

# VAN STATUS NAAR CONTRACT NAAR STATUS

*Enige opmerkingen over normering en aansprakelijkheid op grond van status in het privaatrecht, met bijzondere aandacht voor de Anglo-Amerikaanse rechtshistorie.*

'All the world's a stage  
And all the men and women merely  
players; (...)  
And one man in his time plays many  
parts'  
Shakespeare, As you like it.

## 1. Inleiding

Bepaalde rechtssubjecten zijn onderhevig aan een strenger privaatrechtelijk regime dan het gemiddelde rechtssubject. Dit geldt (onder omstandigheden) bijvoorbeeld voor de overheid, openbare nutsbedrijven, verzekeraars, banken, beroepsbeoefenaren als advocaten, notarissen, artsen en accountants en - meer algemeen - voor deskundigen of partijen die deskundige bijstand genieten. Op grond van hun hoedanigheid moeten zij voldoen aan strengere normen en - daarmee samenhangend - zijn zij veelal eerder aansprakelijk dan de gemiddelde burger. Ik noem dit verschijnsel kortheidshalve het *status-concept*. Om deze abstracte bewering te illustreren geef ik een paar voorbeelden. Voorbeelden die trouwens laten zien, dat het status-concept zich voordoet op zowel het terrein van het contractenrecht als het terrein van de onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de positie van de *overheid* in het privaatrecht is een recente uitspraak van de Hoge Raad illustratief. Hij herhaalde duidelijk zijn standpunt over de toerekenbaarheid van een onrechtmatige overheidsdaad, die hierin bestaat dat de overheid een beschikking neemt en handhaaft die later door een administratieve rechter vernietigd wordt. In HR 31 mei 1991, RvdW 1991, 143 (Van Gog/Nederweert) beslist de Hoge Raad: "Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt (...) is de schuld van het overheidslichaam daarmee in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel - in de terminologie van art. 6:162 NBW - voor rekening van het overheidslichaam komt." Op grond van haar status is in het genoemde geval de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de overheid gegeven.<sup>1</sup>

---

\*Met dank aan Ton Hartlief en Rob Kottenhagen voor hun vlotte commentaar op het concept.

<sup>1</sup> Zie reeds eerder: HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 m.nt. MS (Hoffmann La Roche), HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 (Blaricum/Roozen) en HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS (Nibourg/Zuidwolde). Daarover: Van Dijck, De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen, diss. Tilburg (1990) en Huijgen, Aansprakelijkheid van de

Een tweede voorbeeld betreft de positie van de *verzekeraar*. In HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 m.nt. MMM (Liszky/Harman) oordeelt de Hoge Raad, dat het in de regel: "voor de hand (ligt) dat, wanneer een dergelijk beding (in de algemene verzekeringsvoorwaarden RJT) voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet professionele verzekerde." Hier moet de verzekeraar op grond van zijn status een voor hem minder gunstige uitleg accepteren.<sup>2</sup>

Als derde en laatste voorbeeld van het status-concept noem ik de beroepsaansprakelijkheid van de *notaris*. In HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (Credit Lyonnais/Notaris T) beslist de Hoge Raad dat op de notaris die een akte verlijdt, waarbij namens een partij wordt opgetreden door een vertegenwoordiger, de verplichting rust zich "zo volledig en nauwkeurig mogelijk" te vergewissen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van die vertegenwoordiger. De Hoge Raad vervolgt: "Deze verplichting vloeit voort uit de op de notaris rustende zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt de meerbedoelde verplichting jegens alle belanghebbenden, waaronder degene die als vertegenwoordigde in de akte is vermeld." In een Groninger affaire (omzetting van huwelijksvoorwaarden in een algehele gemeenschap van goederen door een kwaadwillende echtgenoot) oordeelt de Hoge Raad al even status-gericht over de grondslag van de informatieplicht van de notaris met betrekking tot de specifieke risico's van de genoemde rechtshandeling. In HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 m.nt. EAAL oordeelt de Hoge Raad: "De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (...) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht." Het zijn m.i. status-overwegingen, die er toe leiden dat op de notaris een zware zorgplicht wordt gelegd.<sup>3</sup>

Wanneer men de bovenvermelde voorbeelden uit de rechtspraak<sup>4</sup> overziet,

vernietigde beschikkingen, diss. Tilburg (1990) en Huijgen, Aansprakelijkheid van de overheid, diss. Leiden (1991), p. 116-121. Zie over de redenen waarom de overheid zich van andere rechtssubjecten onderscheidt: Kobussen, De vrijheid van de overheid, diss. Tilburg (1991), p. 57-71.

<sup>2</sup> Zie daarover: Wansink, Verzekerde hoedanigheid (particulier/in beroep of bedrijf) en gelijkheid/ongelijkheid van rechten en verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst, VA 1990, p. 345-358.

<sup>3</sup> Zie nader: Wessels, Beroepsaansprakelijkheid van de notaris, WPNR 5992 (1991), p. 98-100 en Melis, De Notariswet, 6e druk bewerkt door Santen en Waaijer, 1991, p. 204 ev.

<sup>4</sup> Ook in de wet komt het status-concept voor. Denk bijv. aan kwalitatieve aansprakelijkheden (afd. 6.3.2) en de bijzondere normering en aansprakelijkheid van degene die een beroep of bedrijf uitoefent. Vgl. Hartkamp, Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht, NJB 1983, p. 1072 en 1073, dezelfde, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 4e druk, 1990, nr. 10 en Wessels, Beroep, Bedrijf en onderneming, oratie VU 1989. Meijers schrijft weliswaar "dat het handelsrecht als een bijzonder recht met afwijkende regels dood is." (Parl. Gesch., Alg. Deel, p. 126), maar de

kan licht de gedachte rijzen dat het status-concept nieuwlichterij is, een verschijnsel van het afgelopen decennium. Een blik in de Anglo-Amerikaanse rechtsgeschiedenis leert echter anders. In Nederland is tot dusverre geen of weinig systematische aandacht besteed aan de gedachte van aansprakelijkheid en normering op grond van een bepaalde status. In Duitsland is dit (uiteraard, zou ik bijna zeggen) wel eens gebeurd, zij het niet 'gründlich'.<sup>5</sup>

Het doel van dit artikel is tweeledig. In de eerste plaats wil ik laten zien, dat strengere normering en aansprakelijkheid op grond van status-overwegingen niet nieuw zijn. In de tweede plaats zal ik trachten in algemene termen een aantal factoren boven water te halen, die deze verhoogde normering en aansprakelijkheid veroorzaken. Het is niet zo, dat deze factoren in alle gevallen van belang zijn om de huidige Nederlandse situatie met betrekking tot het status-concept te verklaren. Het zijn gedachten die in verschillende mate op de achtergrond een rol kunnen spelen.

De opbouw van het artikel is als volgt. In de eerstvolgende paragraaf (§2) geef ik een korte beschrijving van de beweging 'from Status to Contract' (Maine) en de huidige beweging 'from Contract to Status'. In de paragraaf daarna (§3) schets ik de ontwikkeling van de oude Engelse actie uit *assumpsit* (een delictuele actie met contractuele elementen). Een beschrijving daarvan is noodzakelijk, omdat de ontwikkeling van het leerstuk van de *common callings* (een bijzondere normering en aansprakelijkheid op grond van een openbare beroeps- of bedrijfsuitoefening) daar nauw mee samenhangt. De *common callings-doctrine* wordt beschreven in de daarop volgende paragraaf (§4). Dan volgt een paragraaf (§5) over de moderne nazaat van de *common callings*-leer, de *public service-doctrine*. Deze kwam aan het eind van de 19e eeuw in de Verenigde Staten op. In de slotbeschouwing (§6) worden tenslotte wat lijnen getrokken en aan elkaar geknoopt.

Voor een historische verkenning van het Anglo-Amerikaanse recht is gekozen, omdat het status-concept daar duidelijk waarneembaar is. De verklaring hiervoor is wellicht, dat in het Anglo-Amerikaanse rechtsgebied de aandacht niet zozeer gericht is op individuele constructies als contract of onrechtmatige daad, maar meer op *relationship* (de rechtsverhouding in het algemeen). In § 2 kom ik hierop terug.

---

<sup>5</sup> 'koopman' leeft onder het NBW gewoon door.

Zie (onderdelen van): Reh binder, Status-Kontrakt-Rolle, Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin (1968), p. 141-169, Wüstmann, Rolle und Rollenkonflikt im Recht, Berlin (1972) en Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen (1981).

## 2. De slinger van Maine

De Middeleeuwse samenleving was betrekkelijk statisch. Het feodale systeem<sup>6</sup> en de agrarische economie brachten een sociaal systeem met zich mee, waarin niet de mens als individu centraal stond, maar de mens als deel van de maatschappij. Deze maatschappij kenmerkte zich door een vaste plaats van de mens daarin, die door geboorte werd bepaald (standenmaatschappij). Het recht in de Middeleeuwen weerspiegelde deze stabiele sociale orde. De beginselen daarvan leunden zwaar op *status* (familie, gilde, feodale verhouding e.d.). Het geringe handelsverkeer in die tijd kenmerkte zich door veel beperkingen en weinig vrijheid.<sup>7</sup> Het recht neigde er naar om rechten en verplichtingen aan partijen toe te kennen op grond van hun plaats in het sociaal-economische systeem en niet omdat er sprake was van wilsovereenstemming, schuld of andere op het individu toegespitste factoren.<sup>8</sup> De "common callings", die in de vierde paragraaf aan de orde komen, zijn daar goede voorbeelden van. Met de komst van de mercantilistische (17e eeuw) en later de industriële economie (19e eeuw) werd het concept van status opzij gedrongen. Het individu en de individuele vrijheid kwamen door de tijdgeest steeds meer in de schijnwerpers.<sup>9</sup> Contract en onrechtmatige daad, die zich meer richtten op het individu (wil en schuld; zelfbestemming) en de mobiliteit van de mens, namen de plaats van status in als determinant van het privaatrecht. In het bijzonder het contract verschaftte de mogelijkheid dat individuen door hun wilsovereenstemming naar eigen inzicht 'wetten' maakten. Art. 1374 lid 1 BW herinnert daar nog aan ('Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.'). De geschetste ontwikkeling is kort samengevat door Sir Henry Sumner Maine in zijn beroemde uitspraak "that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*."<sup>10</sup> Dilcher legt dit

<sup>6</sup> Zie daarover: Lokin en Zwolve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis (1986), p. 299-302.

<sup>7</sup> Vgl. Wyman, The law of the public callings as a solution of the trust problem, Harv. L. Rev. (1904), p. 156.

<sup>8</sup> Dit betekent overigens niet dat contracten in de middeleeuwse maatschappij geen rol speelden (in tegendeel). Ook Maine erkende dit. In de woorden van Pollock en Maitland (The history of English law, Vol. II, 2nd ed., Cambridge, 1898, p. 232): "The master who taught us that 'the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract', was quick to add that feudal society was governed by the law of contract."

<sup>9</sup> Welke factoren hiervan de oorzaak zijn is moeilijk te achterhalen. Naast economische factoren en theorieën (*laissez-faire*) kan bijv. gedacht worden aan historische als de Franse revolutie (1789) en de Amerikaanse Declaration of Independence (1776) en de vrijheidsfilosofie van met name Kant die opgepikt werd door de belangrijkste rechtsgeleerde van de 19e eeuw: Von Savigny.

