

MONOGRAFIEËN BW

# **B46 Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen**

Mr. F.T. Oldenhuis

*Vierde druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2021

## VOORWOORD

### ***Bij de vierde druk***

Sinds de verschijning van de tweede druk in 1989 is de tekst van de bepalingen van art. 6:169-6:172 BW niet veranderd. Wel werd met betrekking tot art. 6:169 BW in 2006 een (initiatief)wetsontwerp ingediend om de kwalitatieve aansprakelijkheid voor kinderen te verruimen tot de leeftijd van achttien jaar. Dat wetsvoorstel werd weliswaar in 2012 in de Tweede Kamer aangenomen, maar uiteindelijk in de Eerste Kamer verworpen (2015). In de vierde druk zijn de literatuur en de rechtspraak tot en met 2020 verwerkt. Ten aanzien van de bespreking van de lagere rechtspraak is een selectie gemaakt. Voor een uitvoeriger bespreking van rechtspraak wordt verwezen naar *GS Onrechtmatige daad*.

Reeds in de eerste druk werd enige aandacht besteed aan de rechtsvergelijking. In de vierde druk wordt die aanpak voortgezet. De reden daarvan is dat vanaf het begin van de eenentwintigste eeuw binnen Europa een tendens te bespeuren valt om de verschillende rechtssystemen in de richting van één Europees privaatrecht te leiden, althans een zekere mate van uniformering te bereiken. Voldoende reden om er aandacht aan te besteden. In het bestek van een monografie blijft het uiteraard bij signalering van hoofdlijnen. In de vierde druk wordt in dat verband onder meer geattendeerd op recente ontwikkelingen in het Franse en Belgische aansprakelijkheidsrecht.

Arvin Kolder, bijzonder hoogleraar Personenschade RUG en tevens advocaat te Groningen, was bereid het manuscript door te lezen en mij van (waardevol) commentaar te voorzien.

Groningen/Enumatil, 1 augustus 2021  
Fokko Tiemen Oldenhuis

# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord** / V

**Lijst van verkort aangehaalde literatuur** / XIII

HOOFDSTUK I

**Kwalitatieve aansprakelijkheid** / 1

- 1 Inleiding / 1
- 2 Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid / 2
- 3 Uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheden in het BW / 4
- 3.1 Uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheden na 1992 / 4
- 3.2 Onderlinge wisselwerking tussen aansprakelijkheid, verzekering en regres / 5
- 4 Geen analogische toepassing / 5

HOOFDSTUK II

**De aansprakelijkheid van ouders/voogden voor hun minderjarige kinderen** / 7

- 5 Historische ontwikkeling / 7
- 6 Rechtsvergelijkende notities / 8
- 7 Sociaaleconomische gegevens / 9
- II.1 De kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouder/voogd / 9
- 8 De aansprakelijkheid van de ouder/voogd voor kinderen tot veertien jaar / 9
- 9 Onrechtmatigheid van de daad / 10
- 9.1 Onrechtmatigheidsbegrip in de parlementaire geschiedenis / 10
- 9.2 Onrechtmatigheidsbegrip in geobjectiveerde vorm in de rechtspraak erkend / 11
- 9.3 Objectivering van het onrechtmatigheidsbegrip in Europa erkend / 12
- 10 Als een doen te beschouwen gedraging / 13
- 10.1 Geen aansprakelijkheid voor zuiver nalaten / 13
- 10.2 Actieve gedragingen van het kind met inbegrip van reflexen / 13
- 11 Rechtvaardigingsgronden / 14
- 12 Letsel toegebracht tijdens sport en spel / 14
- 13 Aanvaarden van risico's / 15
- 14 Toerekenbaarheid van de daad / 16
- 15 Niet-toerekenbaarheid wegens geestelijke en lichamelijke gebreken / 17
- 16 Overmacht en andere schulditsluitingsgronden / 17

