

De onrechtmatige daad

**Mw. Mr. M. L. Lennarts
en Prof. Mr. L. Timmerman**

1 Inleiding

Het nieuwe recht op het gebied van de onrechtmatige daad is grotendeels een codificatie van reeds op grond van de jurisprudentie geldend recht. In de aanhef van de toelichting op titel 3 van Boek 6 drukt de wetgever zich als volgt uit:

'In deze titel is er in de eerste plaats naar gestreefd om het recht van de onrechtmatige daad, zoals zich dat in Nederland heeft ontwikkeld in de rechtspraak en de doctrine vast te leggen. Daarenboven moesten de nieuw te ontwerpen bepalingen voldoende steun en mogelijkheden bieden voor een toekomstige ontwikkeling van dit leerstuk, mede in verband met de zich steeds wijzigende maatschappelijke verhoudingen.' (Parl. gesch. Boek 6, p. 604.)

Titel 3 van Boek 6 biedt echter naast een nieuwe systematiek en een gedeeltelijk nieuwe terminologie ook enkele belangrijke inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van het huidige recht. De meest in het oog lopende inhoudelijke wijzigingen houden verband met de ontwikkeling van schuldnaar risico-aansprakelijkheid, die in het onrechtmatige daadsrecht al geruime tijd de toon aan geeft. Deze ontwikkeling is op twee plaatsen terug te vinden in titel 3 van Boek 6. In de eerste plaats in het derde lid van artikel 162, op grond waarvan, anders dan op grond van artikel 1401 BW, ook toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader mogelijk is indien schuld ontbreekt. In de tweede plaats in afdeling 2, waar een reeks nieuwe risico-aansprakelijkheden ten tonele verschijnt. De ontwikkeling van schuldnaar risico-aansprakelijkheid hangt samen met een andere trend die op verscheidene plaatsen in

het NBW is terug te vinden, namelijk het streven naar bescherming van zwakkere partijen, hetgeen voor het onrechtmatige daadsrecht neerkomt op de bescherming van het slachtoffer.

Titel 3 van Boek 6 bestaat uit vijf afdelingen. De eerste afdeling bevat algemene bepalingen. Hierna volgen drie afdelingen met bijzondere bepalingen. Afdeling 2 heeft betrekking op de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken. Afdeling 3 is gereserveerd voor de regeling aangaande produktaansprakelijkheid. Afdeling 4 bevat een regeling betreffende misleidende reclame. Tot slot volgt afdeling 5 met een tijdelijke regeling voor de verhaalsrechten van verzekeraars. In het navolgende zullen we aan enige van deze afdelingen kort aandacht besteden.

2 Afdeling 1 (Algemene bepalingen)

Artikel 6:162 vormt het kernartikel van afdeling 1. Het is de NBW-variant van artikel 1401 en regelt de aansprakelijkheid voor een eigen onrechtmatige daad. Sommigen spreken hier in de traditie van artikel 1401 van schuldaansprakelijkheid, in tegenstelling tot de risico-aansprakelijkheden van afdeling 2. Dat deze benaming in het licht van het NBW eigenlijk minder juist is, zal in het onderstaande nog blijken. Bij lezing van artikel 6:162 valt ten eerste op dat de ruime leer met betrekking tot de onrechtmatige daad, door de Hoge Raad

Mevr. Mr. M. L. Lennarts is universitair docent verbonden aan het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

Prof. Mr. L. Timmerman is hoogleraar ondernemingsrecht verbonden aan het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen. Hij promoveerde in 1988 aan de Rijksuniversiteit Utrecht op het proefschrift 'Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers'.

geïntroduceerd in het klassieke arrest *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161), nu ook in de wet is vastgelegd. In lid 2 van artikel 6:162 wordt het begrip onrechtmatig op de volgende wijze uitgewerkt:

'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigheidsgrond.'

De enige verandering ten opzichte van de formule van de Hoge Raad in zijn arrest van 1919 is dat de twee categorieën goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid zijn opgegaan in één nieuwe: het ongeschreven recht. Voor de motivering van deze terminologische verandering wordt verwezen naar de wetsgeschiedenis (Parl. gesch. Boek 6, p. 615). Hier kan volstaan worden met de opmerking dat de verandering materieel beschouwd niets nieuws inhoudt.