<sup>10</sup> Maine, Ancient Law, Its connections with early history of society and its relation to modern ideas, 9th ed., London (1883), p. 170. Volgens Roscoe Pound (The end of law as developed in juristic thought II, Harv. L. Rev. 1917, p. 211 en 219 en dezelfde, The spirit of the Common Law, Frankestown New Hampshire, 1921, p. 28) heeft Maine's visie alleen betrekking op de evolutie van het Romeinse recht en niet op die van het Anglo-Amerikaanse recht. Anders: Isaacs, The standardizing of contracts, Yale L.J. (1917), m.n. p. 37 en 40.

als volgt uit: "Die gesellschaftsstrukturierende Funktion, die bisher ständischer Status übte, wird nach Aufhebung der Ständeordnung der auf Vertragsfreiheit beruhenden Privatrechtsordnung übertragen."<sup>11</sup> Roscoe Pound wijst er op dat het gezegde van Maine typerend is voor de historische school waarvan Maine een belangrijke vertegenwoordiger was. Deze school leerde volgens Pound "that a movement from individual subjection to individual freedom, from status to contract, is the key to social and legal development."<sup>12</sup>

Anders dan status, dat bepaald wordt door factoren die niet beïnvloed kunnen worden door persoonlijke beslissingen, biedt het individuele contract de mogelijkheid om van huis, land of werkkring te veranderen. De mobiliteit en vrijheid gaan hand in hand.<sup>13</sup> De gedachte, dat de uitbreiding van vrijwillige samenwerking door middel van het contractenrecht een belangrijke manier was om tot sociale verbetering en menselijk geluk te komen (in tegenstelling tot de 'statische' eigendom), speelde een belangrijke rol in de 19e eeuw (Adam Smith). Dit ging niet alleen op voor het contractenrecht, maar ook voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daar stond immers de verantwoordelijkheid voor het eigen handelen centraal. Aansprakelijkheid bestond eerst als de dader subjectief een verwijt van zijn onrechtmatig handelen te maken viel.<sup>14</sup>

Ondanks de evolutie van status naar contract bleven er sporen van het oude status-concept in het recht doorleven. Met name in het Anglo-Amerikaanse recht konden de status-concepten beter doorwerken dan in continentaal Europese rechtssystemen. Duidelijk is dit het geval bij de *public service-doctrine*, die aan het einde van de 19e eeuw in de Verenigde Staten ontstond (zie §5). Waarom kon het status-concept beter doorwerken in het Anglo-Amerikaanse recht? Roscoe Pound heeft het verschil tussen het Anglo-Amerikaanse contractenrecht en het Romaans-Duitse contractenrecht eens kernachtig uitgedrukt in de antithese: *relation vs. contract*.<sup>15</sup> Tegenover het rigide concept van de contractconstructie stelt Pound de *relation*, die naar zijn mening geworteld is in de feodale verhouding tussen leenheer en leenman (status). Volgens Pound heeft dit model

<sup>11</sup> Dilcher, Die Auseinanderentwicklung von Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz (1815-1848), in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Teil 4: Rechtsgeschichte, München, (1978), p. 73.

<sup>12</sup> Pound, a.w. (1917), p. 210.

<sup>13</sup> Het is aardig te vermelden dat volgens Friedmann (Law in a changing society, 2nd ed. 1972, p. 119) de botsing tussen status en contract een oorzaak van de Amerikaanse burgeroorlog is geweest: "In the American Civil War, the contest between status and contract stood behind the ideological struggle between slavery and personal freedom. The static rural and patriarchal society of the South wanted a hierarchical immobility. The slave, as part of the estate, was at the bottom of the social scale, although, as the future showed, his economic and social lot was often better than under the mobile and free economic society which the industrialized and commercialized North wanted and achieved."

<sup>14</sup> Vgl. kort: Van Dunné, Civiele aansprakelijkheid anno 2000, in: Met recht naar 2000, RAI-O-Congresbundel 1990, p. 82. Zie over de ontwikkeling van schuld naar risico: Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss. Nijmegen (1991), p. 7 ev.

<sup>15</sup> Pound, a.w. (1917), p. 212 ev en dezelfde, a.w. (1921), p. 20 ev.

ook na het verdwijnen van de oude status-concepten doorgewerkt. Het heeft de evolutie van status naar contract overleefd. Tot op de dag van vandaag nemen *relations* in het Anglo-Amerikaanse recht een belangrijke plaats in.<sup>16</sup>

Onder de *relations* neemt de *relation of trust and confidence* een bijzondere plaats in. Een dergelijke *relation* kan ontstaan uit de *aard van de rechtsverhouding* (onder andere de borgtocht, de verzekeringsovereenkomst en een joint venture zijn 'confidential in itself') of uit de *bijzondere omstandigheden van het geval*, met name als reclame gemaakt wordt om bijzonder vertrouwen in de persoon (bijv. de bankovereenkomst en sommige relaties van de broker-dealer en cliënt). Een confidential *relation* vereist een hogere normering, dan een willekeurige rechtsverhouding. Dit is fraai verwoord door Cardozo in *Meinhard v. Salmon*<sup>17</sup>: "many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive is then the standard of behavior." In de vroege rechterlijke uitspraken over de *relation of trust and confidence* werden de verscherpte rechtsplichten gebaseerd op de *kennisvoorsprong* van de ene partij. Een zodanige positie bracht een wapenongelijkheid met zich mee, die door het aannemen van mededelingsplichten werd opgeheven.<sup>18</sup> Dit betreft met name rechtsverhoudingen, waarbij het van belang is om volledig geïnformeerd te zijn (denk bijv. aan de positie van de borg of de risico's van de koop van bepaalde effecten). Later werd als grond voor de verhoogde normering, de door de vertrouwenspersoon ingenomen *machtspositie* over de vertrouwende toegevoegd. Dit machtsverwicht houdt een bedreiging in voor de vertrouwende, die door bijzondere rechtsplichten aan de kant van de vertrouwenspersoon onder controle gehouden moet worden. In een vertrouwensrelatie brengt dit bijvoorbeeld mededelingsplichten en de plicht tot fair dealing met zich mee. In de Engelse case *Tate v. Williamson* is dit pakkend onder woorden gebracht: "The principle is this, that whenever there exists confidence of whatever character it may be (...) between one person or another, which enables the person trusted in to exercise influence over the person who so trusts in him and confides in his advice, the court will not sustain any transaction between the two parties unless the fullest and fairest explanation and communication (...) be established to the satisfaction of the court."<sup>19</sup> Een illustratie van de strengere normering en aansprakelijkheid in geval van een confidential *relation* gebaseerd op status vormt de positie van de effectenhandelaar (broker-dealer) die de

<sup>16</sup> Vgl. Van Erp, Contract als rechtsbetrekking, diss. Tilburg (1990), p. 277-284.

<sup>17</sup> *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928).

<sup>18</sup> Vgl. kort: Köndgen, a.w. (1981), p. 54.

<sup>19</sup> *Tate v. Williamson*, L.R. 2 Ch. App. 55 (1866). Vgl. de ongeveer gelijklopende Amerikaanse case: *Daniel v. Tolon*, 53 Okl. 666, 157 P. 756 (1916).

## VAN STATUS NAAR CONTRACT NAAR STATUS

beschikking heeft over de bankrekening van zijn cliënt.<sup>20</sup>

Aan het eind van de 18e eeuw, maar vooral in de 19e eeuw, nemen de transacties met betrekking tot goederen en diensten toe. Deze ontwikkeling stelt nieuwe eisen aan het privaatrecht. Zowel aan het contractenrecht als aan het onrechtmatige daadsrecht. Het handelsverkeer heeft behoefte aan snelheid (om een modern voorbeeld te noemen: de computer van de Amsterdamse optiebeurs kan 500.000 contracten per dag verwerken), zekerheid (bijvoorbeeld in de vorm van vertrouwensbescherming die rond 1875 in Nederland door sommigen werd gepropageerd), standaardisatie ten gevolge van de massaliteit van de goederen en de deelnemers (o.a. algemene voorwaarden) en duidelijkheid (o.a. kanalisatie van aansprakelijkheid naar een duidelijk aanwijsbare persoon; vgl. art. 6:181). Vranken geeft m.i. de implicaties van een en ander op het privaatrecht goed weer door te stellen: "Het resultaat is in individuele gevallen niet altijd even billijk, maar een op alle subtiliteiten van het individuele geval afgestemde verfijndheid past niet meer bij de huidige schaalvergroting."<sup>21</sup> Het status-concept sluit aan bij die behoefte aan snelheid, zekerheid, standaardisatie en duidelijkheid in het privaatrecht.

Isaacs geeft de ontwikkeling van contract naar status duidelijk weer: "In what Maine calls status, that is, the ancient family relations, or caste, the rights, privileges, powers and immunities (and the correlative duties, limitations, liabilities, and disabilities) were thoroughly standardized. In ascertaining them, the peculiarities of the individual agreement of individual members of society were irrelevant. But so are many of the peculiarities of an agreement ignored in later stages of society where a formal contract of this or that type results in a more or less standardized relation. Here, we include not only early Roman forms of sale and the old English conveyances of land, but marriage, the taking up of the feudal relation at other stages in the law, and the purchase of a standard insurance policy to-day. The point of likeness is that a relation results in which the details of legal rights and duties are determined not by reference to the particular intentions of the parties, but by reference to some standard set of rules made for them. In origin, these relations are, of course, contractual; in their workings, they recall the régime of status."<sup>22</sup> En zo sluipt status weer binnen in het privaatrecht.

De industrialisatie bracht nog een andere ontwikkeling met zich mee. Er ontstond een klasse van mensen met een sterkere maatschappelijke positie (status) en een klasse van mensen in een meer afhankelijk en daardoor

---

<sup>20</sup> Vgl. Mundheim, Professional responsibilities of broker-dealers: the suitability doctrine, Duke L. J. (1965), m.n. p. 471.

<sup>21</sup> Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, (1989), nr. 50. In gelijke zin reeds: Patterson, Compulsory contracts in the crystal ball, Columbia. L. Rev. (1943), p. 749.

<sup>22</sup> Isaacs, a.w. (1917), p. 39.

zwakkere positie. Het ontbrak de laatste aan kennis, ervaring, vaardigheid en financiële ruggeleuning. In het contractenrecht strookt dit niet met de veronderstelling waar het BW van 1838 van uitgaat: twee vrije en gelijkwaardige contractspartijen. De wettelijke vereisten voor een rechtsgeldige overeenkomst zijn onder het BW van 1838 gering: toestemming, geen wilsgebreken en geen nulliteiten (geen strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden). Deze gedachte stemt natuurlijk niet overeen met de maatschappelijke werkelijkheid, waar sprake kan zijn van een 'inequality van bargaining power'. Op het terrein van de onrechtmatige daad is eenzelfde tendens waarneembaar. Door de technische ontwikkelingen, de industrialisatie en de opkomst van het verkeer voldeed een subjectief schuldbegrip, dat voornamelijk gekleurd was door morele verwijtbaarheid, niet meer. Immers, de veroorzaker van een bepaalde schade valt bij het gebruik van een technisch ingewikkeld apparaat, een gevaarlijke stof of een voertuig menselijkerwijs niet altijd wat te verwijten. In veel gevallen zou de laedens daarom niet aansprakelijk zijn. Slachtoffers van de industrialisatie, het verkeer en dergelijke blijven dan met hun schade zitten. De huidige tijdgeest acht dat (m.i. terecht) onbillijk. Degenen die profiteren van de maatschappelijke ontwikkelingen, moeten ook de daarmee samenhangende kosten dragen. Slachtofferbescherming is het huidige sleutelwoord.<sup>23</sup> Furmston schrijft samenvattend: "The background of the law, social, political and economic, has changed. Laissez-faire as an ideal has been supplanted by 'social security'; and social security suggests status rather than contract."<sup>24</sup> Ter bescherming van de 'zwakkeren' werden en worden in verschillende wetten *dwingende bepalingen* opgenomen. Men denk bijvoorbeeld aan de Wet op het Consumptief Geldkrediet (voorheen: de Geldschietwet), de koop op afbetaling (art. 1576 ev BW), huurkoop (art. 1576 h ev BW en de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerend Goed), verkeersaansprakelijkheid (met name waar het om kleine kinderen gaat), productaansprakelijkheid (afd. 6.3.3) en het leerstuk van de misleidende reclame (afd. 6.3.4).<sup>25</sup> Vranken noemt dit verschijnsel *differentiatie*.<sup>26</sup> Baker signaleert: "The result is that many important transactions entered into by non-commercial men are governed not by the individual bargain but by the statutory law of landlord and tenant, labour law, or consumer law. There has in that respect been a partial movement from contract to status."<sup>27</sup>

Naast deze bescherming door specifieke wettelijke normen, worden ook bestaande (open) normen afhankelijk van de sociale rol van de betrokken partijen ingevuld. Vranken zegt daarover: "in plaats van vele specifieke normen

<sup>23</sup> Vgl. Hartlief en Tjittes, De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid - privaatrechtelijke aspecten, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, (1990), p. 59.

