study Group als van de European Group on Tort Law kan overigens worden gezegd dat ze per saldo veel meer hebben gedaan dan de 'common core' blootleggen, ze zijn zelf gaan filosoferen over wat een goede regel voor Europa zou kunnen zijn en hebben die vervolgens zelf getracht te ontwerpen. Een algemene risicoaansprakelijkheid voor 'buitengewoon gevaarlijke activiteiten' bestaat alleen in Italië en Portugal, en zelfs daar is het in wezen slechts een aansprakelijkheid gegrond op een weerlegbaar vermoeden van schuld.¹²

Het ontwerpen van goede regels voor het onderwerp van risicoaansprakelijkheid staat momenteel sterk in de belangstelling, en niet alleen bij de Study Group en de European Group on Tort Law. In recente voorstellen en voorontwerpen voor vernieuwing van het aansprakelijkheidsrecht (of algemener: verbintenissenrecht) in Frankrijk (Avant projet Catala), Oostenrijk (Entwurf Koziol c.s.), Zwitserland (Vorentwurf Widmer/Wessner), Verenigde Staten (Rest. 3d) en ook Turkije (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı) ziet men exact dezelfde problematiek naar voren komen als die welke in de PETL opgelost moest worden.

⁹ Zolang PETL niet maximumharmonisatie op EU niveau is, doet een dergelijke verwijzing van een niet erkende rechtsbron naar een wél erkende rechtsbron wat potsierlijk aan. Vgl. W. H. van Boom en I. Giesen, 'Van Nederlands naar 'Europees' onrechtmatiggedaadsrecht', *NTBR* 2004, p. 518 nt. 32. T. Hartlief, 'PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault', *AV&S* 2007, p. 50 wijst er op dat art. 5:102 lid 1 PETL vragen oproept naar de verhouding tussen PETL en nationaal recht.

¹⁰ Zie de definitieve versie van de PEL LIAB. DAM. op www.sgecc.net.

¹¹ Zie over de 'common core' ten aanzien van dieren: Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford: O.U.P. 2006, p. 355-359.

¹² Art. 493 (2) Código Civil Português ("Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.") en art. 2050 Codice Civile ("Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose", dat bepaalt: "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno."). Zie nader Chr. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II*, München: Beck 1999, p. 374.

Bovendien hebben de opstellers van de PETL soms ook concepten overgenomen uit die recente voorstellen en voorontwerpen. Met name valt op dat men bij het opstellen van art. 5:101 PETL zwaar geleund heeft op het concept § 20 ('Abnormally Dangerous Activities') van de Amerikaanse Draft Rest. 3d.¹³ Ik zal hierna de PETL dan ook spiegelen aan deze initiatieven. Aan het eind van deze bijdrage is een tabel opgenomen waarin ik de verschillende voorstellen en regelingen naast elkaar heb gezet.

2. Inhoud en plaats van art. 5:101 PETL

Art. 5:101 PETL bepaalt kort gezegd dat degene die een buitengewoon gevaarlijke activiteit verricht risicoaansprakelijk is voor de verwezenlijking van de inherente, karakteristieke risico's van die activiteit (lid 1).¹⁴ Een activiteit is abnormaal gevaarlijk (lid 2) als deze een voorzienbaar en zeer serieus risico van schade met zich brengt, zelfs als alle vereiste zorgvuldigheid in acht wordt genomen bij de activiteit en de activiteit geen gewoon gebruikelijke activiteit is ('it is not a matter of common usage', 'si elle n'est pas d'une pratique commune', 'sie nicht allgemein gebräuchlich ist'). Een risico van schade kan serieus ('significant') zijn gelet op de ernst van het gevaar of de kans op het intreden er van (lid 3).

Art. 5:101 PETL is subsidiair van aard, zo volgt uit lid 4. Een activiteit die uitdrukkelijk onderworpen is aan risico-aansprakelijkheid volgens een andere bepaling van de Principles danwel volgens nationale regelgeving of verdragenrecht, is niet onderworpen aan deze bepaling. Bovendien is het nationale wetgevers toegestaan, zo bepaalt art. 5:102, lid 1, PETL, om gevaarlijke activiteiten die niet buitengewoon gevaarlijk zijn, ook te onderwerpen aan risicoaansprakelijkheid. Tenslotte is het volgens art. 5:102, lid 2, PETL toegestaan om risicoaansprakelijkheid *per analogiam* toe te passen op vergelijkbare bronnen van risico. Dit was een duidelijke wens van de tegenstanders van het zogenaamde 'Analogieverbot', [5] dat in veel rechtsstelsels in de weg staat aan het uitbreiden van het toepassingsbereik van risicoaansprakelijkheden.

Art. 5:101 PETL moet in samenhang worden gezien met art. 7:102 PETL dat in Title IV (Defences), Chapter 7 ('Defences in general') is opgenomen.¹⁵ Daarin staan toegelaten verweren genoemd:

Art. 7:102. Defences against strict liability

(1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible

a) force of nature (force majeure), or

b) conduct of a third party.

(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.

(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).

¹³ Zie § 20, weergegeven bij ALI, *Restatement of the Law - Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1)*, Philadelphia: American Law Institute 2005, p. 278.

¹⁴ Article 5:102 PETL. Daarover ook B. A. Koch, "The "Principles of European Tort Law"", *ERA Forum* 2007, p. 113-114.

¹⁵ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 101.

Belangrijk om te constateren is dat onvoorzienbaar en onweerstaanbaar van buiten komend natuurgeweld en onvoorzienbare en onweerstaanbare gedragingen van een derde een verweer tegen risicoaansprakelijkheid vormen, maar dat het niet per definitie om gronden voor volledige opheffing van aansprakelijkheid gaat. Er kan ook - met inachtneming van verschillende factoren - vermindering van de schadevergoedingsplicht plaatsvinden (zie lid 2). Die flexibele benadering lijkt verder te gaan dan een zuivere causaliteitsafweging,¹⁶ en zij staat daarmee haaks op de rol die dergelijke verweren normaal gesproken hebben.¹⁷ Overigens zou die flexibele benadering voor ons recht wel eens onverzekerbaar kunnen blijken te zijn vanwege het verbod van molestverzekering (art. 3:38 Wft). Tenslotte moet ook nog worden beseft dat art. 5:101 PETL wordt geflankeerd door art. 4:202 PETL ('Enterprise Liability'), dat bepaalt:

(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct.

(2) „Defect” is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.