Geeft het tweede lid van artikel 6:162 aan wanneer een gedraging als onrechtmatig beschouwd kan worden, in het derde lid wordt geregeld in welke gevallen een onrechtmatige daad aan de dader is toe te rekenen. Naar huidig recht kan een onrechtmatige daad alleen toegerekend worden in geval van aanwezigheid van schuld in de zin van verwijtbaarheid bij de dader. Het NBW schept de mogelijkheid van toerekening ook indien schuld ontbreekt, en wel op twee gronden:

- indien de oorzaak krachtens de wet voor rekening van de dader komt;
- indien de oorzaak krachtens de verkeersopvattingen voor rekening van de dader komt.

Het woord 'wet' in artikel 6:162 lid 3 verwijst niet naar de risico-aansprakelijkheden van afdeling 2. Waar ziet het dan wel op? Het ziet op artikel 6:165, dat bepaalt dat een lichamelijk of geestelijk gebrek voor risico van de dader komt. Dit is een belangrijke koerswijziging ten opzichte van het oude recht: hier kon een lichamelijk of geestelijk gebrek een disculpatiegrond vormen. De keuze om slachtofferbescherming te laten prevaleren

boven bescherming van personen met een geestelijk of lichamelijk gebrek is niet onomstreden.

Dat de wetgever de knoop op dit punt heeft doorgehakt wil echter niet zeggen dat een geestelijke of lichamelijke tekortkoming geen enkele rol meer speelt bij een beoordeling door de rechter. De handicap kan een rol van betekenis vervullen in een latere fase van het proces, namelijk bij het vaststellen van de schadevergoeding. Het NBW geeft de rechter in artikel 6:109 een matigingsbevoegdheid. In de wetsgeschiedenis wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat de rechter, indien veroordeling van een gehandicapte dader tot volledige schadevergoeding onredelijk zou zijn, om het resultaat te verzachten van zijn matigingsrecht gebruik zou kunnen maken (Parl. gesch. Boek 6, p. 449, 450 en 653).

De tweede mogelijkheid om een dader aan wie geen schuldverwijt gemaakt kan worden toch aansprakelijk te stellen biedt artikel 6:162 lid 3 indien er sprake is van een oorzaak welke krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dader komt. Op welke gevallen is deze toerekeningsnorm toegesneden? De wetgever noemt als voorbeeld fouten begaan door de arts die pas is afgestudeerd en de automobilist die net zijn rijbewijs heeft gehaald. Het gaat hier dus om fouten begaan door onervarenheid (Parl. gesch. Boek 6, p. 618 e.v.). In de literatuur vindt men nog enkele andere voorbeelden, waaronder aansprakelijkheid voor ten onrechte gelegde beslagen en ten onrechte geëxecuteerde vonnissen.

Het is niet eenvoudig een antwoord te geven op de vraag in hoeverre deze toerekeningsgrond van artikel 6:162 lid 3 een principiële wijziging ten opzichte van het huidige recht inhoudt. Ook in de geldende jurisprudentie is – met name in gevallen waarin verkeers- en veiligheidsnormen een rol spelen – de voor aansprakelijkheid op grond van artikel 1401 vereiste schuld verregaand geobjectiveerd.

Schoolvoorbeeld van een dergelijke verregaande objectivering van het schuldbegrip vormt het arrest van de Hoge Raad inzake de overstekende ree (HR 11 november 1983, NJ 1984, 331). De casus die aan het arrest ten grondslag ligt is als

volgt. Op de weg van Meppel naar Eursinge heeft een botsing plaatsgevonden tussen twee personenauto's. Een van de auto's bevond zich ten tijde van de botsing op de verkeerde weghelft doordat de bestuurder, Vos, moest uitwijken voor een plotseling overstekende ree. Vos reed 80 km per uur, 20 km langzamer dan de maximaal toegestane snelheid. De rechtbank en het hof zijn van mening 'dat de achteraf gezien, onjuiste en fatale reactie van Vos geenszins onbegrijpelijk is en hem niet als schuld is aan te rekenen'. De Hoge Raad komt tot een ander oordeel en gebruikt daarvoor de volgende argumenten:

- Vos maakte een uiterst gevaarlijke manoeuvre;
- er was een bord 'overstekend wild' langs de weg geplaatst;
- er was niet aangevoerd dat het voor Vos onmogelijk was geweest om op een andere manier te reageren die niet het overige verkeer in gevaar bracht.

Op grond van deze argumenten kan volgens de Hoge Raad de onrechtmatige daad aan Vos toegerekend worden.

