

Tilburg University

Review of the book *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen*

Vranken, J.B.M.

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

Publication date:
1987

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Vranken, J. B. M. (1987). Review of the book *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen: Een onderzoek naar de kwalitatieve aansprakelijkheid volgens Nieuw Burgerlijk Wetboek in rechtsvergelijkend perspectief*, F.T. Oldenhuis, 1985. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 148(4), 204-208.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

bovendien vergroot wordt doordat van de trust in diverse landen afwijkende vormen zijn ontstaan. Des te meer lof voor de heldere wijze van beschrijving door de auteur.

Tot besluit

Van Mens had in zijn boek wellicht sommige onderwerpen meer kunnen uitdiepen, wat meer literatuur kunnen vermelden en naast de vindplaatsen in de BNB ook die in de *NJ* kunnen noemen, maar dat zijn eigenlijk de enige kritische opmerkingen die men bij zijn boek zou kunnen maken. Daarentegen overziet de schrijver een enorm terrein, waarbij hij volledigheid betracht, en op heldere wijze zijn eigen ideeën en de meningen van anderen uiteenzet.

Kortom: het boek van Van Mens is een aanwinst voor wetenschap en praktijk.

Leiden, juni 1986

T.J. Mellema-Kranenburg

F.T. Oldenhuis, Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen. Een onderzoek naar de kwalitatieve aansprakelijkheid volgens Nieuw Burgerlijk Wetboek in rechtsvergelijkend perspectief, dissertatie RU Groningen, promotor Prof. mr C.J.H. Brunner
Kluwer Deventer 1985, XX en 198 p.

1. De studie, waarop de auteur in oktober 1985 is gepromoveerd, kenmerkt zich door een opzet die beoogt een wezenlijke plaats in te ruimen voor rechtshistorie en rechtsvergelijking. Deel I (p. 1-98) behandelt naar het recht van het Nieuwe BW de buiten-contractuele kwalitatieve aansprakelijkheden van achtereenvolgens de ouders en voogden voor hun minderjarige kinderen (pupillen), van meesters voor hun ondergeschikten, van opdrachtgevers voor hun niet-ondergeschikte opdrachtnemers en van vertegenwoordigden voor hun vertegenwoordigers (art. 6.3.2.1-6.3.2.4.NBW). De in dit deel opgenomen rechtshistorische en rechtsvergelijkende notities worden, althans ten aanzien van de twee eerstgenoemde groepen van aansprakelijken, uitgewerkt in deel II (p. 99-160). Een samenvatting met vertalingen in het Frans en het Duits en een zaken-, rechtspraak- en wetsartikelenregister completeren het geheel.

2. In het bijzonder de nadruk die wordt gelegd op de rechtshistorie, is in recente Groninger proefschriften meer te constateren. Ik vermeld R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, 1985 met de alleraardigste conclusie dat Justinianus in het Nieuwe BW terugkeert, en G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, 1986 over de ontmythologisering van de opvattingen omtrent de onrechtmatige daad in de 19e eeuw. Met enige overdrijving – schoolvorming slaat in Nederland niet erg aan – zou men hier van een Groninger huisstijl kunnen spreken: geen obligate historische en rechtsvergelijkende excursies aan het begin en einde van proefschriften of boeken, maar een streven naar integratie met de behandeling van het positieve recht. Wanneer het goed gebeurt, kan het scherp bewust maken van de continuïteit van het recht, van de gelijksoortigheid van problemen en probleemontwikkelingen en van de relativiteit van de gekozen oplossingen, hier zowel als elders.

3. Ook Oldenhuis is er in geslaagd dat bewustzijn te wekken. Toch had er meer ingezeten, inhoudelijk – maar dat gaat vaker op en de promovendus kan met recht en rede antwoorden dat beperkingen geboden zijn –, maar ook en vooral door een andere compositie van het proefschrift. Zoals het nu is gepubliceerd, draagt het nog te duidelijk de sporen van zijn ontstaansgeschiedenis. Deel I is in april 1985 integraal verschenen in de