Naar Nederlandse begrippen is dit een schuldaansprakelijkheid voor ondernemingen voor gebrekkige 'products' en 'services' met omkering van bewijslast ten aanzien van conformiteit met gangbare normen en regels. Een dergelijke aansprakelijkheid vervult bepaalde functies die men ook gedeeltelijk in risicoaansprakelijkheid pleegt terug te vinden, zoals het leggen van de bewijslast op de aansprakelijke ten aanzien van force majeure of ontwikkelingsrisicoverweer. Om de band met risicoaansprakelijkheid concreet te maken: casus zoals die welke zijn beslist in *Foekens/Naim* kunnen met dezelfde uitkomst worden beslist onder art. 4:202 PETL.¹⁸

3. Grondslag van aansprakelijkheid: inherent risico of fout?

¹⁶ Zo begrijp ik Helmut Koziol, 'Strict Liability in the New Austrian Draft on Liability Law', in: H. Koziol en Barbara C. Steininger (red.), *European Tort Law 2004 (Tort and Insurance Law Yearbook)*, Vienna: Springer 2005, p. 54; Irmgard Griss e.a. (red.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Wien/New York: Springer 2006, p. 61. Een voorbode van deze benadering in art. 7:102 PETL is te vinden in de normatieve uitspraken over wenselijk recht bij B.A. Koch en H. Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, the Hague: Kluwer Law International 2002, p. 421 (rdnr. 110).

¹⁷ Denk bijvoorbeeld aan dergelijke verweren in internationale verdragen zoals de International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC 1969), de Convention on Civil Liability for Damage Cause during Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels (CRTD 1990), de International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (HNS 1996), waar zij bedoeld zijn als aansprakelijkheidsuitsluitende verweren. Ook de productenaansprakelijkheidsrichtlijn 85/374/EEG gaat er vanuit dat force majeure een volledig verweer oplevert en niet een grond voor reductie van de aansprakelijkheidslast en verdeling van de schade. Daarmee is niet gezegd dat de flexibele benadering onjuist is, wel dat zij geen 'common core' in Europa lijkt te zijn. Ik meen dat dit onvoldoende wordt onderkend door European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 127-128.

¹⁸ HR 20 oktober 2000, *NJ* 2000, 700 (Foekens/Naim): het gebruikte bouwmetaal in de bedrijfshal van Foekens blijkt brandgevaarlijk en biedt daarom niet de veiligheid die de werknemer Naim daarvan mag verwachten gegeven het brandgevaarlijke gebruik van die hal; Foekens is risicoaansprakelijk ex art. 6:174 BW vanwege het veiligheidsgebrek.

Duidelijk is dat het concept van 'gevaar' een van de belangrijkste gronden is voor toedeling van verantwoordelijkheid, al dan niet in combinatie met verkeerd handelen, het gebrekkige karakter van een object of het inherente gevaar van een stof of activiteit. Als we naar de PETL, maar ook naar de recente voorstellen in Oostenrijk, Frankrijk, Turkije en Zwitserland kijken, kunnen we zien dat rechtstelsels hier in essentie drie grondvormen onderscheiden:¹⁹

1. De benadeelde draagt zelf de schade veroorzaakt door de inherente gevaren van toegestane activiteiten, met als grond dat er geen verantwoordelijkheid (schuld of risico-aansprakelijkheid) bestaat bij een ander, dat de benadeelde zelf keuzes heeft gemaakt die rechtvaardigen dat hij de schade zelf draagt, of dat het risico een 'alledaags risico' is dat men nu eenmaal zelf draagt.
2. Toedeling van verantwoordelijkheid voor inherente gevaren van toegestane activiteiten. Hier geeft het aansprakelijkheidsrecht waarschijnlijk vergoeding van [6] schade omdat de kosten van het wegnemen of verder reduceren van het risico niet opwegen tegen de baten in de zin van gespaarde gezonde mensenlevens en de wetgever (en soms de rechter) vergoeding van 'Residualschäden' aangewezen acht.²⁰
3. Toedeling van verantwoordelijkheid voor gevaren die ten onrechte niet zijn afgewend door de verantwoordelijke persoon, eigenaar, gebruiker, procesbeheerder, etcetera. Hier geeft het aansprakelijkheidsrecht vergoeding omdat de aansprakelijke anders had moeten handelen dan hij heeft gedaan. Nota bene: deze vergoedingsgrond kan ook de vorm van een risico-aansprakelijkheid aannemen, zoals bij ons art. 6:173 en 174 BW waar een 'veiligheidsgebrek' centraal staat.²¹

Op dit abstracte niveau lijkt bij aansprakelijkheid dus sprake te zijn van aanvaardbare en onaanvaardbare gevaren (resp. sub 2 en sub 3). Dat beiden gecompenseerd worden wil niet zeggen dat de rechtsgrond daarvoor ook steeds dezelfde is. In concreto is uiteraard overlap tussen de categorieën 2 en 3 mogelijk. Verkeersongevallen zijn in abstracto de prijs die de maatschappij betaalt voor de baten van mobiliteit en economische groei. Dat kan grond zijn voor het invoeren van een risicoaansprakelijkheid verbonden aan het gebruik van motorvoertuigen, maar in concreto zijn verkeersongevallen veelal het gevolg van menselijk individueel falen.²² Dat zou de klassieke grond voor schuldaansprakelijkheid geven. Ongeveer hetzelfde geldt – maar dan met andere ongevalstatistieken – voor kernongevallen: in abstracto een aanvaardbaar risico, in concreto sterk te associëren met organisatorisch falen.

Dit verschil in abstractieniveau doet twee vragen rijzen. In de eerste plaats is er de vraag of art. 5:101 PETL voldoende differentieert tussen aanvaardbare inherente risico's en onaanvaardbare risico's. Een tweede daaraan verwante vraag is of er eigenlijk wel buitengewoon gevaarlijke activiteiten bestaan die, zoals art. 5:101 PETL stelt, een voorzienbaar en hoogst serieus risico met zich brengen 'even when all due care is exercised

¹⁹ Een gedeeltelijk vergelijkbare analyse kwam ik tegen bij Israel Gilead, 'On the justifications of strict liability', in: H. Koziol en Barbara C. Steininger (red.), *European Tort Law 2004 (Tort and Insurance Law Yearbook)*, Vienna: Springer 2005, p. 28 e.v.

²⁰ Zie voor een heldere uiteenzetting van de verschillen tussen typen 2 en 3 Gerhard Wagner, 'Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts', in: Reinhard Zimmermann (red.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 271 e.v. Vgl. Erdem Büyüksagis, 'De l'opportunité de préciser la portée d'une éventuelle clause générale de responsabilité pour risque', *Haftung und Versicherung (HAVE)* 2006, p. 2. Voor nadere theoretische onderbouwing bijv. Jozef Esser, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München: Beck 1941/1969, p. 69 e.v.