De Hoge Raad introduceert in dit arrest de 'perfecte automobilist' als maatstaf (Van Dam (1989) p. 151). Voor dergelijke gevallen, waar iemand in een noodsituatie – die hij bliksemsnel moet zien in te schatten – ongelukkigerwijs de verkeerde beslissing neemt, en de bovengenoemde andere gevallen, brengt het NBW in ieder geval een terminologische verbetering door niet meer van schuld, die dan wel heel sterk is opgerekt, maar van toerekening op grond van de verkeersopvattingen te spreken.

Naast de 'toerekenbaarheid', die in de plaats komt van 'schuld', introduceert het NBW het nieuwe begrip 'fout' voor een aan de dader toe te rekenen onrechtmatige daad. Zowel de onrechtmatigheid van 162 lid 1 als de toerekenbaarheid van 162 lid 3 liggen in dit begrip besloten. Dit begrip staat centraal in de in paragraaf 3 te bespreken artikelen 6:170, 6:171 en 6:172, waar steeds sprake is van aansprakelijkheid voor andermans fouten.

Nieuw is ook artikel 6:164. Dit artikel bepaalt dat aan kinderen jonger dan veertien jaar een gedraging niet als onrechtmatige daad kan worden toe-

gerekend. Complement van dit artikel is de risico-aansprakelijkheid van ouders of voogd voor kinderen onder de veertien, die wordt geïntroduceerd in artikel 6:169 lid 1.

Een interessant nieuw artikel is voorts artikel 6:166, dat de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden gepleegd in groepsverband regelt. Artikel 6:166 is een uitwerking van artikel 6:162. Het gaat om gewone aansprakelijkheid op grond van eigen onrechtmatig gedrag. Door deel te nemen aan gedragingen in groepsverband kan men in strijd met de zorgvuldigheid jegens de gelaedeerde handelen. De pointe van de regeling van artikel 6:166 is dat groepsdeelnemers zich niet meer aan aansprakelijkheid kunnen onttrekken door te stellen dat de schade ook zonder hun toedoen was ontstaan. Zo wordt voorkomen dat voor een onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband, waarvan de eigenlijke dader niet kan worden vastgesteld, uiteindelijk niemand aansprakelijk gesteld kan worden. De zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:166 houdt in dat men onrechtmatig handelt als de kans op het toebrengen van schade door één van de deelnemers tot gevolg had moeten hebben, dat men afzag van deelname aan de groepsactiviteit. Bij toepassing van artikel 6:166 zullen zich afbakeningsproblemen kunnen voordoen. Men zal zich immers in elk concreet geval dienen af te vragen welke de gedragingen zijn waarvan de kans op het toebrengen van schade de deelnemers had behoren te weerhouden. Vervolgens zal men moeten vaststellen welke de relevante groep van bij die gedragingen betrokken personen is. Dit zal niet altijd even eenvoudig zijn.

In welke concrete gevallen kan artikel 6:166 een rol gaan spelen? De meest voor de hand liggende toepassingsmogelijkheden liggen op het terrein van rellen en opstootjes. Denk hier aan baldadige voetbalsupporters en aan krakersrellen. In de wetsgeschiedenis wordt uitvoering ingegaan op de reikwijdte van artikel 6:166 in verband met demonstraties (Parl. gesch. Boek 6, p. 664 e.v.). Men kan verder denken aan sport- en spelcasus: het groepje voetballende kinderen waarvan er één in het vuur van het spel onverwachts de straat oprent en een ongeluk veroorzaakt. De reikwijdte

van artikel 6:166 hangt samen met de vraag of en in hoeverre men wil streven naar een meer collectieve verantwoordelijkheid (Boonekamp (1990) p. 215).

Het tweede lid van artikel 6:166 bevat een speciale regresbepaling, die inhoudt dat de deelnemers onderling voor gelijke delen in de schadevergoeding bijdragen. Artikel 6:166 lid 2 biedt de rechter echter de mogelijkheid om op grond van de billijkheid tot een andere verdeling te beslissen. Men denke aan het geval dat de dader zijn slachtoffer opzettelijk neersteekt, terwijl de groepsdeelnemers slechts schuld valt te verwijten: zij wisten niet maar hadden wel behoren te begrijpen dat dit zou kunnen gebeuren (Parl. gesch. Boek 6, p. 663).