<sup>24</sup> Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, 11th ed., London, (1986), p. 19.

<sup>25</sup> Zie voor bepalingen in het NBW die 'zwakkeren' beschermen: Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. NBW A-1, 1990, nr. 16.

<sup>26</sup> Vranken, De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting, in: Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW (1988), p. 246 en 247.

<sup>27</sup> Baker, An Introduction to English Legal History, 3th ed, London, (1990), p. 405.



formuleert of handhaaft men één algemene norm, maar men laat die norm in de toepassing variëren met de omstandigheden van het geval.<sup>28</sup> Tot de omstandigheden behoort volgens de schrijver ook de deskundigheid van partijen. Vranken spreekt dan van *subjectivering*. Volgens hem is het resultaat bij differentiatie (via aparte normen door de wetgever) of subjectivering (invulling van bestaande 'vage' normen door de rechter) in het contractenrecht, dat de 'inequality of bargaining power' wordt verminderd of opgeheven. In het delictuele aansprakelijkheidsrecht zien we ook een bescherming van de 'zwakkere' (het slachtoffer) tegen de 'sterkere' (automobilist, producent e.d.). Kortom, de rechtsverhouding tussen rechtssubjecten wordt steeds minder door individuele factoren als wil of schuld bepaald. Een nieuwe voedingsbodem voor het toekennen van rechtsgevolgen aan een bepaalde status heeft zich aldus gevormd. In de literatuur wordt een terugkeer naar het vastknopen van rechtsgevolgen aan status geconstateerd. In de Verenigde Staten constateert Isaacs dit al in zijn eerder genoemde artikel in de *Yale Law Journal* van 1917. Duidelijk is ook Friedmann, die spreekt van een "return to a new kind of immobility resulting from the profound changes produced by the social welfare responsibility of the modern state, by group organization and collective bargaining in industry and commerce, and, last but not least, the state of industrial mobilization which international strife has forced western states since the outbreak of the First World War."<sup>29</sup> Ook in Nederland signaleert de doctrine een beweging "from contract to status".<sup>30</sup>

### 3. Assumpsit

De bijzondere normering en aansprakelijkheid van dragers van een bepaalde status of rol zijn bijzonder oud. Met name in het oude Engelse recht zijn daar fraaie voorbeelden van te vinden. Dit hing samen met de ontwikkeling van de actie uit *assumpsit* en het leerstuk van de *common callings*. Een bespreking van deze twee figuren is hier dan ook op haar plaats.

Het Anglo-Amerikaanse contractenrecht is van delictuele oorsprong.<sup>31</sup> Vanuit een zuiver theoretische optiek is dit vreemd, omdat de Common Law in de middeleeuwen al contractuele acties kende, zij het dat deze met veel vormver-

<sup>28</sup> Vranken, a.w. (1988), p. 247 en dezelfde, a.w. (1989), nr. 49.

<sup>29</sup> Friedmann, a.w. (1972), p. 120.

<sup>30</sup> Vgl. Gras, *Standaardcontracten, Een rechtssociologische analyse*, diss. UvA (1979), p. 5 en 6, Van Dunné, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, Supplement (1987), p. 4, dezelfde, Supplement (1990), p. 9, en Feenstra en Ashmann, *Contract*, (1988), p. 1 en 2.

<sup>31</sup> Tot de ontwikkeling van het contractenrecht heeft ook het volgende bijgedragen: (1) de erkenning dat overeenstemming tussen partijen niet altijd zonder effect is, ook als de prijs nog niet betaald is of de goederen nog niet geleverd zijn (eind 13e eeuw), (2) de koper door de koop onmiddellijk eigenaar van de goederen wordt (midden 14e eeuw) en (3) de koper onmiddellijk een actie tot levering kan instellen en de verkoper onmiddellijk de prijs kan opeisen (eind 14e eeuw). Kortom, de verplichtingen van de koper en de verkoper vloeien rechtstreeks uit het contract voort. Zie: Ibbetson, *Sale of goods in the fourteenth century*, LQR 1991, p. 480-499.

eisten waren omgeven. Ik heb het dan over de *writ of covenant* (een vordering tot schadevergoeding wegens het niet leveren van een zaak of een dienst) en de *writ of debt* (een vordering uit een eenzijdige betalingsbelofte).<sup>32</sup> Beide vorderingen waren met veel vormvereisten omgeven. De (geringe) handelspraktijk bediende zich vooral van overeenkomsten met boetebeding (*penal bonds*).<sup>33</sup> Het gesloten systeem van writs zorgde er voor dat het recht betrekkelijk statisch was. De ontwikkeling van het recht moest geschieden door juridische fictie (bekend is de uitbreiding van de jurisdictie door de King's Court).<sup>34</sup> *Debt* was de belangrijkste contractsactie, maar deze leed onder de zogenaamde *wager of law*. Dit hield in, dat de ontkennde gedaagde met behulp van elf eedshelpers een eed kon afleggen dat hij niets schuldig was en daardoor het proces in zijn voordeel beslechten. Deze regeling was natuurlijk zeer misbruikgevoelig (eedshelpers konden bijv. voor een gering bedrag gekocht worden). Een andere actie die onderhevig was aan *wager of law* was *detinue*. Dit was een actie tegen de bewaarnemer wegens het onzorgvuldig beheren van goederen die aan hem toevertrouwd waren door de bewaargever.<sup>35</sup> De grond voor de actie uit *detinue* is met name gelegen in de schending van het *vertrouwen* dat de bewaargever in de bewaarnemer stelde (dit vormt een connectie met de hierna te bespreken *common callings*).<sup>36</sup>

De oorsprong van de *assumpsit*-vordering is de oerbron van alle delictuele aanspraken: de *writ of trespass*. Deze writ was bestemd om te verzekeren, dat de laedens de schade aan de persoon of de goederen van de gelaedeerde vergoedde die niet meer ongedaan gemaakt kon worden (*irrevocable wrongs*).<sup>37</sup> Oorspronkelijk was de writ of trespass een actie tegen opzettelijk begane onrechtmatige daden, maar in de loop van de 14e eeuw verbreedde het toepassingsgebied zich door toedoen van de King's Court<sup>38</sup> tot niet-opzettelijke,

<sup>32</sup> Zie nader: Jenks, *A short history of English law*, 6th ed, London, (1949), p. 134 en 136, Plucknett, *A concise history of the Common Law*, London, (1956), p. 633-636, Simpson, *A history of the common law of contract, The rise of the action of assumpsit*, Oxford, (1975), p. 9-53 en Baker, a.w. (1990), p. 361-369.

<sup>33</sup> Vgl. Cheshire/Fifoot/Furmston, a.w. (1986), p. 2 en 3 en Baker, a.w. (1990), p. 368-370. Deze praktijk ging door tot in de 17e eeuw. Toen stond de Court of Chancery daar minder welwillend tegenover. Overigens kwam het idee van de *penal bonds* in zwang met de komst van de Italiaanse bankiers (Lombarden) naar Engeland. Zie: Pollock/Maitland, a.w. (1898), p. 225.

<sup>34</sup> Vgl. Isaacs, a.w. (1917), p. 42 en 43. Furmston (Cheshire/Fifoot/Furmston, a.w. 1986, p. 2) noemt de ontwikkeling van het privaatrecht "the story of the common law court's jurisdiction at the expense of other jurisdictions (...)".

<sup>35</sup> Bijvoorbeeld goederen waren aan een vervoerder toevertrouwd, maar door diens onzorgvuldig handelen lopen deze schade op. Zie: Ames, *The history of assumpsit*, Harv. L. Rev (1888), p. 4 en Jenks, a.w. (1966), p. 417-424.

<sup>36</sup> Vgl. Winfield, *The history of negligence in the law of torts*, LQR (1909), p. 190.

<sup>37</sup> Zie nader: Simpson, a.w. (1975), p. 200-203.

<sup>38</sup> Zie over de historische ontwikkeling van de Engelse gerechten kort: Lokin/Zwalve, a.w. (1986), p. 312-318 en p. 337-338 en over de huidige situatie kort: Uniken Venema, *Law en Equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, (1990), p. 12-15.

meer culpoze delicten.<sup>39</sup> *Trespass*-acties werden begonnen met een vrij flexibele writ-formule, die opgesteld kon worden afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Deze writs werden dan ook *on the case* genoemd. *Assumpsit* werd gezien als een speciale sub-categorie van deze *action on the case*. *Assumpsit* vormde aldus een uitzondering op het beginsel - dat tot op de dag van vandaag geldt - dat een ieder zijn eigen schade draagt. Tot de eerste actie's behoorden de vorderingen die gericht zijn tegen degenen die een *common calling* uitoefenden. Daarover spreek ik uitvoeriger in de volgende paragraaf.

Om niet gebruik te hoeven maken van de *writ of covenant*, hoedde men zich er strikt voor om de oorzaak van een prestatieplicht als contract (*covenant*) aan te duiden. Daarvoor in de plaats kwam aan het einde van de 14e eeuw de formule in zwang, dat de gedaagde het ondernomen had (*undertaking, assumpsit*) een bepaalde prestatie voor de eiser te verrichten en deze niet werd nagekomen.<sup>40</sup> *Undertaking* werd niet zozeer gezien als een belofte om een bepaalde prestatie te verrichten, maar als een overname van de verantwoordelijkheid (*manucepit*) voor het welbevinden van goederen die men krachtens *afsprak* onder zich had (bijv. een paard dat aan een hoefsmid of een veerman werd toevertrouwd).<sup>41</sup> Dit geeft al aan dat *assumpsit* contractuele (de *afsprak*) en delictuele (de beschadiging van een zaak of persoon) elementen in zich bergt.<sup>42</sup> Niet voor niets werd *assumpsit* de basis voor zowel het huidige Anglo-Amerikaanse contractenrecht als de aansprakelijkheid wegens schending van een zorgvuldigheidnorm (*negligence*).<sup>43</sup> Vanaf het eind van de 14e eeuw werd de term *assumpsit* gebruikelijk in dit soort acties.

Aan het begin van de 15e eeuw kwamen de eerste gevallen voor de Common Law-gerechten, waarin de *action on the case* niet alleen gebaseerd werd op het ondeugdelijke presteren, maar ook op het niet-presteren. De strijd tussen contract (*covenant*) en delict (*trespass on the case*) werd daardoor op de spits gedreven. In de belangrijke beslissing *Watton v. Brinth*<sup>44</sup> uit 1400 werd de afgrenzing van beide acties aangegeven. De rechtsvordering uit het niet verrichten van een toegezegde prestatie (*nonfeasance*) moest via de *writ of covenant* ingesteld worden (dit veronderstelt echter een gezegelde oorkonde, een *deed under seal*); de *action on the case* werd daarentegen voorbehouden

<sup>39</sup> Een algemene negligence-aansprakelijkheid wegens schending van een duty of care is eerst in de 19e eeuw erkend. Zie over de geschiedenis van negligence nader: Winfield, a.w. (1909).

<sup>40</sup> Vgl. Simpson, a.w. (1975), p. 214. Zie over de betekenis van de term 'assumpsit' ook dezelfde, p. 215-218.

<sup>41</sup> Köndgen, a.w. (1981), p. 22.

<sup>42</sup> Vgl. Uniken Venema, a.w. (1990), p. 256.

<sup>43</sup> Vgl. Winfield, a.w. (1909), p. 186.