²¹ Over de vloeiende lijn van schuld naar risico bij deze aansprakelijkheden zie men vooral T. Hartlief, 'De aansprakelijkheid voor zaken', in: M.E. Franke en e.a. (red.), *Onrechtmatige daad (BWKJ 12)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 201 e.v.

²² Vgl. G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 881-882.

in its management'. Een nucleaire meltdown is een inherent risico van de opwekking van kernenergie, maar meer voorzorg, meer investering en hogere eisen kunnen een dergelijk risico waarschijnlijk toch reduceren of zelfs uitsluiten. In theorie is namelijk vrijwel altijd meer voorzorg en veiligheid mogelijk bij gevaarlijke activiteiten: achteraf gezien blijkt dat rampen van menselijke oorsprong vaak te voorkomen waren geweest als men bereid was geweest om alternatieve ontwerpen te kiezen, om meer te investeren in voorzorg en minder (gebruiks)gemak voor lief te nemen. De vraag is dus waar 'due care' in art. 5:101 PETL op ziet: op gebruikelijke zorgvuldigheid (state of the industry; 'standards' als bedoeld in art. 4:202 PETL), op naleving van publiekrechtelijke veiligheidsregels of juist op een zelfstandige normatieve standaard van zorgvuldig omgaan met het betreffende risico.²³ In het eerste geval hebben we met aansprakelijkheid van het type 2 te maken, waar de aansprakelijkheid nadrukkelijk verder gaat dan de vereiste zorg. Aansprakelijkheid onder type 2 gevallen is dan in wezen het compenseren van de onevenredig getroffen (kleine) groep benadeelden die aan de inherente risico's van een maatschappelijk nuttige activiteit werden geofferd.

Ziet 'due care' daarentegen op een zelfstandige rechterlijke toets van het vereiste zorgniveau, dan bestaat de kans dat binnen art. 5:101 PETL het onderscheid tussen type 2 en 3 gevallen, dus tussen risicoaansprakelijkheid voor 'inherente aanvaardbare risico's' en aansprakelijkheid voor onaanvaardbare risico's door gebrekkig ontwerp et cetera, vervaagt en de categorieën in elkaar overlopen.²⁴

Risico-aansprakelijkheid zoals in art. 5:101 PETL kan dus wel eenvoudiger compenseren dan een schuldaansprakelijkheid, maar tegelijkertijd kan het ook het zicht wegnemen op concrete organisatorische fouten, omdat mogelijk het achterhalen van de achterliggende ongevalsoorzaak in de civiele procedure achterwege blijft. Hoewel begrijpelijk, is dat niet bevorderlijk voor eventuele leereffecten en mogelijke behoeften van slachtoffers aan waarheidsvinding. Het is te hopen dat die functies in voorkomende gevallen door andere juridische instrumenten – zoals een publiek of strafvorderlijk onderzoek – worden vervuld.

4. Groot, groter, grootst: risicovergelijking blijft moeilijk

'Potentialité remarquable', 'likely to do mischief', 'bijzonder', 'qualifié', 'specifique' 'hoher', 'erhöhter', het zijn allemaal gradaties die worden gebruikt om een bepaalde mate van [7] risico weer te geven.²⁵ Dat zien we ook in art. 5:101 PETL, dat 'abnormally dangerous activity' definieert als een activiteit die een 'foreseeable and highly significant risk of damage' creëert, waarbij geldt dat een 'risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage' (lid 3).

Steeds weer is kwalificatie van het risico van belang. Is de activiteit niet buitengewoon gevaarlijk, dan valt de activiteit niet onder de werking van art. 5:101 PETL. Een nog verfijnder systeem is voorgesteld in het Oostenrijkse voorontwerp, dat onderscheid maakt tussen risicoaansprakelijkheid voor bronnen van hoog gevaar ("Quellen hoher Gefahr") en schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast voor bronnen van verhoogd gevaar ("Quellen erhöhter Gefahr"). Het voorontwerp geeft de volgende onderverdeling:

²³ Vgl. het Franse art. 1362 dat spreekt van 'meme licite' (hetgeen lijkt te duiden op naleving van publiekrechtelijke regels), het Zwitserse art. 50 dat met de bewoordingen 'selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldet Tätigkeit handelt' veeleer lijkt te wijzen op de activiteit als zodanig, en ook het Oostenrijkse § 1302 dat spreekt van 'trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt' (hetgeen duidt op een normatieve standaard).

²⁴ G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 860 acht dit onbezwaarlijk omdat vermenging van type 2 en type 3 tot meer slachtoffercompensatie leidt.

²⁵ Vgl. G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 862 e.v.

Quellen hoher Gefahr (§ 1302)

Eine Quelle hoher Gefahr liegt vor, wenn eine Sache als solche, ihr gewöhnlicher Gebrauch oder eine Tätigkeit trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt das Risiko häufiger oder schwerer Schäden mit sich bringt. Quellen hoher Gefahr sind insbesondere Kernanlagen, Staudamme, Öl-, Gas- und Starkstromleitungen, Munitionsfabriken und -lager, ferner Luftfahrzeuge, Eisen- und Seilbahnen, Motorfahrzeuge und Motorboote sowie Bergbau und Sprengungen.

Quellen erhöhter Gefahr (§ 1303)

Eine erhöhte Gefahr kann insbesondere durch Tiere, Bauwerke, Motorfahrzeuge mit niedriger Höchstgeschwindigkeit oder Tätigkeiten wie Rad- und Schifahren mit höherer Geschwindigkeit hervorgerufen werden.

De risicovergelijking die het Oostenrijkse ontwerp hiermee geeft, lijkt mij aanvechtbaar. Waarom zijn 'Bauwerke' minder gevaarlijk dan 'Eisenbahnen'? Statistisch gezien gebeuren de meeste ongevallen met letsel als gevolg *binnenshuis*.²⁶ Trappen zijn sterk geassocieerd met dood en letsel. Moet het voorhanden hebben van een woning dan niet juist als een bron 'hoher Gefahr' worden gezien?

Het Oostenrijkse voorontwerp illustreert onbedoeld dat risicokwalificatie een hachelijke onderneming is. Maar dat is ook al duidelijk geworden in het Portugese en Italiaanse recht, waar als gezegd voor gevaarlijke activiteiten een schuldaansprakelijkheid met omkering van bewijslast geldt. Ter illustratie moge de volgende niet-uitputtende opsomming dienen van activiteiten die onder de Portugese en Italiaanse aansprakelijkheid voor gevaarlijke activiteiten zijn beoordeeld:²⁷

²⁶ Zie nader de vindplaatsen bij W. H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Tilburg)*, Den Haag: BJU 2003, p. 12 noot 66, p. 13 noot 73.