Artikel 6:167 regelt een bijzondere vordering op grond van onrechtmatige daad. Het biedt de gelaedeerde de mogelijkheid om rectificatie te vorderen van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publikatie. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid: hij zal aan de hand van een belangenafweging beslissen of, en zo ja op welke wijze rectificatie dient plaats te vinden. De vordering kan ingesteld worden tegen degene die aansprakelijk is voor de onjuiste of misleidende publikatie. Hierbij moet ook gedacht worden aan degene die aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad van een ander op grond van een van de bepalingen van de tweede afdeling van titel 3. De vordering tot rectificatie kan op grond van het tweede lid van artikel 6:167 ook ingesteld worden indien de publikatie niet als onrechtmatige daad is toe te rekenen aan de openbaarmaker omdat deze niet op de hoogte was van haar onvolledigheid of onjuistheid. In dit geval kan de rechter echter bepalen dat de kosten van het geding en de openbaarmaking van de rectificatie geheel of gedeeltelijk worden gedragen door de eiser.

De slotbepaling van titel 1, artikel 6:168, geeft een regeling die vooral van belang is in geval van hinder. In dit artikel wordt bepaald dat een vordering strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging kan worden afgewezen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen. Zo kan een vordering tot verbod van hinder ingesteld tegen een onderneming worden afgewezen als wordt aangevoerd dat bij toewijzing van de eis de

onderneming zou moeten sluiten, hetgeen het ontslag van de werknemers tot gevolg zou hebben. De benadeelde behoudt wel het recht op schadevergoeding. Materieel beschouwd houdt deze bepaling niets nieuws in. In het VIIe Voorste Stroom-arrest (HR 19 december 1952, NJ 1953, 642) kwam de Hoge Raad tot dezelfde uitkomst, echter op grond van een andere redenering. De Hoge Raad bepaalde dat het algemeen belang een rechtvaardigheidsgrond in wording kan zijn, die tot een volledige rechtvaardigingsgrond wordt bij het aanbieden van schadevergoeding. Het verschil met het NBW is dat artikel 6:168 geen rechtvaardigingsgrond creëert; de handeling blijft op zich onrechtmatig. De Hoge Raad heeft in het recente arrest Van Gastel q.q./Van den Heuvel (HR 3 april 1987, NJ 1987, 703) de leer van het VIIe Voorste Stroom-arrest verlaten door te anticiperen op artikel 6:168.

3 Afdeling 2 (aansprakelijkheid voor personen en zaken)

De artikelen 6:169-172 vestigen aansprakelijkheid van een ouder of voogd voor kinderen die nog niet de leeftijd van veertien jaar hebben bereikt, van degene, in wiens dienst een ondergeschikte is, voor fouten van de ondergeschikte, van degene die een bedrijf uitoefent voor fouten van niet-ondergeschikten begaan bij het uitvoeren van een opdracht in het bedrijf (denk aan de independent contractors) en van de vertegenwoordigde voor fouten die de vertegenwoordiger begaat bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Het meest interessant is de aansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van zijn ondergeschikte, die te vinden is in artikel 6:170.

Het belangrijkste toepassingsgebied van artikel 6:170 betreft de werknemer in dienst bij een werkgever. Artikel 170 kan echter bij afwezigheid van een arbeidsovereenkomst ook worden benut indien sprake is van feitelijke uitoefening van zeggenschap. Hier kan men denken aan uitgeleend personeel en vakantiehulpverleners zonder arbeidsovereenkomst. Artikel 6:170 zal overigens geen einde maken aan de onduidelijkheid omtrent aansprakelijkheid voor fouten van uitgeleend personeel. In de wetsgeschiedenis (Parl. gesch. Boek

6, p. 727) wordt slechts op de mogelijkheid gewezen dat ook zonder arbeidsovereenkomst sprake kan zijn van ondergeschiktheid in uitleenverhoudingen. De kwestie of nu de uitlener, de inlener of beide cumulatief aansprakelijk zijn wordt niet opgelost.

Dienstverrichters, zoals advocaten, accountants en belastingadviseurs, vallen niet onder de werking van artikel 6:170. Bedrijven en instellingen die stagiaires begeleiden zullen echter op grond van artikel 6:170 voor de fouten van dezen aansprakelijk zijn. Ook co-assistenten zullen onder artikel 6:170 vallen (Oldenhuis, 1985, p. 45-46).

Boek 6 kent twee wijzen waarop de ondergeschikte in het nieuwe onrechtmatige daadsrecht beschermd wordt in de verhouding tot zijn werkgever. De eerste beschermingsbepaling is artikel 6:170 lid 3, die een bijzondere regresregeling geeft. In afwijking van de artikelen 6:101 jo 6:102 is de ondergeschikte tegenover zijn werkgever alleen intern draagplichtig indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Hoofddregel is dus dat de werkgever betaalt voor fouten begaan door de ondergeschikte. De tweede beschermingsbepaling die hier genoemd moet worden staat niet in Titel 3. Het gaat om artikel 6:257, ook wel bekend als het 'paardesprong-artikel'. Dit artikel voorkomt dat de gelaedeerde de ondergeschikte kan aanspreken indien de werkgever een exoneratieclausule in stelling kan brengen tegen de gelaedeerde.