<sup>44</sup> *Watton v. Brinth*, Y.B. 2 Hen. IV. M.f. 3, p. 9 (1400), een zaak tegen een timmerman die faalde in het bouwen van een huis. Zie nader: Plucknett, a.w. (1956), p. 639-640, Simpson, a.w. (1975), p. 221-227, Cheshire/Fifoot/Furmston, a.w. (1986), p. 5 en Baker, a.w. (1990), p. 380-382.

aan het ondeugdelijk-presteren (*misfeasance*). Deze gedachte, dat niets doen (*nonfeasance*) niet onrechtmatig is, leefde gedurende de hele 15e eeuw. Zelfs tegenwoordig bestaat er nog een verschil in benadering tussen een *act* en een *omission*.<sup>45</sup> Ook het NBW maakt overigens soms onderscheid tussen een doen en een niet-doen (vgl. artt. 6:165 lid 1 en 169 lid 1).

In de vroege 16e eeuw werd de (onzinnige) onderscheiding tussen *nonfeasance* en *misfeasance* tenietgedaan. Duidelijk is het oordeel van Justice Spelman in de case *Pykering v. Thurgoode* uit 1532: "And in some books a difference has been taken between *nonfeasance* and *malfeasance*; thus on the one an action of covenant lies, and on the other an action on the case lies. This is no distinction in reason, for if a carpenter for £100 covenants with me to make me a house, and does not make it before the day assigned, so that I am deprived of lodging, I shall have an action for this *nonfeasance* just as well as if he made it badly."<sup>46</sup>

De tot de 16e eeuw bestaande duidelijke grenslijn tussen *covenant* en *assumpsit* werd bij de koop van roerende goederen (*sale of goods*) al eerder doorbroken door de delictuele *action for deceit*, ook een *action on the case*.<sup>47</sup> Het *opzettelijk* niet nakomen van een kwaliteitsgarantie (*warranty*) werd als bedrog (*deceit*) gezien. Dit breidde de invloed van de Common Law Courts uit. Aan het eind van de 14e eeuw werd de aansprakelijkheid voor een 'breach of warranty' met betrekking tot verkochte goederen algemeen aanvaard in de rechtspraak.<sup>48</sup> Dit bracht echter de volgende tweeslachtige benadering met zich mee: de primaire prestatieplicht om een zaak te leveren werd beheerst door *debt* (een contractuele actie), de *warranty* (de garantie dat de zaak bepaalde eigenschappen bezit) werd beheerst door *deceit* (een delictuele actie). De gedachte dat een *warranty* contractueel van aard is, is betrekkelijk nieuw (eind 18e eeuw).<sup>49</sup> Wanneer er sprake was van een *warranty*, is niet volledig onduidelijk.<sup>50</sup> Veelal werd aangenomen, dat een verkoper alleen aansprakelijk was voor de levering van een ondeugdelijke zaak, wanneer hij een *express warranty* had gegeven of hij uit de aard van zijn onderneming een *public duty* had om een redelijke kwaliteit te leveren.<sup>51</sup> Aan het begin van de 15e eeuw werd bijvoorbeeld voor de kwaliteit van voedsel een *implied warranty* door de

<sup>45</sup> Vgl. Logie, *Affirmative action in the law of tort: the case of the duty to warn*, Cambridge L. J. (1989), p. 115-134. Het criterium, dat er sprake moet zijn van (latente) physical damage wordt tegenwoordig bijvoorbeeld gebruikt om economic loss-claims buiten de deur te houden. Zie recent: *Dep. of the Environment v. Thomas Bates & Son.*, 2 All ER 943 (1990). Daarover uitgebreid: Kottenhagen, *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor economische schade*, BR 1991, m.n. p. 351 ev.

<sup>46</sup> *Pykering v. Thurgoode*, 93 YB Sel Soc 4 (1532).

<sup>47</sup> Vgl. Ames, a.w. (1888), p. 8-11, Plucknett, a.w. (1956), p. 640-643, Simpson, a.w. (1975), p. 240-242 en Baker, a.w. (1990), p. 401.

<sup>48</sup> Zie: Simpson, a.w. (1975), p. 242 en Baker, a.w. (1990), p. 376-378.

<sup>49</sup> *Stuart v. Wilkins*, 3 Doug. 18 (1778). Zia daarover: Baker, a.w. (1990), p. 401 en 402.

<sup>50</sup> Simpson, a.w. (1975), p. 245.

<sup>51</sup> Vgl. Ames, a.w. (1888), p. 9, Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. III, 6th ed., London, (1966), p. 430 en 431 en Baker, a.w. (1990), p. 402-405.

## VAN STATUS NAAR CONTRACT NAAR STATUS

verkoper aangenomen. In de loop van de 15e ontwikkelde dit zich tot een *strict liability* (risico-aansprakelijkheid) van de verkoper voor bedorven waren (of hij dit al dan niet wist en of er al dan niet sprake was van een warranty deed niet ter zake).<sup>52</sup> De implied warranty duikt in §5 overigens weer op.

De onderscheiding tussen *covenant* en *assumpsit* was niet overtuigend. De jurisdicties van de kerk en Chancery (equity-rechtspraak) waren inmiddels - in navolging van lokale gerechten - bereid gevonden om vormloze afspraken om deugdelijk een prestatie te verrichten te sanctioneren. Dit bracht de Common Law Courts er toe nonfeasance als *deceit* aan te merken.<sup>53</sup> De aanvankelijk zuiver delictuele *action on the case* was aan het begin van de 16e eeuw (iets later dan op het Europese vasteland) dan ook een contractuele vordering wegens *breach of promise* geworden. De (nieuwe) contractuele aard van *assumpsit* werd nog onderstreept door de writ-formule, dat de gedaagde een bepaalde prestatie "undertook and promised".

Ook tussen *debt* (de eenzijdige betalingsbelofte) en de *assumpsit* kon concurrentie bestaan.<sup>54</sup> Dit samenloopgeschil werd beslist in de beroemde *Slade's Case* uit 1602, waar de *assumpsit*-vordering ook voor een actie uit geldschulden open werd gesteld. Tot die tijd werden *debt* en *case* eerst beschouwd als wederzijds exclusief. Zo mocht de crediteur aan wie de actie uit *debt* ter beschikking stond niet uit *case* vorderen om aldus *wager of law* door de debiteur te voorkomen.<sup>55</sup> Later oordeelde de King's Bench dat de eiser kon kiezen: *assumpsit* wegens *breach of promise* of *debt*.<sup>56</sup> De Common Pleas was daar tegen.<sup>57</sup> De ontkenning volgde in de beroemde *Slade's Case*. De Exchequer Chamber van alle rechters van Engeland besliste in *Slade's case* als volgt: "Every contract executory imports in itself an *assumpsit*, for when one agrees to pay money or to deliver anything, thereby he assumes or promises to pay or deliver it; and therefore when one sells any goods to another and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration thereof agrees to pay so much money at such a day, both parties may have an action of *debt* or an action of the case on *assumpsit*, for the mutual executory agreement of both parties imports in itself actions upon the case as well as actions of *debt*."<sup>58</sup> (cursivering van mij RJT). *Assumpsit* met betrekking tot geldvorderingen (met name *indebitatus assumpsit*) werd aldus een

---

<sup>52</sup> Simpson, a.w. (1975), p. 246 en 247 en Arterburn, The origin and first test of public callings, Univ. of Pennsylvania L. Rev. (1927), p. 414-416.

<sup>53</sup> Kessler and Gilmore, Contracts, Cases and Materials, Boston/Toronto, (1970), p. 27.

<sup>54</sup> Zie daarover: Plucknett, a.w. (1956), p. 644-645.

<sup>55</sup> Kessler/Gilmore, a.w. (1970), p. 28.

<sup>56</sup> Pykering v. Thurgoode, B. & M. 411 (1532).

<sup>57</sup> Vgl. Baker, a.w. (1990), p. 391 en 392.

<sup>58</sup> *Slade v. Morley*, 4. Co. Rep. 92a. Zie hierover o.a.: Plucknett, a.w. (1956), p. 645-646, Holdsworth, a.w. (1966), p. 444-447, Cheshire/Fifoot/Furmston, a.w. (1986), p. 6 en Baker, a.w. (1990), p. 392-394.

alternatieve vordering voor debt. *Slade's case* wordt beschouwd als de eerste rechterlijke uitspraak waarin het beginsel van een gebondenheid uit overeenkomst als zodanig werd toegepast.<sup>59</sup>

Ook de mogelijke samenloop van *detinue* (een actie wegens onzorgvuldige bewaarneming) en de *action on the case* werd aan het eind van de 15e eeuw beslist. De bewaargever mocht naast *detinue* ook uit *case* vorderen.<sup>60</sup>

Om het verhaal over de ontwikkeling van contract uit tort voor de volledigheid af te maken, maak ik nog een paar opmerkingen. Aan het begin van de 17e eeuw werden op grote schaal 'implied contracts' en later 'quasi-contracts' gesanc-tioneerd door *assumpsit*.<sup>61</sup> Erkend werd, dat ook wanneer niet expliciet een tegenprestatie (prijs) was overeengekomen een *assumpsit*-actie mogelijk was.<sup>62</sup> Het tort-aspect trad steeds meer op de achtergrond. Hierdoor werd *assumpsit* de basis voor contractuele aansprakelijkheid. Het contractuele element van *assumpsit* (de belofte) werd de basis voor gebondenheid. Dit werd gestimuleerd door de behoefte van het sterk toenemende handelsverkeer aan overeenkomsten die afdwingbaar waren zonder veel formaliteiten of andere poespas. *Assumpsit* werd gescheiden in twee categorieën: (1) *special assumpsit*, de *action on the case* voor de tenuitvoerlegging van zuiver mondelinge contracten en (2) *general assumpsit*, de vervanger van de oude debt-actie (na *Slade's case*). Nu de heerschappij van de vormelijke contracten enigszins afbrokkelde, moest er een nieuwe indicatie gevonden worden die de rechtens afdwingbare afspraken onderscheidde van de krachteloze overeenkomsten (*nuda pacta*). Deze indicatie werd gevonden in het nog steeds bestaande vereiste van een tegenprestatie (*consideration*).<sup>63</sup> In de 19e eeuw toen de industrialisatie en het liberale gedachtengoed opkwam, begonnen de huidige klassieke leerstukken van het contractenrecht op te komen (het model van aanbod en aanvaarding, wilsleer en dergelijke).<sup>64</sup> Pas in de 19e eeuw kwam het contractenrecht (met de wil als grondslag) echt tot ontwikkeling, met name door de inspanningen van Blackstone. Maar Blackstone achtte het contractenrecht van zo weinig belang, dat hij de materie in een appendix van minder dan dertig pagina's (!) bij de "Law of Things" behandelde. Overigens werd op het moment dat Blackstone zijn Commentaries schreef, de *Traité des Obligations* (1761) van Pothier al in Engeland uitgegeven (1806). In 1822 verklaarde Justice Best het gezag van Pothier "as high as can be had, next

<sup>59</sup> Uniken Venema, a.w. (1990), p. 256.

<sup>60</sup> Ames, a.w. (1888), p. 5.

<sup>61</sup> Vgl. Plucknett, a.w. (1956), p. 648.

<sup>62</sup> Holdsworth, a.w. (1966), p. 447.

<sup>63</sup> Zie daarover: Plucknett, a.w. (1956), p. 649-653, Kessler/Gilmore, a.w. (1970), p. 31-33 en Baker, a.w. (1990), p. 386-388. Als andere oorzaken van het ontstaan van de *consideration*-eis worden wel genoemd: de *quid pro quo*-gedachte (reciprociteit) en de *causa*-eis. Vgl. Ames, a.w. (1888), p. 1. De *consideration*-eis wordt tegenwoordig gerelativeerd door m.n. *promissory estoppel* (een vorm van rechtsverwerking).