Monografieën-reeks Nieuw BW (nr. B 46). Eén paragraaf van deel II is ook al eerder gepubliceerd in de Groninger Opmerkingen en Mededelingen. Deze beide delen zijn zonder verdere aanpassingen of toevoegingen samengebundeld en als een geheel gepresenteerd. Dat geheel, die eenheid is het niet geworden. Uiterlijk manifesteert zich dit in een aantal min of meer komische effecten, zoals in noot 24 op p. 153 en in noot 130 op p. 159, waar Oldenhuis verwijst naar de monografie Nieuw BW in plaats van naar de desbetreffende eerdere passages van zijn proefschrift. De geïnteresseerde lezer die niet over de monografie Nieuw BW beschikt, zal deze zelf moeten zoeken. Andere uiterlijke manifestaties van de weinig gelukkige compositie zijn bijvoorbeeld deze: deel I werkt met verkort geciteerde literatuur, in deel II wordt dezelfde literatuur voluit opnieuw geciteerd. Deel I kent, volgens het systeem van de Monografieënreeks, geen voetnoten, deel II wel. Deel I verdeelt de tekst in hoofdstukken en nummers, met grote en (toelichtende) kleine letters, deel II hanteert een doorlopende tekst en gaat uit van paragrafen en sub-paragrafen.

4. Fundamenteler is dat ook de innerlijke systematiek in vèrgaande mate ontbreekt. Het positiefrechtelijke deel I gaat in op een groot aantal aspecten van de onderscheiden kwalitatieve aansprakelijkheden. De rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen doen dat veel minder. Die betreffen vrijwel uitsluitend een paar hoofdlijnen, voorzover het de rechtsvergelijking betreft van het recht in Frankrijk, België en de Bondsrepubliek Duitsland. Voor de meer specifieke informatie kan men echter soms weer terecht in deel I (p. 12, 25, 27, 30, 44, 51, 53/4, 65/6 en 88/9). Daarmee is het een 'bladerboek' geworden met nogal wat kans dat de lezer bij zijn speurtocht naar gegevens over andere rechtsstelsels mistast, want enig systeem in wanneer daaraan in deel I wel en wanneer daaraan geen aandacht wordt besteed, heb ik niet kunnen ontdekken.

Het rechtsvergelijkende perspectief, waarvan de ondertitel gewaagt, is op deze manier niet helemaal gerealiseerd. Daarvan zou pas sprake geweest zijn – en het proefschrift had er aanmerkelijk aan kracht door gewonnen – wanneer deel II in deel I was geschoven en meer dan incidenteel buitenlands recht in de beschouwingen was betrokken. De opzet van de Monografieën-reeks staat dat niet toe, bij de omwerking tot een dissertatie, waarin het onderwerp in een rechtsvergelijkend perspectief wordt geplaatst, had dat naar mijn mening gemoeten. Oldenhuis had dan tevens de gelegenheid te baat kunnen nemen de tekst te schonen van een teveel aan samenvattingen. De paragrafen in deel II eindigen bijvoorbeeld met een slot waarin in twee bladzijden nog eens wordt ingegaan op wat in deel I in 30 p. is uiteengezet. Die 30 p. waren ook al samengevat aan het einde van deel I. Daarna figureren ze nog eens in de algehele samenvatting aan het einde van het boek. Voor een boek van 160 p. tekst is dat teveel van het goede.

5. De vrees van iedere auteur, met name wanneer hij in deze tijd over het Nieuwe BW schrijft, dat zijn boek al op onderdelen is verouderd nog voordat het verschenen is, heeft ook voor Oldenhuis gedreigd. De tekst van het manuscript van deel I is afgesloten op 1 november 1984, precies een jaar voor de promotie. De Invoeringswet Nieuw BW, waarin de door Oldenhuis bewerkte materie is opgenomen, was toen nog niet verder dan de Memorie van Toelichting. Daarna zijn in snel tempo verschenen het Voorlopig Verslag tot en met de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, vergezeld van inmiddels vier Nota's van Wijziging. Gelukkig voor Oldenhuis bevatten ze geen van alle voor zijn onderwerp zwaarwegende veranderingen, die aan zijn uiteenzettingen reeds nu een gedateerd karakter zouden verlenen. Aangezien ook verdere veranderingen van boek 6 NBW niet meer te verwachten zijn – tegen de tijd dat deze bespreking verschijnt, is de Invoeringswet van boek 6 NBW ongetwijfeld al aangenomen in de Tweede Kamer –, betekent dit dat zijn studie lange tijd geraadpleegd kan worden bij de bestudering en te zijner tijd bij de hantering van het nieuwe recht ten aanzien van buiten-contractuele kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen.