De artikelen 6:173-181 regelen de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken, opstallen en dieren. De aansprakelijkheid rust in beginsel op de bezitter. Indien de zaken werden gebruikt in de uitoefening van het bedrijf, is aansprakelijk degene die het bedrijf uitoefent. De bezitter van de roerende zaak of een opstal is aansprakelijk, indien zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak of opstal mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert. Deze formulering sluit niet uit, dat aansprakelijkheid bestaat, ook wanneer alle voorzorgsmaatregelen zijn getroffen. Het criterium is immers het opleveren van een bijzonder gevaar. Een dergelijk gevaar kan zich ook ondanks het nemen van alle voorzorgsmaatregelen voordoen.

In 1990 is in het oud BW een regeling voor produktenaansprakelijkheid opgenomen. Deze nieuwe regeling wordt ongewijzigd opgenomen in afdeling 3 van Titel 3 van Boek 6 NBW. Op grond van deze regeling is de producent aansprakelijk, indien ten gevolge van een gebrek in zijn produkt schade door dood of lichamelijk letsel is ontstaan of hierdoor zaakschade in de privésfeer is geleden. Een produkt is gebrekkig, indien het niet voldoet aan de veiligheid die men daarvan mag verwachten. Slechts op een beperkt aantal gronden kan de producent van een gebrekkig produkt onder zijn aansprakelijkheid uit komen. Van aansprakelijkheid is de producent bevrijd, indien hij aantoonst, dat het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken. Men noemt dit het 'State of the art'-verweer.

De hierboven aangeduide bijzondere gevallen van wettelijke aansprakelijkheid kunnen alle worden aangeduid als risico-aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid wordt immers telkens aangenomen, ook al ontbreekt schuld van de aansprakelijkgestelde.

4 Afdeling 4 (misleidende reclame)

In afdeling 4 (artikelen 6:194-196) is een regeling inzake misleidende reclame neergelegd die ook in het oud BW te vinden is. De regeling is van recente datum. Zij is om een aantal redenen interessant:

- in de eerste plaats behoeft een eiser het misleidende karakter van de reclameuiting slechts te stellen. De gedaagde dient vervolgens de juistheid of volledigheid van de reclame aan te tonen. Er is hier sprake van een omgekeerde bewijslast.
- in de tweede plaats kunnen ook ideële instellingen of belangenorganisaties, zoals de consumentenbond, rectificatie verlangen van misleidende reclameuitingen. Het betreft hier een collectief belang actie.

Artikel 6:196, op grond waarvan het slachtoffer van misleidende reclame rectificatie kan vorde-

ren, is te beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van het hierboven besproken artikel 6:167. Verlangt men rectificatie van een misleidende reclameuiting, dan zal men zijn vordering niet op artikel 6:167, maar op artikel 6:196 dienen te baseren.

Het moderne onrechtmatige daadsrecht werkt dikwijls met een omkering van de bewijslast ten gunste van de gelaedeerde. Ook collectief belang acties worden meer en meer toegestaan.

Conclusie

In Titel 3 van Boek 6 is op een fraaie wijze het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht bijeengebracht. Titel 3 bevat een meer uitgewerkte onrechtmatige daadsregeling dan het nu nog geldende BW. De regeling neergelegd in de artikelen 1401-1407 BW heeft een meer rudimentair karakter. Men bedenke overigens, dat de nieuwe rege-

ling geen rustig bezit zal zijn. Het wettelijke aansprakelijkheidsrecht is zeer in beweging. Het is waarschijnlijk, dat Titel 3 over enige jaren zal zijn opgesierd met aansprakelijkheidsregelingen voor gevaarlijke stoffen en gebrekkige diensten. Beide onderwerpen zijn op dit moment het voorwerp van discussie.

Literatuur

- Boonekamp, R. J. B. (1990), *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, Kluwer, Deventer.
- Van Dam, C. (1989), *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer.
- Oldenhuis, F. T. (1985), *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen*, *Monografieën Nieuw BW B-46*, Kluwer, Deventer.
- Parl. gesch. Boek 6 – Van Zeven, C. J. en J. W. Du Pon (red.) (1981) *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Kluwer, Deventer.