<sup>64</sup> Vgl. Cheshire/Fifoot/Furmston, a.w. (1986), p. 13 en 14.

to a decision of a court of justice in this country.<sup>65</sup> Na de toetreding van Engeland tot de EG werd Pothier's autoriteit verworpen door Lord Denning.<sup>66</sup>

Aan het begin van de 19e eeuw werd ook de *tort of negligence* erkend.<sup>67</sup> Winfield geeft aan dat: "by the earlier part of the nineteenth century their (= de verschillende actions on the case RJT) scope had gradually been extended until all that was needed to bring the law to the present shape was a change in form and a statement of a general rule instead of an enumeration of particular instances."<sup>68</sup> De 19e eeuw werd dan ook de 'klassieke periode' van het Anglo-Amerikaanse privaatrecht.<sup>69</sup>

In de volgende paragraaf zullen we zien, dat met de stormachtige ontwikkeling van *assumpsit* ook de opkomst van het leerstuk van de *common callings* samenhangt. De werking van het status-concept via een *implied warranty (detinue)* of *strict liability* komen we in de vijfde paragraaf weer tegen bij de produktenaansprakelijkheid in onze eeuw.

#### 4. Common callings

Van een *common calling* was sprake als een persoon '*held himself out*' dat hij een bepaald beroep of bedrijf uitoefende. Dit bracht met zich mee, dat hij (1) zijn diensten moest aanbieden aan iedereen die daarom verzocht en wel (2) op een zorgvuldige wijze, zoals van een dergelijke beroepsbeoefenaar verwacht mocht worden. Wanneer hij daarmee in strijd handelde, was er sprake van een *breach of his assumpsit*. Tot degene die een *common calling*<sup>70</sup> uitoefenden behoorden onder meer herbergiers, vervoerders, arbeiders<sup>71</sup>, advocaten, artsen en prostitués (je zou kunnen zeggen: 'common callgirls'). Rechtsvorderingen tegen degenen die een *common calling* uitoefenden, omdat zij weigerden om een dienst of product aan te bieden of deze deugdelijk te verrichten of te leveren, werden voor het eerst mogelijk geacht na de introductie van de *action*

<sup>65</sup> Cox v. Troy, 5 B. & Ald. 474, 480. Naast Pothier had ook Von Savigny grote invloed. Vgl. Cheshire/Fifoot/Furmston, a.w. (1986), p. 13 en 14.

<sup>66</sup> Lord Denning in Lewis v. Averay, 1 Q.B. 198, 206 (1972).

<sup>67</sup> Meestal wordt voor Engeland als vertrekpunt echter Donoghue v. Stevenson, A.C. 562 (1932) genomen.

<sup>68</sup> Winfield, a.w. (1909), p. 185.

<sup>69</sup> Volgens Pound (a.w. 1917, p. 220) is de 19e eeuw, met zijn aandacht voorromeinsrechtelijke-continental begrippen als wil en schuld, "out line with the common law."

<sup>70</sup> De betekenis van 'common' is omstreden. Volgens Simpson (a.w. 1975, p. 230) betekent het 'generally available', terwijl Arterburn (a.w. 1927, p. 419) het definieert als het uitoefenen van een vak (in plaats van een incidentele bezigheid).

<sup>71</sup> Common labourers kwamen op na de pest-epidemie in de 14e eeuw. Dergelijke common labourers moesten bij hun werkgever blijven en deze blijven dienen. Deze civiele aansprakelijkheid versterkte strafrechtelijke wetgeving (de Ordinance of Labourers uit 1349 en de Statute of Labourers uit 1351). Zie: Baker, a.w. (1990), p. 378 en 379.

*on the case*.<sup>72</sup> Tot de eerste acties 'on the case' in de reports en plea rolls van de 14e eeuw behoort een aantal zaken waar de eiser vergoeding vraagt voor schade aan zijn persoon of goed, die is veroorzaakt door ondeskundig of onzorgvuldig gedrag van de gedaagde. Het ging om acties tegen ondernemers die een *common calling* uitoefenden (bijvoorbeeld acties tegen een chirurg die faalde in het genezen van een vinger, tegen een herbergier die faalde in zijn zorg ten opzichte van de eigendommen van zijn gasten, tegen een veerman door wiens incompetentie een aan hem toevertrouwde merrie het leven liet, tegen een arts die ondeskundig medicijnen toediende, tegen een smid die door het onzorgvuldig aanmeten van een hoefijzer een paard kreupel had gemaakt, tegen een barbier die een klant onzorgvuldig had geschoren waardoor die letsel aan zijn gezicht opliep etcetera).<sup>73</sup>

De oudst bekende zaak waar de beoefenaar van een *common calling* aansprakelijk werd gesteld, is de bekende *Humber Ferry-case* uit 1348.<sup>74</sup> De eiser klaagde uit trespass bij de King's Bench dat de gedaagde, een veerman, zijn merrie ontvangen had ter vervoer over de rivier de Humber, maar deze zijn boot zo zwaar had beladen dat de veerboot zonk en de merrie in de golven verdween. De raadsman van de veerman voerde aan, dat alleen de actie uit *covenant* ingesteld kon worden en niet de actie uit *trespass*. De court besliste echter dat het zodanig overbeladen van een veerboot met dergelijke schade tot gevolg, een *trespass* opleverde. Vanaf de 15e eeuw kwam de ontwikkeling van de doctrine van de *common callings* goed op gang. Het idee was, dat personen die een beroep of bedrijf uitoefenden waarvoor een bepaalde vaardigheid, training en deskundigheid gevegd werden, aansprakelijk waren uit de aard van hun vak als ze bij de uitoefening daarvan schade toebrachten. Zij werden aansprakelijk gesteld in hun hoedanigheid van professional en niet zozeer als contractuele wederpartij.<sup>75</sup>

Wat was de grond voor de aansprakelijkheid van degenen die een *common calling* uitoefenden? Volgens Simpson baseerden de courts "(...) their liability not upon the transactions they had entered into, but upon their *status*." (cursivering van mij RJT).<sup>76</sup> Zoals hij later opmerkt vereist dit een verandering van: "a theory of self-imposed liability for negligence to a theory that liability is imposed by law."<sup>77</sup> Holdsworth geeft aan dat: "The ground for allowing an action (...)

<sup>72</sup> Arterburn (a.w. 1927, p. 414 en 416) is de spiegelbeeldige opvatting toegedaan. Volgens hem heeft *assumpsit* eerder zijn bestaan te danken aan de ontwikkeling van de *common callings*-doctrine. Naar zijn mening raakten de courts later in verwarring en maakten de *assumpsit* (*holding out*) tot de basis voor aansprakelijkheid.

<sup>73</sup> Simpson, a.w. (1975), p. 203-204 (zie voor een uitvoerige beschrijving van de cases p. 210-215), Ames, a.w. (1888), p. 2 en Baker, a.w. (1990), p. 375, 376 en 382.

<sup>74</sup> *Bukton v. Tonnesende*, B. & M. 358 (1348).

<sup>75</sup> Vgl. Isaacs, a.w. (1917), p. 36 en Holdsworth, a.w. (1966), p. 430.

<sup>76</sup> Simpson, a.w. (1975), p. 207. In gelijke zin: Kessler/Gilmore, a.w. (1970), p. 26.

<sup>77</sup> Simpson, a.w. (1975), p. 229.



was at bottom *public policy*." (cursivering van mij RJT).<sup>78</sup> En even verder zegt hij: "This liability in tort followed from the fact that they were regarded as *holding a definite status* to which liability is annexed by law." (cursivering van mij RJT).<sup>79</sup> Volgens Arterburn en Wyman was een dergelijke rechtsplicht onder meer nodig, omdat tengevolge van het uitbreken van de pest in de 14e eeuw vaklieden schaars waren geworden en zij bovendien soms monopolieposities bekleedden, waardoor zij voor hun diensten praktisch iedere prijs konden vragen. Alleen prijsregulerende strafrechtelijke wetgeving was daarentegen niet voldoende.<sup>80</sup> Gepast paternalistisch optreden van rechters was dus geboden. Volgens Winfield is de grond voor hun aansprakelijkheid impliciet *strict* (risico-aansprakelijkheid): "As to the innkeeper it mattered nothing that the guest's goods were lost by the default of the inn servants, or that the guest was careless with the key of his room, or that he did not deliver the goods to the innkeeper, or that they were stolen by rascals of whom the innkeeper knew nothing."<sup>81</sup> Ames schetst de toenmalige situatie als volgt: "The person injured took the risk of all injurious consequences, unless the other expressly assumed the risk himself, or unless the peculiar nature of one's calling (...) imposed a customary duty to act with reasonable skill." Uiteindelijk wist de trespass on the case meer en meer in het domein van de gevestigde acties binnen te dringen.

In geval van een *common calling* was er geen sprake van een *express assumpsit*, maar van een impliciete of algemene *assumpsit* (*universal assumpsit*) die niet gesteld of bewezen hoefde te worden.<sup>82</sup> In de woorden van Burdick: "The fact that one was a common carrier, common innkeeper, common farrier, or common tailor was of itself a general *assumpsit* to serve carefully in carrying, shoeing, tailoring or giving shelter, and the allegation in such actions that the person charged was a common carrier, a common innkeeper, etc., involved of necessity in the word 'common' the implied allegation of an *assumpsit* to serve properly, and an allegation of a failure to serve was a sufficient allegation of breach of this *assumpsit*, and it was therefore unnecessary to set forth these allegations of an *assumpsit* and its breach in express terms."<sup>83</sup> In de case *Lane v. Cotton* uit 1701 overweegt Chief Justice Holt: "(...) wherever any Subject takes upon himself a Publick Trust for the Benefit of the rest of his fellow Subjects, he is eo ipso bound to serve the Subject in all the Things that are within the Reach and Comprehension of such an Office, under Pain of an Action against him."<sup>84</sup> "Professional status" was dus een factor van belang voor het bepalen van de toepasselijke normen en de aansprakelijkheid van een

<sup>78</sup> Holdsworth, a.w. (1966), p. 386.

<sup>79</sup> Holdsworth, a.w. (1966), p. 448.

<sup>80</sup> Zie nader: Arterburn, a.w. (1927), p. 421-423 en Wyman, a.w. (1904), p. 157-159.

<sup>81</sup> Winfield, a.w. (1909), p. 186.

<sup>82</sup> Vgl. Simpson, a.w. (1975), p. 229.

<sup>83</sup> Burdick, 'The origin of the peculiar duties of public service companies, Columbia L. Rev. (1911), p. 516

<sup>84</sup> Lane v. Cotton, 12 Mod. 472 (1701).

rechtssubject.<sup>85</sup> Zoals Holdsworth het uitdrukt: "It was for the interest of the community - then as now - that persons, who professed a particular calling should show an adequate amount of care, skill and honesty in following their calling. They could therefore be sued in tort if they did not come up to the standard imposed by the law."<sup>86</sup>

Zoals in de vorige paragraaf al eens is vermeld, maakte de schending van een dergelijke *general undertaking* of *universal assumpsit* het mogelijk een *action on the case* in te stellen. Het is dus van belang vast te stellen of er sprake is van een *common calling*. Zoals Justice Paston het in 1441 uitdrukte, in een *action on the case* tegen een chirurgijn die faalde in het genezen van een paard: "You have not shown that he is a common surgeon to cure such horses, and, therefore, although he has killed your horse by his medicine, you shall have no action against him without an *assumpsit*."<sup>87</sup>

In de eenvoudige middeleeuwse samenleving waren er maar weinigen die een 'common' onderneming voerden. Meer dan de al vaker genoemde 'common' herbergier etc. vallen er niet te noemen. Door de opbloeiende economische omstandigheden waren er vanaf de 17e eeuw echter steeds meer personen 'who held themselves out' om het publiek te dienen. Een dergelijke 'holding-out' verloor daarom zijn onderscheidende betekenis. Zo verklaarde Lord Holt in 1687 dat de 'gentlemen' die een verhandelbaar document tekende ad hoc een 'trader' werd.<sup>88</sup> Bovendien verloren de oude *common callings* hun monopoliepositie.<sup>89</sup> De *assumpsit* (of *undertaking*), die zo belangrijk was in eerder *actions on the case*, en geïmpliceerd werd in een actie tegen iemand op wie een *common calling* rustte, werd niet langer gezien als een noodzakelijk vereiste voor een actie.<sup>90</sup> De aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door het ondeugdelijk presteren werd gebaseerd op de plicht tot zorg voor de goederen (*duty of care*). *Common callings* werden vanaf de 18e eeuw alleen gelegd op de vervoerder (ter land en ter zee) en de herbergier. Hun bijzondere normering en aansprakelijkheid naar *common law* bleef in tact. Dit bracht nieuwe vragen op: is een tram een *common carrier*?<sup>91</sup> etc.<sup>92</sup> De *common callings* sluimerden in de 18e en 19e eeuw voort. Aan het eind van de 19e eeuw en aan het begin van de 20e eeuw kwam met name in de Verenigde Staten de oude *common callings*-gedachte weer om de hoek kijken in de vorm van de *public service-doctrine*.