²⁷ Ontleend aan Chr. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II*, München: Beck 1999, p. 377-378. Zie ook de weinig consistente rechtspraak van het Oostenrijkse OGH op het vraagstuk van de 'gefährliche unternehmerische Tätigkeit' bij Chr. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II*, München: Beck 1999, p. 382-383.

Niet als gevaarlijke activiteit gecategoriseerd

- Exploitatie waterleiding
- Exploiteren door een bank van een geldautomaat
- Stucwerk aanbrengen
- (in beginsel) exploitatie van luchtvaartuigen en treinen
- Verhandelen van gashoudende vloeistoffen

Als gevaarlijke activiteit gecategoriseerd

- Exploitatie waterleiding (sic!)
- Productie medicijnen
- Opslag persoonlijke gegevens
- Jacht
- Paardrijlessen aanbieden
- Vuurwerkshow houden
- (hinder door) Gebruik van drillboor
- Afbranden van tuinafval langs snelweg
- Productieproces waarbij milieugevaarlijke stoffen vrijkomen

In verband met de kwalificatie van een risico als ‘buitengewoon gevaarlijk’ is nog opmerkelijk dat in art. 5:101 PETL lid 3 wordt gesteld dat “a risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.” Dit betekent dat risico’s die onder art. 5:101 PETL vallen buitengewoon gevaarlijk kunnen zijn als ze veelvuldig kleine schade toebrengen of uitzonderlijk kleine kansen op catastrofale schade betreffen.²⁸ Die gelijkschakeling wordt uitdrukkelijk niet gevolgd door het Franse *Avant projet Catala*, dat zich concentreert op massaschade door « activités très risquées ». Dat zijn die risico’s die, áls zij zich verwezenlijken, massaschade veroorzaken die de kracht heeft om “affecter un grand nombre de personnes”.²⁹

De gelijkschakeling vindt weer wel plaats in de Amerikaanse Rest. 3d., alsook in het Zwitserse en Turkse ontwerp.³⁰ Ook de Oostenrijkse ontwerpers hebben gemeend om niet alleen uitzonderlijke en ernstige risico’s van massaschade onder de betreffende risicoaansprakelijkheid te scharen, maar ook bronnen van veelvuldige schade (“Risiko häufiger Schäden”). Dat plaatst een explosie van een munitiefabriek in dezelfde juridische categorie als een verkeersongeval, maar de aard en maatschappelijke plaats van deze verschillende risico’s lijken toch niet vergelijkbaar. In ons land zijn er zes miljoen bewegende auto’s nodig om ongeveer 1000 mensen per jaar te doden, terwijl een enkele explosie vele slachtoffers ineens kan eisen. Het massa-element is dus van een andere orde, de maatschappelijke impact [8] is ook anders. Ik vind het weinig verhelderend om zo uiteenlopende categorieën bij elkaar te nemen.³¹

De grondslag voor risico-aansprakelijkheid kan overigens wel dezelfde zijn: toedeling van de kosten van een maatschappelijk aanvaardbaar risico. Maar in dat geval verschuift de

²⁸ Vgl. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 106.

²⁹ Art. 1362 van het Franse avant-projet Catala.

³⁰ ALI, *Restatement of the Law - Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1)*, Philadelphia: American Law Institute 2005, p. 286-287 (Comment g). Zie art. 50 Zwitserse ontwerp; art. 70 Turks voorstel.

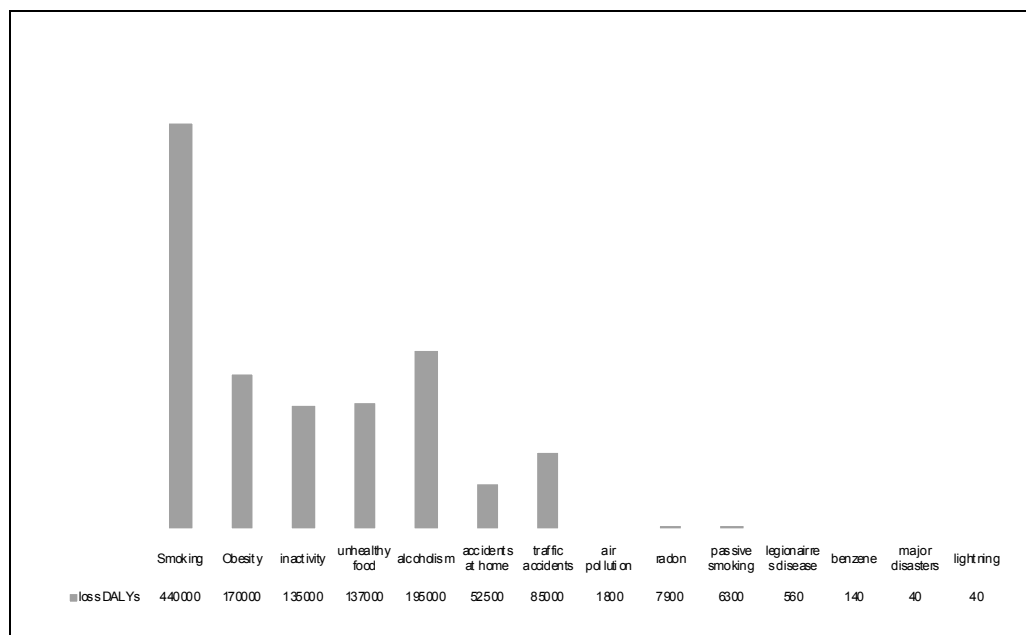
³¹ Zo ook Erdem Büyüksagis, 'Die Haftung aus unerlaubter Handlung im Entwurf eines neuen türkischen Obligationenrechts', *Haftung und Versicherung (HAVE)* 2006, p. 333; Erdem Büyüksagis, 'De l'opportunité de préciser la portée d'une éventuelle clause générale de responsabilité pour risque', *Haftung und Versicherung (HAVE)* 2006, p. 5; R. Reischauer, 'Reform des Schadenersatzrechts?' *Österreichische Juristen Zeitung* 2006, p. 398. Vgl. G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 848-849; P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London: Butterworths 1999, p. 87-88. Anders: P. Apathy, 'Schadenersatzreform - Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung', *Juristische Blätter* 2007, p. 209.

aandacht naar de vraag of *risico* een hanteerbaar criterium is om een dergelijke internalisatie teweeg te brengen.³² Het aantal doden per afgelegde kilometer per fiets is hoger dan het aantal doden per afgelegde kilometer in een auto. Is een fiets daarmee niet ook een bron van hoog risico (voor de gebruiker althans)? En zo ja, valt een fiets dan ook onder art. 5:101 PETL? En als dat zo is, is het dan verhelderend om kerncentrales en fietsen op één lijn te stellen?