Een plezierig vooruitzicht voor de auteur en ook voor de lezer die niet steeds de meest

recente wijzigingsteksten bij de hand hoeft te hebben. Het enige waarop de lezer bedacht moet zijn is dat in de tekst van art. 6.3.1.2a jo.6.3.2.1. en art. 6.3.1.2b NBW betreffende de ouderaansprakelijkheid resp. de aansprakelijkheid van personen met lichamelijke en geestelijke gebreken een aanscherping is voorgesteld. In de Invoeringswet was de afgeleide ouderaansprakelijkheid – om mij daartoe te beperken –, inhoudende dat de ouders alleen dan aansprakelijk zijn wanneer het kind zelf onrechtmatig heeft gehandeld, doorbroken in gevallen dat de onrechtmatigheid van de gedraging van het kind ontbreekt uitsluitend op grond van zijn leeftijd. De Invoeringswetgever heeft thans voorgesteld het woord ‘gedraging’ te vervangen door ‘een als een *doen* te beschouwen gedraging’. Oldenhuis was het met de Invoeringswet al niet eens (p. 8 e.v. en 114/116) en zal zich evenmin met het nieuwe voorstel kunnen verenigen, nog afgezien van het heilloze onderscheid tussen doen en nalaten dat ook de verhouding tussen art. 1401 en 1402 BW zo lang heeft vertroebeld. Oldenhuis kiest voor handhaving van het principe van de afgeleide ouderaansprakelijkheid. In zaken waarin bewustheid (van gevaarssituaties bijvoorbeeld, bij sport en spel) een constituerend element vormt van de onrechtmatigheid, bepleit hij een objectief criterium, hierin bestaande dat de leeftijd van het kind niet in aanmerking wordt genomen bij het onrechtmatigheidsoordeel. Met de leeftijd van het kind kan bij de schuld rekening worden gehouden. Ik onderschrijf deze gedachte, omdat alleen op die manier een voortzetting van de huidige, moeizame discussie voorkomen kan worden over wat kleine kinderen wel of niet kunnen, beseffen of weten. Uiteindelijk is het daar de wetgever Nieuw BW ook om te doen.

6. Oldenhuis’ studie is overwegend beschrijvend van aard. In zijn Inleiding kondigt hij weliswaar aan dat de behandeling van zijn onderwerp dwingt tot een herbezinning op de *grondslag* van de aansprakelijkheidstellingen en tot een herbezinning op de *grenzen* van de aansprakelijkheid, mede in het licht van het groeiende aantal *verzekeringen*, maar in het vervolg van zijn studie wordt daaraan weinig – en in ieder geval niet thematisch – aandacht besteed. De verschillende hoofdstukken van deel I zijn ook niet volgens dit stramien opgebouwd. Eerst wordt de aansprakelijkheid van ouder/voogd, meester enz. besproken, dan de eigen aansprakelijkheid van het kind, de ondergeschikte enz. en tot slot de onderlinge draagplicht. Een combinatie van deze programmatische en werkelijk gevolgde benaderingswijzen treft men in het laatste hoofdstuk van deel I aan, waarin een horizontale vergelijking van de besproken kwalitatieve aansprakelijkheden is opgenomen, onderscheiden naar grondslag, afbakening van eigen en andermans aansprakelijkheid (zonder verzekering) en draagplicht.

Over de *grondslag* wordt niet meer gezegd dan dat de ouderaansprakelijkheid primair haar rechtvaardiging vindt in het ouder-zijn en dat de andere kwalitatieve aansprakelijkheden met name steunen op het profijtbeginsel (degene die profiteert van de diensten van een ander, moet daarvan ook de lasten dragen) en de vereenzelvigingsgedachte (de eenheid van de onderneming bijvoorbeeld: de gelaedeerde mag niet in onzekerheid worden gelaten wie hij moet aanspreken). Oldenhuis poneert deze grondslagen zonder met meer dan een enkel woord in te gaan op opvattingen van anderen en zonder toelichting of adstructie. In het bijzonder het profijtbeginsel speelt, blijkens de wetsgeschiedenis, ook een belangrijke rol bij de aansprakelijkheid voor hulppersonen bij de uitvoering van verbintenissen (art. 6.1.8.3 NBW). Toch is deze aansprakelijkheid zwaarder dan bij onrechtmatige daad. Waarom? Het profijtbeginsel alleen kan dat niet verklaren en ook met het inroepen van de vereenzelvigingsgedachte is men er nog niet. Oldenhuis laat na zijn standpunt in deze van argumenten te voorzien. Ook op andere plaatsen doet hij dat niet. Het is kenmerkend voor zijn stijl. Hij bespreekt veel, mede aan de hand van wat in de huidige jurisprudentie en literatuur als problematisch naar voren is gekomen. Hij kiest meestal ook duidelijk positie, maar dat gebeurt meer ponerend dan argumenterend. Hier staat echter tegenover een omvangrijke vermelding van literatuur en jurispru-

dentie, zodat degene die meer wil weten snel op het goede spoor wordt gezet.