<sup>85</sup> Simpson, a.w. (1975), p. 233.

<sup>86</sup> Holdsworth, a.w. (1966), p. 386.

<sup>87</sup> The Marshal's Case, Y.B. 19 H. 6, 49, p. 5. Vgl. ook Mason v. Grafton, Hobart 245 (1725), waar in een *action on the case* tegen een herbergier werd beslist dat het noodzakelijk was dat aangetoond werd dat hij een *common inn* bedreef.

<sup>88</sup> Witherly v. Sarsfield, 1 Shower 127 (1687).

<sup>89</sup> Wyman, a.w. (1904), p. 160 en 161.

<sup>90</sup> Vgl. Holdsworth, a.w. (1966), p. 448 en 449.

<sup>91</sup> Bevestigend: Levi v. Railroad Co., 11 Allen 300 (Mass. 1865).

<sup>92</sup> Zie uitvoerig: Burdick, a.w. (1911), p. 525-527.

## 5. Public service

Toen de industriële revolutie zich doorzette, kwamen de gedachten achter de *common callings*-doctrine weer boven water: *de public service-doctrine*. Deze *public service-doctrine* is in de Verenigde Staten aan het eind van de vorige eeuw ontstaan en in onze eeuw verder uitgebouwd. Rechterlijke instanties legden sommige ondernemingen bepaalde verplichtingen op ten opzichte van het grote publiek en de individuele rechtssubjecten met wie zij zaken doen. *Public service*-ondernemingen werden geacht aan iedereen 'impartially and reasonably' hun diensten aan te bieden. De band met de oude *common callings* is daarmee gelegd. In *Missouri v. Bell Telephone Co* uit 1885 wordt de link van een *public service* onderneming naar de *common callings* duidelijk aangegeven: "A telephonic system is simply a system for the transmission of intelligence and news. It is, perhaps, in a limited sense, and yet in a strict sense, a *common carrier*. It must be equal in its dealings with all."<sup>93</sup> Telefoon- en telegraafmaatschappijen werden vaker vergeleken met *common carriers*. Roscoe Pound geeft aan: "It is significant that progress in our law of public-service companies has taken the form of abandonment of nineteenth-century conceptions for doctrines which may be found in the Year Books."<sup>94</sup> Patterson zegt over deze 'compulsory contracts': "This type of compulsory contract is not a recent invention; it goes back to the Middle Ages. The significant changes in the last half-century have been the extension of the public service duty to new types of callings."<sup>95</sup> Ook Köndgen signaleert een band tussen de oude *common callings* en deze *public service-doctrine*: "Der Gedanke, daß der öffentlich kundgemachte Eintritt in das Marktgeschehen pflichtsteigernd und manchmal pflichtbegründend wirkt, liegt einigen Rechtsinstituten des heutigen amerikanischen Rechts zugrunde, die wir mit gutem Grund als moderne Nachfahren der *common callings* bezeichnen können."<sup>96</sup> De verplichtingen van de *public service*-onderneming bestaan los van contract, en gaan soms zelfs dwars tegen contractuele regelingen in. De verplichtingen vloeien voort uit *status*. De *public service-ondernemingen* hebben vaak een of meer van de volgende kenmerken: hun onderneming levert (1) belangrijke producten of diensten, (2) zij geven een uitdrukkelijke of impliciete voorstelling van zaken wat betreft hun producten of diensten ten opzichte van het publiek (bijv. reclame), (3) zij hebben een superieure onderhandelingspositie (feitelijk of kunstmatig monopolie) en bezitten (4) wettelijke erkenning.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> *Missouri v. Bell Telephone Co.*, 23 Fed. 539 (1885). In gelijke zin: *Commercial Union Telegraph Co. v. New England Telegraph & Telegram Co.*, 61 Vt. 241 (1888) en *State v. Citizens Telephone Co.*, 61 S.C. 83, 97 (1901).

<sup>94</sup> Pound, a.w. (1917), p. 219. Zie ook dezelfde, a.w. (1921), p. 29.

<sup>95</sup> Patterson, a.w. (1943), p. 734.

<sup>96</sup> Köndgen, a.w. (1981), p. 31.

<sup>97</sup> Tobriner en Grodin, *The individual and the public service enterprise in the new industrial state*, California L. Rev. (1967), p. 1253.

Hoe ontstonden deze public service ondernemingen? Een belangrijke oorzaak is, dat bepaalde ondernemingen een *feitelijke of kunstmatige monopoliepositie* verkregen, die hen een enorme machtspositie gaven met betrekking tot de prijs en de kwaliteit van de door hen aangeboden producten of diensten. Het probleem is echter dat bepaalde levensbehoeften (transport, gas, water electra etc.) zo essentieel zijn, dat een mens daar niet buiten kan. Deze goederen of diensten zijn van algemeen belang voor het publiek. Volgens Kessler bestaat er dan ook een contracteerplicht (1) waar het eerste levensbehoeften betreft (dit verandert met de tijd) of (2) als er sprake is van een monopoliepositie.<sup>98</sup> Dergelijke ondernemingen werden volgens Wyman vanaf het eind van de 19e eeuw daarom voor 'public in its nature' gehouden en daarom een scala aan verplichtingen opgelegd. Met name de regel, dat zij aan een ieder die daarom vroeg in de regel hun diensten aan moesten bieden tegen redelijke condities.<sup>99</sup> Dit in tegenstelling tot 'private callings', die zich kenmerkten door een onderlinge competitie en waar de ondernemingen zelf de contractvoorwaarden mochten bepalen. De overheid zelf was overigens de grootste bron van *kunstmatige monopolieposities*. Zij verstrekte exclusieve *franchises* aan bepaalde ondernemingen. In de uitspraak *California v. Pacific Railroad* uit 1888 geeft de Supreme Court of the United States een duidelijke uitleg van het begrip 'franchise': "a franchise is a right, privilege or power of public concern, which ought not to be exercised by private individuals at their mere will and pleasure, but should be reserved for public control and administration, either by the government directly, or by public agents, acting under such conditions and regulations as the government may impose in the public interest, and for the public security."<sup>100</sup> Een dergelijke monopoliepositie (franchise) wordt overigens alleen gerechtvaardigd als het publieke belang daarmee gediend is.<sup>101</sup> Kort en krachtig werd dit verwoord in *Burlington and Henderson County Ferry Co. v. Davis*: "Whatever objections there may be to the creation of a monopoly, it is considered as overcome in the matter of a ferry by the consideration of the public necessity or advantage."<sup>102</sup>

Door het accepteren van de franchise werden ondernemingen public service-ondernemingen met de bijbehorende verplichtingen. Dit werd ook duidelijk in de uitspraak van de Supreme Court of the United States in *Louisville Gas Co. v. Citizens Gas Co* uit 1885, waar met instemming een andere zaak wordt aangehaald: "But in all such cases the person, whether natural or artificial, to whom the privilege is granted is bound, *upon accepting it*, to render to the public that service, the performance of which was the inducement to the grant;

<sup>98</sup> Kessler, Some thought on the evolution of the German law of contracts - A comparative study: part I, UCLA L. Rev. (1975), p. 1072.

<sup>99</sup> Vgl. Wyman, a.w. (1904), p. 241, 246 en 247.

<sup>100</sup> *California v. Pacific Railroad*, 27 U.S. 1, 40 (1888).

<sup>101</sup> Burdick, a.w. (1911), p. 634-638.

<sup>102</sup> *Burlington and Henderson County Ferry Co. v. Davis*, 48 Ia. 133, 137 (1878).

and it is because of such obligation to render service to the public that the legislature has power to make the grant. (...) permission to keep a tavern or a ferry, to erect a toll-bridge over a stream where it is crossed by a public highway, to build a mill-dam across a navigible stream, and the like, are special privileges, and, being matters in which the public have an interest, may be granted by the legislature to individuals or corporations; *but the grantee upon accepting the grant, at once becomes bound to render that service to secure which the grant was made (...)*" (cursiveringen van mij RJT).<sup>103</sup>

Dergelijke 'franchise'-ondernemingen die enerzijds van overheidswege bepaalde exclusieve rechten krijgen, worden anderzijds belast met bijzondere verplichtingen (met name om een ieder die daarom vraagt tegen een redelijke vergoeding te bedienen). Een voorbeeld ontleen ik aan de volgende uitspraak. In *Haugen v. Albina L & W Co.* oordeelt de court ten aanzien van een waterbedrijf (een franchise) als volgt<sup>104</sup>: "As the defendant could not carry on the business of supplying water without the franchise, the city must have intended, in granting such franchise, to charge it with the performance of the duty it *undertook* for the public by the terms of its incorporation, and the defendant, in accepting the benefits of the grant, must have *assumed* the performance of such duty. In a word, the acceptance of a franchise, under such conditions, carries with it the corresponding duty of supplying the public without discrimination with the particular commodity, which the corporation was organized to supply." (cursiveringen van mij RJT).<sup>105</sup>

Volgens Burdick berusten de bijzondere verplichtingen ('to serve reasonably and impartially') van de public service ondernemingen niet zozeer op hun monopoliepositie - waardoor een analogie met de common callings gelegd kan worden - maar op de toekenning van speciale bevoegdheden (*power of eminent domain*, d.w.z. de onteigeningsbevoegdheid).<sup>106</sup> In zijn woorden: "the potential usefulness of an undertaking to the members of a community justifies the grant of power of eminent domain for the furtherance of this undertaking, and the acceptance of such grant carries with it the duty to use such powers reasonably and impartially for the benefit of all applicants."<sup>107</sup> De toekenning van een franchise leidt echter tot een kunstmatig monopolie.

De eerste cases die zich in onze eeuw voordeden zagen ook op monopolieposities. Zij hadden in de eerste plaats betrekking op de mogelijkheid om *lid te worden van een vakbond*. Het belang daarvan was, dat de vakbonden enerzijds van werkgevers wisten te bedingen dat het lidmaatschap van

<sup>103</sup> Louisville gas Co. v. Citizens Gas Co., 115 U.S. 683 (1885), waar met instemming geciteerd wordt uit *Gordon v. Winchester* (Ky. 1826), 12 Bush. 110.

<sup>104</sup> Door het woordgebruik wordt een link met de common callings (assumpsit) gelegd.

<sup>105</sup> *Haugen v. Albina L & W Co.*, 21 Ore. 411, 420 (1891).

<sup>106</sup> Burdick, a.w. (1911), p. 620 en 627.