5. Activiteiten die als zodanig inherent gevaarlijk zijn?

De werkelijkheid is weerbarstiger dan een Generalklausel kan vangen. Concepten als 'gevaar' en 'risico' zijn veelkoppige monsters. Kan men werkelijk stellen, zoals het Oostenrijkse ontwerp dat doet, dat een activiteit "als solche" gevaarlijk is, of – zoals art. 5:101 PETL dat doet – spreken van schade die "characteristic (is) to the risk presented by the activity"?

Denk bijvoorbeeld aan de massaschade geleden naar aanleiding van de Westfriese Flora: 32 personen zijn aan de veteranenziekte komen te overlijden als gevolg van het ongechloreerd tentoonstellen van werkende bubbelbaden.³³ Van een dergelijk drama kan men stellen dat het in de gegeven omstandigheden nalaten om weinig bezwaarlijke [9] voorzorgsmaatregelen te treffen een onaanvaardbaar risico voor de gezondheid opleverde. Anderzijds kan niet worden gezegd dat het enkele feit van het niet nemen van voorzorgsmaatregelen bij het in werking stellen van een bubbelbad een onaanvaardbaar risico met zich brengt. Dat hangt af van de omstandigheden waaronder dat gebeurt: hoe warm is het water, staat het water al langere tijd stil, hoe lang is het bad in werking? Het is de combinatie van omstandigheden die het nalaten van de bubbelbadverkoper onaanvaardbaar gevaarlijk maken.



³² Deze kritiek werd door anderen voor mij al geuit, soms op het begrip 'gevaar' en soms op het concept 'risico' als fundament voor aansprakelijkheid; zie de verwijzingen bij G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d'un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 847-848, p. 854 e.v.

³³ Zie over de juridische afwikkeling van de Westfriese flora bijv. W.J. Hengeveld, 'De afwikkeling van 'voorbije' rampen', *AV&S* 2007, p. 237-239.

tabel verlies DALY (Disability Adjusted Life Years; meeteenheid voor gezonde levensjaren). Bron: RIVM Nuchter omgaan met risico's 2003

Is nu een inherent gevaar van een bubbelbad dat het legionellose kan veroorzaken? Beantwoordt men de vraag ontkennend, dan doemt direct een andere vraag op: waarom is een motorrijtuig dan wel inherent gevaarlijk (zie het Oostenrijkse voorontwerp)? Omdat er statistieken zijn die bewijzen dat auto's dodelijk kunnen zijn? Dat kan een goed maar ook gevaarlijk antwoord zijn: er zijn wel meer statistieken die op risicovolle activiteiten wijzen die niet algemeen gezien worden als grond voor verantwoordelijkheidstoedeling via risicoaansprakelijkheid. Zie bijvoorbeeld de hier bijgevoegde tabel met bronnen van risico, gerangschikt naar het aantal gezonde levensjaren dat zij statistisch gezien vernietigen.

De hier weergegeven tabel is slechts indicatief, maar geeft wel aan waar het wringt: als men legionellose op grond van de statistieken wél als een inherent gevaar van een bubbelbad ziet, dan waaiert de grondslag voor risicoaansprakelijkheid voor inherente gevaren onvermijdelijk uit. Messen dragen het inherente gevaar van snijden in zich, vuurwapens het gevaar van dood en letsel, trappen en ramen het inherente valgevaar, en het blootstellen van werknemers aan tabaksrook draagt het inherente risico in zich dat zij longkanker ontwikkelen, het verkopen van alcohol dat de koper er onmatig mee omgaat en zichzelf of anderen schade toebrengt, et cetera. Wil men ook onder een Generalklausel voor dergelijke écht grote risico's geen verantwoordelijkheid toedelen aan een ander dan het slachtoffer, dan moet men uitwegen zoeken. Vaak worden die gevonden in strenge eisen aan het causaliteitsbewijs en in verweren als instemming van het slachtoffer of de 'alledaagsheid' van het risico. Voor ons recht valt te wijzen op de weinig geslaagde poging van het in art. 6:173 BW opgenomen vereiste dat het om een *bijzonder gevaar* zou moeten gaan.³⁴ Beter dan het zoeken van een uitweg lijkt mij de omgekeerde route: het beter en op voorhand afbakenen van de aansprakelijkheid. Dat daarbij de getalsmatige grootte van een risico belangrijk punt van overweging is voor toedeling van verantwoordelijkheid, lijkt mij terecht.

Een voorzichtiger benadering dan die welke is gekozen in art. 5:101 PETL is bijvoorbeeld die waarin men risicoaansprakelijkheid niet hecht aan activiteiten maar aan specifieke objecten.³⁵ Natuurlijk brengt ook die benadering afbakeningsproblemen met zich, zoals we in ons land hebben gezien bij het begrip 'gevaarlijke stof'. Een ontploffende kist explosieven levert bijvoorbeeld wel een verwezenlijking op van het inherente gevaar van deze stof, maar als de kist op het hoofd valt van een passant, dan weer niet.³⁶ Mijn indruk is dat die afbakeningsproblemen minder moeilijk op te lossen zijn dan bij het onbestemde begrip 'activiteit'. Daar komt nog bij dat de opstellers van de Generalklausel in de PETL zich lijken te laten leiden door de wens om de Principles een dogmatisch consistent bouwwerk te laten

³⁴ Of die uitweg werkelijk effectief zal blijken, is de vraag. PG Boek 6, p. 749 noemt voorbeeld van een algemeen gevaar dat met een vuurwapen geschoten kan worden. Maar als een rechter oordeelt dat het ontwerp van een vuurwapen niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, bijvoorbeeld omdat een veiliger alternatief bestaat dat ongelukken met vuurwapens beter kan voorkomen, dan is van het algemene gevaar een bijzonder gevaar gemaakt. Zo is het ook met algemeen brandgevaar verbonden aan een opstal, wanneer het gebruik van de opstal bovengemiddeld brandgevaarlijk is: dan is sprake van een bijzonder brandgevaar. Erg veel heil valt van deze uitweg dus niet te verwachten.

Wellicht is 'algemeen gevaar' in art. 6:173 BW daarom soms beter te begrijpen als 'algemeen bekend gevaar', zodat het rechtstreeks correspondeert met de notie van veiligheidsverwachting.

³⁵ Vgl. Erdem Büyüksagis, 'De l'opportunité de préciser la portée d'une éventuelle clause générale de responsabilité pour risque', *Haftung und Versicherung (HAVE)* 2006, p. 4-5.