Interessant is zijn pleidooi voor een cumulatieve aansprakelijkheid in geval van uitleenen van arbeidskrachten en in de medische sfeer (nrs 34 en 35). Aan de onderlinge verhouding van betrokkenen moet door middel van de draagplicht recht worden gedaan (art. 6.1.9.8 NBW). Degene die schade heeft geleden kan het juridisch kader waarin mensen werkzaam zijn, meestal niet weten. Wanneer is kenbaar dat de formele werkgever geen enkele zeggenschap uit hoofde van de arbeidsovereenkomst meer had over de gedragingen van de werknemer waarin diens fout was gelegen (HR 7 januari 1983, *NJ* 1984, 607)? Weet de patiënt dat hij met een all-in of met een arts-out contract van doen heeft? In het algemeen zal het antwoord ontkennend luiden. Niet voor niets wordt in de gezondheidsrechtelijke literatuur een centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis verdedigd, zij het met gradaties (Maeijer, Leenen, Sluyters, Michiels van Kessenich). Oldenhuis voegt er nog een aan toe: een cumulatieve aansprakelijkheid draagt bij tot een kanalisatie van de aansprakelijkheid in de richting van het ziekenhuis.

7. De herbezinning over de *grenzen* van de aansprakelijkheid blijft beperkt tot een begripsmatige analyse (wanneer is sprake van ondergeschiktheid, wanneer is iemand vertegenwoordiger), tot een benadrukken van het afgeleide karakter van de aansprakelijkheid en tot het wijzen op het vereiste van causaliteit in de zin van art. 6.1.9.4 NBW dat de omvang van de te vergoeden schade onder meer afhankelijk maakt van de aard van de aansprakelijkheid. Als voorbeeld haalt Oldenhuis het Amer centrale-arrest van 1975 aan waarin de Hoge Raad overwoog omtrent het uitzonderlijke karakter van de risicoaansprakelijkheid, als reden om de aansprakelijkheid te beperken tot de 'typische' gevolgen. Of dat arrest echter naar nieuw recht onverkort blijft gelden, zoals Oldenhuis suggereert, betwijfel ik zeer: risicoaansprakelijkheid is niet zo uitzonderlijk meer in het NBW.

De betekenis van *verzekeringen* blijft, anders dan in de Inleiding aangekondigd, grotendeels buiten beschouwing. Alleen incidenteel wordt er op ingegaan (nr 16 en 41). Van de 'grote invloed van de toename van verzekeringen op het functioneren van het schadevergoedingsrecht' (p. 3) is op deze manier weinig te bespeuren. De betaalbaarheid van de risicoaansprakelijkheden in het Nieuwe BW wordt steeds meer aangevochten. De Richtlijn Produktenaansprakelijkheid draagt er duidelijk de sporen van. Ook een arrest als Bardoul/Swinkels inzake aansprakelijkheid voor dieren (art. 1404 BW) is er naar mijn mening door bepaald: veehouders zouden ondraaglijke risico's lopen, met name omdat in die branche een verzekering zeker geen gemeengoed is. De bescherming van de gelaedeerde in geval van risicoaansprakelijkheid heeft derhalve een keerzijde in de betaalbaarheid voor degene op wie de aansprakelijkheid wordt gelegd. Het eerste gezichtspunt is duidelijk in de parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW terug te vinden, het tweede minder, maar dringt steeds verder op de voorgrond en vraagt onze volle aandacht. Oldenhuis zou zich verdienen hebben gemaakt wanneer hij dit aspect thematisch aan de orde zou hebben gesteld.

8. Mijn oordeel over het boek samenvattend, kan ik zeggen dat met name het positiefrechtelijk deel I als vademecum geslaagd is te noemen. Een theoretische verdieping van het onderwerp biedt het niet, maar als naslagwerk en verwijzingsbron voor concrete problemen is het zeer geschikt en zal het lange tijd gebruikt kunnen worden. Ook voor het huidige recht kan men er in dit opzicht al zijn voordeel mee doen. Het boek is verder opgesierd met rechtsvergelijkende en rechtshistorische kanttekeningen, die echter niet altijd met evenveel gevoel voor systematiek zijn aangebracht. Daardoor zijn ze niet tot een hecht doortimmerd geheel geworden met de positiefrechtelijke beschouwingen. De reden daarvoor is dat de auteur de tekst van deel I zoals gepubliceerd in de Monografieën-

reeks Nieuw BW, integraal heeft overgenomen. De meerwaarde van het proefschrift boven de monografie is geringer gebleven dan qua aanzet beoogd en ook mogelijk was.

Gouda, juni 1986

J.B.M. Vranken