<sup>107</sup> Burdick, a.w. (1911), p. 629.

een vakbond vereist was voor het verkrijgen van werk (closed shop agreements) en zij anderzijds werknemers het lidmaatschap van hun vakbond konden weigeren. De New Jersey Court of Chancery, verwoorde in 1938 op duidelijke wijze de gehoudenheid van vakbonden om werknemers niet op onredelijke gronden het lidmaatschap te onthouden, met een verwijzing naar de oude common callings doctrine. "Monopoly raises duties which may be enforced against the possessors of the monopoly. This has been recognized from the earliest times. The rule that one who pursued a common calling was obliged to serve all comers on reasonable terms, seems to have been based on the fact that inkeepers, carriers, farriers, and the like, were few, and each had a virtual monopoly in the neighborhood (...). The question presented in the instant case is not one of prices or of serving the public but one of employment (..). However, the principle is the same; the holders of the monopoly must not exercise their power in an arbitrary, unreasonable manner so as to bring injury to others."<sup>108</sup> Zes jaar later volgde de Californische Supreme Court bij monde van Justice Gibson dezelfde redenering: "Where a union has, as in this case, attained monopoly of the supply of labor by means of closed shop agreements and other forms of collective labor action, such a union occupies a quasi-public position similar to that of a public service business and it has certain corresponding obligations."<sup>109</sup> Later werd zelfs het belang van de werknemer erkend om lid te worden van een vakbond, zonder dat het belang van de werknemer in het geding was of hij al dan niet een baan krijgt.<sup>110</sup> Op vakbonden werden dus verplichtingen opgelegd vanwege hun monopoliepositie. Deze doctrine breidde zich langzaam uit tot de toelating van leden tot andere organisaties. In 1961 oordeelde de Supreme Court of New Jersey, dat gezien de feitelijke controle van een medical society over de toelating van artsen tot ziekenhuizen en het daarmee samenhangende vertrouwen van het publiek in de uitoefening van de geneeskunde, hun macht om aspirant-leden uit te sluiten van lidmaatschap: "should not be unbridled but should be viewed judicially as a fiduciary power to be exercised in a reasonable and lawful manner for the advancement of the interest of the medical profession and the public generally."<sup>111</sup> gelijksoortige beslissingen zijn gegeven in andere zaken die betrekking hadden op de toelating van artsen tot medical societies en de staf van een ziekenhuis.<sup>112</sup> Het status-concept dat aan de bovengenoemde beslissingen ten grondslag ligt wordt verder gevoerd tot buiten de relatie van een aspirant-lid tot een organisatie.

---

<sup>108</sup> Wilson v. Newspaper & Mail Deliverers' Union, 123 N.J. Eq. 347, 350-51, 197 A. 720, 722 (Ch. 1938).

<sup>109</sup> James v. Marinship Corporation, 25 Cal. 2d 721, 155 P. 2d 329 (1944).

<sup>110</sup> Thorman v. International Alliance of Theatrical Stage Employees & Moving Picture Machine Operators, 49 Cal. 2d 629, 320 P.2d 494 (1958). Vgl. ook Directors Guild of America, Inc. v. Superior Court, 64 Cal. 2d 42, 52-53, 409 P.2d 934, 941-42 (1966).

<sup>111</sup> Falcone v. County Medical Society, 34 N.J. 582, 170 A.2d 791 (1961).

<sup>112</sup> Vgl. de rechtspraak genoemd bij Tobriner/Grodin, a.w. (1967), p. 1259 (noten 51 en 52).

Ook in de verhouding tussen consument en onderneming, producent, dienstverlener e.d. komt de idee van status op. In een aantal verschillende zaken hebben de courts beslist dat *het product of de dienst moet overeenstemmen met de redelijke verwachtingen van het publiek*. Status legt hier de handelaar, producent of dienstverlener verplichtingen op. Daarbij kunnen twee categorieën worden onderscheiden. In de eerste plaats betreft het de gevallen waar een contractuele exoneratie, bedoeld om de aansprakelijkheid van de verkoper, producent, dienstverlener e.d. voor nalatigheid op te heffen, nietig wordt verklaard. Dit instrument wordt onder meer toegepast in de verhouding tussen bewaarnemer (bailee) en bewaargever (bailor), huurder en verhuurder, bank en cliënt, ziekenhuis en patiënt en gelijksoortige verhoudingen.<sup>113</sup> In de tweede plaats gaat het om gevallen waar van verkopers, producenten en dienstverleners e.d. verwacht wordt dat zij een prestatie van een dusdanige kwaliteit leveren die de consument redelijkerwijs mag verwachten van dergelijke ondernemingen (*reasonable expectations-leer*). In beide categorieën is het zo, dat "courts impose public obligations upon private undertakings in order to protect the individual from the economically more powerful enterprises. (...) Most courts (...) have placed greater emphasis upon the institutional relationship of the parties and upon their respective roles in society; they have concluded that the status of the purveyor of goods or services itself imposes an obligation to fulfill certain public functions. Thus (...) courts may impose upon the performer the obligation to render such performance as fulfills the reasonable expectation of the other party."<sup>114</sup>

Een aantal voorbeelden kan het bovenvermelde verduidelijken. De eigenaar of beheerder van parkeergarages, bagagedepots en opslagruimtes worden door de rechtspraak van 'public service nature' geacht. Een exoneratie van een uitbater van een parkeergelegenheid voor zijn 'liability for negligence' wordt "generally regarded as against public policy."<sup>115</sup> In *Miller's Mutual Fire Insurance Association v. Parker*<sup>116</sup>, een andere parkeergaragezaak, worden de achtergronden van deze rechtspraak verduidelijkt: "The complexity of today's commercial relations and the constantly increasing number of automobiles render the question of parking a matter of public concern (...)". Even verder wordt geoordeeld, dat parkeerplaatsuitbaters "professional bailees" zijn, die "hold themselves out to the public as being possessed of convenient means and special facilities to furnish the service offered for a price. They deal with the public on a uniform basis and at the same time impose or seek to impose predetermined conditions which rob the customer of any equality of bargaining power." Zo zijn

<sup>113</sup> Zie de uitvoerige vermelding van jurisprudentie in: Tobriner/Grodin, a.w. (1967), p. 1264 en 1265.

<sup>114</sup> Tobriner/Grodin, a.w. (1967), p. 1265 en 1266.

<sup>115</sup> *Agricultural Insurance Company v. Constantine*, 144 Ohio St. 283, 58 N.E.2d 663 (1944) en *England v. Lyon Fireproof Storage Co.*, 94 Cal. App. 562, 571, 271 P. 532, 536 (1928).

<sup>116</sup> *Miller's Mutual Fire Insurance Association v. Parker*, 234 N.C. 20, 65 S.E. 2d, 344 (1951).

er meer van dergelijke public service-ondernemingen te noemen, waarvan de rechtsverhouding met hun cliënten door hun status wordt bepaald. Ook de verhouding verhuurder-huurder in stedelijke gebieden is er een van ongelijkheid. De rechtspraak wijst ook hier op de 'public interest' van de verhouding verhuurder-huurder.<sup>117</sup> Hetzelfde geldt als banken en ziekenhuizen trachten hun aansprakelijkheid voor negligence te beperken. Courts leggen hen dan - afgaande op de huidige plaats van dergelijke instellingen - soms verplichtingen op, die gebaseerd zijn op de redelijke verwachtingen van het publiek ten aanzien van de aangeboden diensten. De ongelijkheid van partijen speelt ook hier een belangrijke rol: "It may also be added that the testimony shows the parties in this case were not contracting upon an equal basis."<sup>118</sup> Ook ziekenhuizen kunnen beschouwd worden als een 'public service institution'. In bijvoorbeeld *Tunkl v. Regents of the University of California*<sup>119</sup>, oordeelde de Supreme Court van California dat een clause ongeldig was, waarin het ontslag van de patiënt uit het ziekenhuis, afhankelijk werd gesteld van diens afstand van aansprakelijkstelling van het ziekenhuis voor 'future negligence'. Na vooropgesteld te hebben, dat de overeenkomst "affected with a public interest" is, zet de Supreme Court in een principiële overweging de karakteristieken van een dergelijke overeenkomst op een rijtje: "It concerns a business of a type generally thought suitable for public regulation. The party seeking exculpation is engaged in performing a service of great importance to the public, which is often a matter of practical necessity for some members of the public. The party holds himself out as willing to perform this service for any member of the public who seeks it, or at least for any member coming within certain established standards. As a result of the essential service of the service, in the economic setting of the transaction, the party invoking exculpation possesses a decisive advantage of bargaining strength against any member of the public who seeks his services. In exercising a superior bargaining power the party confronts the public with a standardized adhesion contract of exculpation, and makes no provision whereby a purchaser may pay additional reasonable fees and obtain protection against negligence. Finally, as a result of the transaction, the person or property of the purchaser is placed under the control of the seller, subject to the risk of carelessness by the seller or his agents."

Wat betreft het probleem van de 'sterkere' partijen, die hun zwakkere wederpartij af willen schepen met gebrekkige of ondeugdelijke producten of diensten dient het volgende opgemerkt te worden. Het gaat hier om de vraag wat de inhoud is van de prestatie waarop de zwakkere partij recht heeft. De courts

---

<sup>117</sup> Zie duidelijk: *Simmons v. Columbus Venetian Stevens Buildings, Inc.*, 20 Ill. App. 2d 1, 155 N.E.2d 372 (1958).

<sup>118</sup> *Hiroshima v. Bank of Italy*, 78 Cal. App. 362, 377, 248 P. 947, 953 (1926). Zie voor verdere jurisprudentie m.b.t. banken: *Tobriner/Grodin*, a.w. (1967), p. 1270 (noten 118-120).

<sup>119</sup> *Tunkl v. Regents of the University of California*, 60 Cal. 2d 98-101, 383 P. 2d 444-446, 32 (1963).



bepalen de inhoud van de verplichting van de sterkere partij aan de hand van de *reasonable expectations* van de zwakkere partij. Dit geldt onder meer in de verhouding verzekeraar-verzekerde wat betreft de inhoud van de dekking van de verzekering.<sup>120</sup> In *Gray v. Zurich Insurance Company*<sup>121</sup>, oordeelde het Californische Supreme Court: "In summary, the individual consumer in the highly organized and integrated society of today must necessarily rely upon institutions devoted to the public service to perform the basic functions which they undertake. At the same time the consumer does not occupy a sufficiently strong economic position to bargain with such institutions as to specific clauses of their contracts of performance, and, in any event, piecemeal negotiation would sacrifice the advantage of uniformity. Hence the courts in the field of insurance contracts have tended to require that the insurer render the basic insurance protection which it has held out to be insured. This obligation becomes especially manifest in the case in which the insurer has attempted to limit the principal coverage by an unclear exclusionary clause. We test the alleged limitation in the light of *the insured's reasonable expectation of coverage*; that test compels the indicated outcome of the present litigation." (cursivering van mij RJT). Kortom, een verzekering moet de verzekerde die dekking bieden die hij redelijkerwijs mocht verwachten. In de verhouding bank-cliënt wordt hetzelfde aangenomen.<sup>122</sup> Deze 'reasonable expectation'-doctrine raakt de kern van het status-concept: de instelling moet, als zijnde een public service-onderneming, die prestatie verrichten waarmee 'it holds itself out as doing'. Het vertrouwen van de wederpartij in de uitoefening van een public service houdt hiermee verband.

In de verhouding van de producent of verkoper ten opzichte van de consument wordt de laatste beschermd tegen de eerste. Daartoe gebruiken de courts twee methoden: de *implied warranty* (stilzwijgende garantie) en de *strict liability in tort* (delictuele risico-aansprakelijkheid). Een voorbeeld van het gebruik van een *implied warranty* vormt *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, waarin - na expliciet de analogie te hebben gemaakt met 'semi-public services' - geoordeeld werd: "When a manufacturer puts a new automobile in the stream of trade and promotes its purchase by the public, an implied warranty that is reasonably suitable for use as such accompanies it into the hands of the ultimate purchaser."<sup>123</sup> Deze benadering via een implied warranty doet

---

<sup>120</sup> Vgl. *Steven v. Fidelity & Casualty Company of New York*, 58 Cal. 2d 862, 377 P.2d 284 (1962), *Wernecke v. Pacific Fidelity Life Insurance Company*, 238 Cal. App. 2d 884 (1965) en *Lagomarsino v. San Jose Abstract and Title Insurance Company*, 178 Cal. App. 2d 455 (1960). Zie verder: F. Kessler, *Some Observations on the Protection of Expectations in the Private Insurance Contract in the United States*, *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen 1981, p. 657-665.

<sup>121</sup> *Gray v. Zurich Insurance Company*, 65 Cal. 2d 280, 419 P.2d 179 (1966).

<sup>122</sup> Vgl. *Los Angeles Investment Company v. Home savings bank*, 180 Cal. 601, 182 P. 293 (1919) en *Frankini v. Bank of America National Trust & Savings Association*, 12 Cal. App. 2d 298, 55 P.2d 232 (1936).