³⁶ Voorbeeld ontleend aan European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 106. Denk ook aan het voorbeeld van het 'normale' gevaar van verdrinking in een vloeistof, genoemd bij *Kamerstukken II* 1990/91, 21 202, nr. 6, p. 18 (art. 6:175 BW). Vgl. daarover bijv. C. H. W. M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht een rechtsvergelijkend onderzoek naar aansprakelijkheid voor zaken, stoffen en motorrijtuigen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 214.

zijn en om de onwenselijke gevolgen van het ‘Analogieverbot’ in verschillende landen te remediëren. Zij keren zich als het ware tegen het idee dat rechters bijvoorbeeld een risicoaansprakelijkheid voor treinen niet per analogie toepassen op trams.³⁷ Een andere benadering, waarbij men de meest relevante bronnen van verhoogd gevaar zou identificeren en een op die gevallen toegesneden risicoaansprakelijkheid zou ontwerpen, en waarbij men analogische toepassing ruimer zou toestaan, wordt door sommigen afgedaan als “ein böser Rückschritt ins *patchwork*-Zeitalter”.³⁸ Toch denk ik dat die ‘patchwork’ benadering voorsnog betere papieren heeft. Als men zou volstaan met een Generalklausel,³⁹ dan endosseert men de opgave om een consistent bouwwerk van [10] risicotoedeling te ontwerpen, aan de rechter.⁴⁰ De PETL uniformeren echter niet de rechterlijke attitude, en ik maak mij sterk dat de cultuur onder rechters wat betreft rechtsvormende aspiraties behoorlijk verschilt van land tot land.⁴¹

6. ‘Not a matter of common usage’

Activiteiten die ‘a matter of common usage’ zijn, vallen *niet* onder de risicoaansprakelijkheid van art. 5:101 PETL. Een activiteit die door veel mensen wordt verricht, is ‘a matter of common usage’.⁴² Het omgekeerde is volgens de toelichting op art. 5:101 PETL niet noodzakelijkerwijs het geval: stroomvoorziening wordt door een klein aantal ondernemers verzorgd, en toch is het een ‘everyday activity’ die bovendien velen bedient.⁴³ Zodra een activiteit populair wordt, kan het buiten het werkingsbereik van art. 5:101 PETL komen te vallen.⁴⁴

De beperking van ‘not a matter of common usage’ is duidelijk ontleend aan de Amerikaanse Restatement on Torts (2d en 3d).⁴⁵ De comments bij art. 5:101 PETL geven als ik het goed

³⁷ Vgl. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 103-104, m.n. p. 104, noot 8). Over het ‘Analogieverbot’ Chr. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II*, München: Beck 1999, p. 380 e.v. Zie nog B.A. Koch en H. Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, the Hague: Kluwer Law International 2002, p. 154.

³⁸ Pierre Widmer, ‘Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf Schweizerischer und europäischer Ebene’, in: Reinhard Zimmermann (red.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 174-175.

³⁹ Opmerking verdient dat in het Zwitserse voorontwerp een andere benadering werd gekozen: het laten voortbestaan van bijzondere wetten waarin risicoaansprakelijkheden zijn neergelegd en daarnaast als vangnet de ‘Generalklausel’ in art. 50 OR. Zie bijv. G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d’un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 850-851.

⁴⁰ T. Hartlief, ‘PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault’, *AV&S* 2007, p. 54 wijst er in dit verband terecht op dat de Principles meer een beslissingskader voor rechters lijken te bieden dan een handvat voor burgers en bedrijven.

⁴¹ Dat volgt overigens ook al uit het feit dat in sommige landen rechters een ‘Analogieverbot’ hanteren en in andere niet. Zie nog Franz Werro, ‘The Swiss Tort Reform: a Possible Model for Europe?’ in: Mauro Bussani (red.), *European Tort Law - Eastern and Western Perspectives*, Berne: Stämpfli/Sellier/Sakkoulas/Bruylant 2007, p. 90 en 97, die betwijfelt of rechters in staat zijn een consistent geheel van nieuwe categorieën te ontwikkelen.

⁴² European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 106-107, met letterlijke verwijzing naar ALI, *Restatement of the Law - Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1)*, Philadelphia: American Law Institute 2005, p. 291-292 (Comment j).

⁴³ Ook hier leunt PETL op de Rest. 3d; het voorbeeld zien we terug bij ALI, *Restatement of the Law - Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1)*, Philadelphia: American Law Institute 2005, p. 292-293 (Comment j).

⁴⁴ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 106 e.v.

⁴⁵ En naar men zegt (zie bijv. ALI, *Restatement of the Law - Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1)*, Philadelphia: American Law Institute 2005, p. 292 (Comment j); G. Schamps, *La Mise en Danger: un Concept Fondateur d’un Principe Général de Responsabilité*, Bruxelles: Bruylant 1998, p. 562) is de Restatement wat dit betreft gebaseerd op de eis van ‘non natural use’ onder ‘the rule in Rylands v Fletcher (zie Rylands v Fletcher [1868] 3 L.R. 330).

zie, maar één rechtvaardiging voor de uitzondering van activiteiten die ‘a matter of common usage’ zijn, namelijk ‘reciprociteit’. Verwezen wordt naar een citaat uit de comments bij de Rest. 3d: “If many actors create a significant risk by their activity, such danger is nevertheless “imposed by the many on each other.””⁴⁶

Volgens de Comments vallen de volgende activiteiten vanwege ‘common usage’ buiten het bereik van art. 5:101 PETL:⁴⁷ autorijden, vliegtuigvervoer (ik voeg er aan toe: openbaar vervoer), het afsteken van een gewone hoeveelheid vuurwerk bij de jaarwisseling. Niet ‘common usage’ en dus wél binnen het bereik zouden zijn: professionele vuurwerkproductie en opslag en het vervoer van explosieve chemicalieën.

Naar mijn mening is de beperking die ‘not a matter of common usage’ aanlegt, onvoorspelbaar en discriminatoir.⁴⁸ Het is even onbruikbaar als de beperking van “non-natural use” onder *Rylands v Fletcher*.⁴⁹ Wat voor natuurlijke personen uitzonderlijk is, kan voor ondernemers dagelijkse kost zijn (zoals vervoer gevaarlijke stoffen). Wat voor de meesten uitzonderlijk is, kan voor bepaalde beroepsbeoefenaren dagelijkse kost zijn (zoals duiken). Het is maar net wiens perspectief gekozen wordt. Dat perspectief wisselt als men voor sommige activiteiten bekijkt of ze veel afgenomen worden en voor andere bekijkt of ze voor de exploitant ‘everyday activity’ opleveren.⁵⁰

7. Op wie rust de aansprakelijkheid?

Als men een Generalklausel hanteert voor risicoaansprakelijkheid, rijst de vraag op wie de aansprakelijkheid rust.⁵¹ Ik roep in herinnering de inspanningen die onze wetgever zich heeft getroost om een duidelijke toedeling van risico’s te realiseren door middel van nauw omschreven kanalisatie naar bezitters, bedrijfsmatige gebruikers, verhuurders en huurders.⁵² Voor een zo duidelijk mogelijke aanwijzing van de verantwoordelijke personen is veel te zeggen, niet alleen met het oog op rechtszekerheid maar zeker ook ten behoeve van vlotte schadeafwikkeling en voorkoming van dubbele verzekering.⁵³ Die duidelijke aanwijzing ontbreekt als men volstaat met ‘Halter’, ‘actor’ of ‘a person who carries on’. Wie [11] is de risicoaansprakelijke bij een ongeval op een bouwput?⁵⁴ Wie is dan onder art. 50 van het Zwitserse voorontwerp “die Person” die de “besonders gefährlichen Tätigkeit betreibt”? Wie is daar ‘a person who carries on’? Opdrachtgever, hoofdaannemer, onderaannemer, werkgever, allemaal tegelijk en hoofdelijk?

⁴⁶ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 106-107.

⁴⁷ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 107.

⁴⁸ Vgl. Geneviève Schamps, ‘The Precautionary Principle versus a General Principle for Compensation of Victims of Dangerous Activities in Belgian Law’, in: H. Koziol en Barbara C. Steininger (red.), *European Tort Law 2004 (Tort and Insurance Law Yearbook)*, Vienna: Springer 2005, p. 137.

⁴⁹ *Rylands v Fletcher* [1868] 3 L.R. 330.

⁵⁰ Zie ook de discussie rondom ‘common usage’ en ‘social value’ van buitengewoon gevaarlijke activiteiten bij ALI, *Restatement of the Law - Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1)*, Philadelphia: American Law Institute 2005, p. 310 e.v.

⁵¹ De comments bij European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 108 stellen dat art. 5:101 PETL zich hier conformeert aan het gebruik van ‘keeper’ en ‘operator’ in de verschillende rechtstelsels. Ik lees dat niet terug in de tekst van art. 5:101 PETL, en dat kan ook bezwaarlijk gegeven dat het om een Generalklausel terzake van ‘activiteiten’ gaat.

⁵² Bijv. art. 6:174 lid 5, art. 6:175 leden 3 tot en met 5, art. 6:176 leden 2 tot en met 5, art. 6:177, leden 2 tot en met 5, art. 6:181. art. 6:182 BW.

⁵³ Vgl. T. Hartlief en R. P. J. L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 25-27.

⁵⁴ Gesteld dat men het exploiteren van een bouwput als een ‘buitengewoon gevaarlijke activiteit’ wil zien. Pierre Widmer, ‘Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf Schweizerischer und europäischer Ebene’, in: Reinhard Zimmermann (red.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 170 noemt het voorbeeld (overigens niet in de door mij voorgestane kritische zin).

Natuurlijk is enige flexibiliteit nodig bij het definiëren van de aansprakelijke persoon, maar de combinatie van de omschrijving in art. 5:101 PETL en de Generalklausel maakt dat geen duidelijk te identificeren persoon wordt aangewezen. Dit gevoegd bij de neiging van rechters (in sommige landen in elk geval) om slachtoffers tegemoet te komen zal het begrip ‘a person who carries on’ mogelijk eerder extensief dan restrictief worden uitgelegd. Dat lijkt mij ongelukkig want weinig omljnd en dus onvoorspelbaar.

8. Slot

Ik ben erg kritisch over art. 5:101 PETL. Met een Nederlandse bril op is het niet eenvoudig om zich voor te stellen hoe een zeer algemeen geformuleerde risicoaansprakelijkheid voor buitengewoon gevaarlijke activiteiten werkbaar kan zijn. Voor een Engelse jurist, die sowieso weinig risicoaansprakelijkheden in zijn rechtstelsel kent, lijkt me dat nog moeilijker. Maar voor bijvoorbeeld een Franse jurist is het al veel eenvoudiger voor te stellen, waar het Franse recht sinds jaar en dag een aansprakelijkheid voor ‘fait des choses’ kent die door de wet op geen enkele wijze is ingevuld en die – hoe vaag ook – in de rechtspraak breed wordt toegepast. Ook het Franse *Avant projet Catala* continueert de rechtsfiguur van ‘fait des choses’. Het kan kennelijk werken.

Maar dat het werkt, wil niet zeggen dat het ideaal is. Als academische oefening waarbij men allerlei gevaarlijke objecten en activiteiten waarvoor risicoaansprakelijkheid bestaat, rangschikt en vervolgens terugbrengt tot een ‘principle’ is art. 5:101 PETL uiterst nuttig. Beginselen zijn evenwel uit de aard der zaak ambigue en zelden bezorger van pasklare oplossingen. Ik zou veel voorzichtiger willen zijn met het verheffen van dat beginsel tot *regel* van risicoaansprakelijkheid.⁵⁵ Als startpunt voor Europese harmonisatie – die op dit punt overigens nog ver weg is – is het formuleren van een bepaling als art. 5:101 PETL gewoon het verkeerde compromis.⁵⁶ Een regel als verwoord in art. 5:101 PETL is dogmatisch wellicht fraai, maar biedt nauwelijks een concreet handvat, scheidt het risico van weinig voorspelbare verantwoordelijkheidstoedeling en gaat gepaard met hogere beslissingskosten. Het is een tegenstrijdige bepaling, die potentieel veel risicobronnen omvat en deze vervolgens via ‘matter of common usage’ weer uitsluit. Veelzeggend is dat de comments bij art. 5:101 PETL in essentie slechts enkele activiteiten noemen die onbetwist onder de bepaling vallen: gebruik en vervoer van gevaarlijke stoffen zoals kennelijk ook bedoeld in ons art. 6:175 BW. Was dat nu alle moeite van het formuleren van een Generalklausel waard? Als wetgevingsproduct acht ik art. 5:101 PETL kortom niet geslaagd.

[12-14]

⁵⁵ In dat verband zij er op gewezen dat in de Franse hervormingsvoorstellen van de Commissie Catala gekozen is voor handhaving van het systeem van ‘fait des choses’ in plaats van het invoeren van ‘responsabilité de plein droit du fait des activités dangereuses’. Pierre Catala (red.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: Ministère de la Justice 2006, p. 176 noot 1.