<sup>123</sup> *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 384, 161 A.2d 84 (1960).

denken aan de implied warranty die in de 15e eeuw werd aangenomen met betrekking tot een voedselverkoper wat betreft de kwaliteit van zijn waren. *Implied warranties* konden voortvloeien uit het feit, dat de verkoop was verricht door een handelaar.<sup>124</sup> Dergelijke implied warranties "made the seller an insurer of the fitness of his goods for their ordinary purposes and for the particular purpose of the purchaser in those instances when the purchaser was relying on the seller to the seller's knowledge."<sup>125</sup>

Een voorbeeld van de benadering via *strict liability in tort* is de klassieke case *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* Het Californische Supreme Court oordeelde: "The recognition that the liability is not assumed by agreement but imposed by law (...) and the refusal to permit the manufacturer to define the scope of its own responsibility for defective products (...) make clear that the liability is not one governed by the law of contract warranties but by strict liability in tort."<sup>126</sup> En even verder: "Implicit in the machine's presence on the market (...) was a representation that it would safely do the jobs for which it was built." De consument heeft er recht op dat het product veilig functioneert, hetgeen op de producent een plicht legt daarvoor te zorgen. De produktaansprakelijkheid berust dan ook in essentie op de *reasonable expectations-leer*. Bescherming van de redelijke verwachtingen van de consument staat voorop. In *Daly v. General Motors Corp.* werd over de strict liability in tort geoordeeld: "The liability was created judicially because of the economic and social need for the protection of consumers in an increasingly complex and mechanized society, and because of the limitations in the negligence and warranty remedies."<sup>127</sup> De *reasonable expectations-leer* kennen we min of meer ook in Nederland, namelijk bij de vraag of een produkt 'gebrekig' is in de zin van de regeling van de produktenaansprakelijkheid (art. 1407a ev BW/afd. 6.3.3 NBW). Art. 1407b lid 1 BW/art. 6:186 lid 1 NBW geeft aan, dat een produkt gebrekkig is "indien het niet de veiligheid biedt die men (in de regel het grote publiek RJT) daarvan mag verwachten" gezien de omstandigheden van het geval. Tot de omstandigheden die daarbij in het bijzonder van belang zijn behoort de presentatie van het product (sub a).

Köndgen geeft de grondslag van de aansprakelijkheid van deze public service ondernemingen als volgt weer: "Wer will, mag auch in dieser Rahmenezurechnung noch ein Stück Zurechnung zum Willen erkennen; doch wäre damit das Spezifikum eines public calling kaum adäquat erfaßt. Zutreffender hat man hier von einer Haftung aus besonderer (markt)-öffentlichem *Status* gesprochen, den

<sup>124</sup> Prosser and Keeton, *On the Law of torts*, St. Paul Minn., (1984), §95a.

<sup>125</sup> Prosser/Keeton, a.w. (1984), §95a. Tegenwoordig bestaan er in de VS wetsbepalingen met betrekking tot implied warranties. Zie: §15 Uniform Sales Act en §2-314 en 315 UCC.

<sup>126</sup> *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 64, 377 P.2d 901 (1963).

<sup>127</sup> *Daly v. General Motors Corp.*, 575 P.2d 1162 (1978). Zie over het Amerikaanse produktaansprakelijkheidsrecht kort: Knottenbelt, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, (1991), Hoofdstuk 6 en Van Wassenaer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, 2e druk, (1991), p. 4-7.

das Privatrechtssubjekt durch seinen Eintritt in das Marktgeschehen in einer bestimmten, von öffentlichen Interesse affizierten Position begründet: Ein p.s.-Unternehmen ist als Privatrechtssubjekt - jedenfalls teilweise - 'entprivatisiert'.<sup>128</sup>

In Engeland vonden de geschetste ontwikkelingen niet of later plaats. Eerst in 1977 nam bijvoorbeeld het parlement de Unfair Contract Terms Act aan. Daarin is bepaald, dat sommige aansprakelijkheden niet gelimiteerd of uitgesloten kunnen worden, bepaalde limiterings- en exoneratieclausules onderworpen zijn aan rechterlijke contrôle op hun 'reasonableness' en dat het mogelijk is dat 'reasonable expectations' ten uitvoer worden gelegd ondanks tegenstrijdigheid met expliciete contractvoorwaarden.<sup>129</sup>

## 6. Slotbeschouwing

De geschiedenis herhaalt zich. Dit geldt ook voor normering en aansprakelijkheid op grond van status. Een dergelijke status-aansprakelijkheid berust in feite niet op wil of schuld, maar op het bezitten van een bepaalde hoedanigheid. Het status-concept (normering en aansprakelijkheid op grond van status) is na een paar eeuwen van een sluimerend bestaan aan het eind van de 19e eeuw weer boven water komen drijven. Deze conjunctuur-beweging hangt samen met periodes van standaardisatie en periodes van individualisatie.<sup>130</sup>

Onze tocht door de historie van het Anglo-Amerikaanse recht heeft laten zien, dat het status-concept bijzonder oud is. Duidelijk is het status-concept terug te vinden in de Engelse *common callings-doctrine*, die aan het eind van de 14e eeuw opkwam. Ook via de *implied warranty*, die uit de aard van een *public duty* kon voortvloeien (bijvoorbeeld op een voedselverkoper rustte een *strict liability* ten aanzien van de kwaliteit van het voedsel), werkte het status-concept door. Deze gedachte kwam aan het begin van de 15e eeuw op. Van het eind van de 17e eeuw tot het eind van de 19e eeuw leidde de *common callings-leer* een sluimerend bestaan (behalve in de figuur van de *common carrier*). Aan het eind van de 19e eeuw kwam in de Verenigde Staten de *public service-doctrine* op, die met name de ongebreidelde macht van monopolieposities ('franchises' als leveranciers van gas, water en electra, vakbonden en andere beroepsorganisaties) aan banden legde en die eiste dat een product of dienst moet overeenstemmen met de redelijke verwachtingen van de cliënt (*reasonable expectations-leer*), dit ondanks andersluidende contractvoorwaarden (waaronder exoneraties). Deze gedachte werd en wordt onder meer toegepast bij bewaargeving, de bankovereenkomst, de ziekenhuisovereenkomst en de

---

<sup>128</sup> Köndgen, a.w. (1981), p. 36

<sup>129</sup> Vgl. Baker, a.w. (1990), p. 405-407.

<sup>130</sup> Vgl. Isaacs, a.w. (1943), p. 40 en 41 en Von Mehren, *Contracts in general*, Ch. 1, A general view of contract, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VIII, (1982), p. 11 (en noot 37).

verzekeringsovereenkomst. Bij consumentenkoop wordt de bescherming van de consument tegen gebrekkige producten gerealiseerd door een invulling van *implied warranties* en *strict liability in tort*. Kort en goed, het status-concept is niet van de laatste tijd.

Welke oorzaken en gedachten zaten er achter de strengere normering en spoediger aansprakelijkheid van status-figuren? In de statische maatschappij van de late middeleeuwen (14e eeuw) vormden de *common callings* een duidelijke illustratie van normering en aansprakelijkheid op grond van status. Een belangrijke factor om status-aansprakelijkheid aan te nemen was in de eerste plaats een *monopoliepositie*. Dit gold met name waar het goederen of diensten van *algemeen belang* betrof, zoals eten, water, vervoer en gezondheid van mens en dier. Het privaatrecht ziet er in dat geval op toe, dat bepaalde goederen en diensten voor een ieder verkrijgbaar zijn en wel op redelijke voorwaarden (waaronder een redelijke prijs). Een andere belangrijke factor bij het status-concept is het *vertrouwen* van de cliënt in de deskundigheid en vaardigheid van de beroepsbeoefenaar. Dit vertrouwen wordt versterkt door de *holding out* als zodanig (onder andere door een uithangbord of reclame). De wederpartij heeft bepaalde verwachtingen van een dergelijke professional. Common callings vormden een impliciete *assumpsit*. Deze *assumpsit* was de juridische vorm waarin status-concept in de late middeleeuwen werd gegoten. *Assumpsit* was een rechtsfiguur tussen contract en onrechtmatige daad in. Uit *assumpsit* vormden zich al vroeg figuren die wij nu als *implied warranty* of *negligence* zouden aanmerken. Als afzonderlijke rechtsfiguren worden deze eerst in de 18e respectievelijk 19e eeuw erkend. Zoals we gezien hebben werkt in deze figuren het status-concept nog steeds door. Door de economische opleving in de 17e eeuw en de toenemende openheid van de economische markten verloor de *common callings*-doctrine haar onderscheidend vermogen. Iedere handelaar of dienstverlener 'held himself out'. Alleen in de *common carrier* bleef de oude doctrine voortsluimeren.

Door de industriële ontwikkeling, de opkomst van het verkeer en de groei van de handel (standaardisatie, massaliteit en snelheid van het rechtsverkeer) kwam het status-concept aan het eind van de 19e eeuw opnieuw in de belangstelling. De 19e eeuwse rechtsleer was sterk op het individu gericht (wil en schuld), maar door de snelle technische, economische en maatschappelijke ontwikkelingen voldeed deze aan het eind van de 19e eeuw al niet meer aan de maatschappelijke behoefte. Standaardisatie ging weer overheersen boven individualisatie. Ook het recht kon geen rekening meer houden met alle verschillen in individuele gevallen. Het recht moest overgaan op standaardisatie (hard & fast rules) en bescherming van het rechtsverkeer (door bijvoorbeeld de vertrouwensleer). Het status-concept sluit bij die behoefte aan. De normale lijn der verwachtingen die van het uitoefenen van een bepaalde positie verwacht wordt, moet zoveel mogelijk gehonoreerd worden. Deze teruggreep op de aloude *common callings*-leer kwam vooral in de Verenigde Staten op en werd *public*

*service-doctrine* genoemd. In geval van feitelijke of kunstmatige monopolies speelde - net als bij de *common callings* - de gedachte van het *algemeen belang* (de verkrijgbaarheid van goederen of diensten en de voorwaarden daarvoor) en de compensatie van een ongelijke *machtspositie* een rol. Ook het *vertrouwen* van het publiek in de deskundigheid van de wederpartij is bij status-aansprakelijkheid nog steeds van belang. Dit wordt nog eens versterkt als er sprake is van een *relation of trust and confidence*. Nieuw is echter de steeds sterker wordende *beschermingsgedachte* als motor van het status-concept. De consument-koper, verzekerde etc. verdient bescherming tegen ondeugdelijke prestaties (of exoneratie's dienaangaande) van de 'sterkere' wederpartij. Het product of de dienst moet overeenstemmen met diens redelijke verwachtingen. In de delictuele sfeer overheerst de gedachte dat het slachtoffer bescherming verdient tegen de gevaren die de opkomende industrie (gevaarlijke producten, arbeidsongevallen en nu milieu) en het verkeer met zich meebrengen. Degene die de vruchten plukken van de technische ontwikkelingen moeten ook de daardoor veroorzaakte schade vergoeden. Risico-aansprakelijkheid (*strict liability*) is op haar plaats.

Er kan worden samengevat: het status-concept kent, zoals we in dit hoofdstuk gezien hebben, een lange historie. Deze historische lijn loopt door naar het heden en gaat naar verwachting door naar de toekomst. Determinanten van het status-concept zijn: 'inequality of bargaining power', algemeen belang, vertrouwen en bescherming van zwakkeren. Deze ijkpunten zijn van belang voor zowel het huidige recht als het spoedig komende recht (NBW). De genoemde factoren leiden, naar meer wordt aangenomen tot een strengere normering en een spoediger aannemen van aansprakelijkheid.<sup>131</sup> Ik kan dan ook volledig instemmen met Tobriner en Grodin, die in de *California Law Review* van 1967 schrijven: "We believe that our legal system is reviving status concepts - not from nostalgia for a bygone society, but to meet the challenges of today."<sup>132</sup>

Rotterdam

R.P.J.L. Tjittes

---

<sup>131</sup> Vgl. Mertens, *Deliktsrecht und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen*, AcP (1978), p. 242-251.

<sup>132</sup> Tobriner/Grodin, a.w. (1967), p. 1253.