⁵⁶ Over het compromis-karakter bijv. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law - Text and Commentary*, Wien: Springer 2005, p. 102-103. Misleidend in dit verband lijkt mij de opmerking bij deze comments op p. 104 te zijn, dat art. 5:101 PETL ‘the lowest common denominator’ zou zijn.

9. Bijlage overzicht van recente voorstellen en voorontwerpen met betrekking tot risico-aansprakelijkheid voor (buitengewoon) gevaarlijke activiteiten

	Avant Projet Catala Frankrijk 2005	Oostenrijk Voorontwerp 2005	PETL	Zwitserland Ontwerp Widmer & Wessner	SGECC Principles of European Law (PEL Liab.Dam)	Draft Restatement (Third) § 20
[risico-aansprakelijkheid voor 'Ultrahazardous activities', 'inherently dangerous activity']	<p>Art. 1362.</p> <p>Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.</p> <p>Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.</p> <p>L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux</p>	<p>§ 1302.</p> <p>(1) Der Halter einer Quelle hoher Gefahr haftet, soweit sich diese in einem Schaden verwirklicht. Wer Halter ist, richtet sich danach, wer ein besonderes Interesse an der Gefahrenquelle hat, die Kosten trägt und die tatsächliche Verfügungsgewalt ausübt.</p> <p>(2) Eine Quelle hoher Gefahr liegt vor, wenn eine Sache als solche, ihr gewöhnlicher Gebrauch oder eine Tätigkeit trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt das Risiko häufiger oder schwerer Schäden mit sich bringt. Quellen hoher Gefahr sind insbesondere Kernanlagen, Staudämme, Öl-, Gas- und Starkstromleitungen, Munitionsfabriken und -lager, ferner Luftfahrzeuge, Eisen- und Seilbahnen, Motorfahrzeuge und Motorboote sowie Bergbau</p>	<p>Art. 5:101. Abnormally dangerous activities</p> <p>(1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.</p> <p>(2) An activity is abnormally dangerous if</p> <p>a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and</p> <p>b) it is not a matter of common usage.</p> <p>(3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.</p> <p>(4) This Article does not apply to an activity</p>	<p>Art. 50</p> <p>1 Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt.</p> <p>2 Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.</p>	<p>Article 3:206: Accountability for Damage Caused by Dangerous Substances or Emissions</p> <p>1 A keeper of a substance or an operator of an installation is accountable for the causation by that substance or by emissions from that installation of personal injury and consequential loss, loss within Article 2:202, loss resulting from property damage, and burdens within Article 2:209, if:</p> <p>a. having regard to their quantity and attributes, at the time of the emission, or, failing an emission, at the time of contact with the substance it is very likely that the substance or emission will cause such damage unless adequately controlled, and</p> <p>b. the damage results from the realisation of that danger.</p> <p>2. "Substance" includes chemicals (whether solid,</p>	<p>§ 20 Abnormally Dangerous Activities</p> <p>(a) An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.</p> <p>(b) An activity is abnormally dangerous if:</p> <p>(1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and</p> <p>(2) the activity is not one of common usage.</p>

	<p>articles 1349 à 1351-1.</p>	<p>und Sprengungen.</p> <p>(3) Die Haftung kann eingeschlossen sein, wenn der Schaden durch höhere Gewalt oder trotz Mangelfreiheit der Sache und höchstmöglicher Sorgfalt (unabwendbares Ereignis) verursacht wird. Gleiches gilt, wenn der Geschädigte in die Schädigung einwilligt oder die Gefahr auf sich nimmt. Ob ein derartiger Einwand zu berücksichtigen ist, hängt vor allem von seinem Gewicht und vom Grad der Gefährlichkeit, insbesondere in der konkreten Situation, ab. In Fallen besonderer Gefährlichkeit kann die Haftung auch bloß gemindert werden.</p>	<p>which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.</p> <p>Art. 7:102. Defences against strict liability (1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible a) force of nature (force majeure), or b) conduct of a third party. (2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other. (3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).</p>	<p>3 Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten.</p>	<p>liquid or gaseous). Microorganisms are to be treated like substances. 3. "Emission" includes a) the release or escape of substances, b) the conduction of electricity, c) heat, light and other radiation, d) noise and other vibrations, and e) other incorporeal impact on the environment. 4. "Installation" includes a mobile installation and an installation under construction or not in use. 5. However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person: (a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related to that person's trade, business or profession; or (b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation.</p>	
<p>[hazardous objects and activities]</p>	<p>Art. 1354. On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa</p>	<p>§ 1303. (1) Der Halter einer Quelle erhöhter Gefahr, die nicht das in § 1302 Abs. 2 vorausgesetzte Ausmaß erreicht, haftet, soweit sich diese in einem</p>	<p>Art. 5:102. Other strict liabilities (1) National laws can provide for further categories of strict liability for dangerous activities even if the</p>	<p>Geen algemene regeling; wel regeling van aansprakelijkheid voor dieren (art. 60), gebrekkige opstallen (.art 61)</p>	<p>Article 3:202: Accountability for Damage Caused by the Unsafe State of an Immovable Article 3:203:</p>	<p>§ 21 intrusion by livestock or other animals § 22 wild animals § 23 abnormally dangerous animals</p>

	<p>garde.</p> <p>Art. 1354-1. Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.</p> <p>Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état.</p> <p>Art. 1354-2. Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable.</p> <p>Le propriétaire est présumé gardien.</p> <p>Art. 1354-3. Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération.</p> <p>Art. 1354-4. Les articles 1354 à 1354-3 sont</p>	<p>Schaden verwirklicht und er nicht beweist, dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt angewendet wurde. Gleiches gilt, wenn jemand durch seine Tätigkeit eine solche Gefahr schafft.</p> <p>(2) Eine erhöhte Gefahr kann insbesondere durch Tiere, Bauwerke, Motorfahrzeuge mit niedriger Höchstgeschwindigkeit oder Tätigkeiten wie Rad- und Schifahren mit höherer Geschwindigkeit hervorgerufen werden.</p>	<p>activity is not abnormally dangerous. (2) Unless national law provides otherwise, additional categories of strict liability can be found by analogy to other sources of comparable risk of damage.</p> <p>Art. 7:102. Defences against strict liability (1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible</p> <p>a) force of nature (force majeure), or</p> <p>b) conduct of a third party.</p> <p>(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.</p> <p>(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in</p>		<p>Accountability for Damage Caused by Animals</p> <p>Article 3:204: Accountability for Damage Caused by Defective Products</p> <p>Article 3:205: Accountability for Damage Caused by Motor Vehicles</p>	
--	--	---	---	--	--	--

	applicables aux dommages causés par les animaux.		accordance with Article 9:101 (1)(b).			
--	---	--	--	--	--	--