17	'Eigen schuld' / 18
17.1	Geen toerekening eigen schuld bij kinderen beneden veertien jaar / 18
17.2	Positie van de particuliere en sociale verzekeraar / 20
18	Causaliteit / 21
19	Onrechtmatige daden gepleegd in groepsverband / 22
19.1	Algemeen / 22
19.2	Het onderscheid tussen art. 6:166 BW en art. 6:99 BW / 23
19.3	Aansprakelijkheid in gezinsverband / 23
19.4	De positie van het kind in hoedanigheid van slachtoffer in gezinsverband / 24
20	De risicoaansprakelijkheid van de ouder/voogd / 24
20.1	Algemeen / 25
20.2	Eén formeel criterium: ouderlijk gezag / 25
21	De WA-verzekering (AAV) / 26
21.1	Algemeen / 26
21.2	Verplichte WA-verzekering vindt onvoldoende steun in het recht / 27
21.3	Geen verplichte WA-verzekering binnen Europa / 27
21.4	Aansprakelijkheid van de ouder jegens het kind wegens gebrek aan toezicht / 28
22	De aansprakelijkheid van de ouder/voogd voor kinderen van veertien tot zestien jaar / 29
23	Fout van het kind / 29
24	Vereisten voor disculpatie van de ouder/voogd / 30
24.1	Tendens tot verzwaring van disculpatievereisten / 30
24.2	Bijzondere situaties van veertien- en vijftienjarigen / 31
24.3	Geestelijk of lichamelijk gebrek van de ouder geen grond voor disculpatie / 32
24.4	De niet door WA-verzekering gedekte aansprakelijkheid van veertien- en vijftienjarigen / 32
24.5	Verzekerbaarheid van opzettelijk gedrag van minderjarige kinderen / 33
25	Individuele disculpatie / 33
26	De aansprakelijkheid van de ouder/voogd voor kinderen van zestien jaar en ouder / 34
26.1	Toezicht door derden, niet zijnde de ouder of de voogd / 35
II.2	De eigen aansprakelijkheid van het minderjarige kind / 35
27	Kinderen tot veertien jaar / 35
28	Kinderen van veertien jaar en ouder / 36
II.3	Het regresrecht / 37
29	De draagplicht tussen ouders en kinderen / 37
30	De draagplicht ten aanzien van schade veroorzaakt door kinderen tot veertien jaar / 38
31	De draagplicht ten aanzien van schade veroorzaakt door kinderen van veertien tot zestien jaar / 38
32	De draagplicht ten aanzien van schade veroorzaakt door kinderen van zestien jaar en ouder / 40

33 De draagplicht tussen echtgenoten onderling / 40

### HOOFDSTUK III

#### **De aansprakelijkheid van de werkgever voor de ondergeschikte / 41**

34 Historische ontwikkeling / 41

34.1 Romeins recht en Rooms-Hollands recht / 41

34.2 Totstandkoming BW oud (1838) en BW (1992) / 42

35 Rechtsvergelijkende notities / 43

36 Sociaaleconomische gegevens / 44

III.1 De aansprakelijkheid van de werkgever / 44

37 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever / 44

38 De rechtsverhouding van de werkgever versus ondergeschikte / 45

39 Rechtsbetrekking, zeggenschap en ondergeschiktheid / 46

39.1 Algemeen / 46

39.2 Rechtspersonen / 48

39.2.1 Bestuurders en commissarissen / 48

39.2.2 Ambtenaren / 49

39.3 Onderwijzers en werkmeesters / 49

39.3.1 Leerling geen (feitelijk) ondergeschikte van de leraar / 50

39.3.2 Stageleerling: ondergeschikte van het bedrijf; geen ondergeschikte van de school / 50

39.4 Dienstverrichters / 51

40 Verschillende werkgevers / 52

40.1 Algemeen / 52

40.2 Cumulatieve aansprakelijkheid als hoofdregel / 53

40.3 Aan derden ter beschikking gesteld personeel én materieel / 54

40.4 Verschillende werkgevers (rechtsvergelijkend) / 55

41 Detachering van personeel (bijzondere categorieën) / 56

41.1 Uitzendbureau-uitzendkracht / 56

41.2 Ziekenhuispersoneel / 56

41.2.1 Algemeen / 56

41.2.2 Rechtsvergelijkend / 57

42 De fout van de ondergeschikte / 57

43 Onrechtmatigheid / 58

43.1 Algemeen / 58

43.2 Geïndividualiseerde toerekening is geen vereiste / 59

43.3 Overschrijding van vertegenwoordigingsbevoegdheid levert als zodanig geen foutief gedrag op / 59

44 Schendingen van rechtsplichten van de werkgever / 60

45 Toerekening / 61

45.1 Algemeen / 61

45.2 De invloed van art. 6:165 BW / 61

46 Art. 6:101 BW: medeschuld en eigen schuld van hulppersonen / 62

- 46.1 Medeschuld en eigen schuld toegerekend aan de benadeelde werkgever / 63
- 46.2 Eigen schuld van ondergeschikte en niet-ondergeschikte hulppersonen / 63
- 46.3 Grenzen aan de toerekening van eigen schuld van ondergeschikte hulppersonen / 64
- 47 De Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven (AVB) / 64
- 47.1 Algemeen / 64
- 47.2 De AVB-polis / 65
- 47.3 Algemene uitsluitingsclausules / 66
- 48 Het verband tussen opgedragen werkzaamheden en de fout / 66
- 48.1 Art. 1403 lid 3 BW (oud) / 67
- 48.2 Art. 6:170 BW: totstandkoming en reikwijdte / 67
- 48.3 Functioneel verband veronderstelt zeggenschap van de werkgever / 68
- 48.4 Ruime uitleg van 'functioneel verband' in de rechtspraak / 69
- 48.5 Rechtsvergelijkende kanttekeningen / 70
- 49 In dienst van een natuurlijk persoon / 71
- 50 Werkzaamheden anders dan voor een beroep of bedrijf / 71
- 51 Handelen ter vervulling van de taak / 72
  
- III.2 De eigen aansprakelijkheid van de ondergeschikte / 73
  
- 52 Persoonlijke aansprakelijkheid van de ondergeschikte gehandhaafd / 73
- 52.1 Algemeen / 74
- 52.2 Persoonlijke aansprakelijkheid in de literatuur omstrede / 74
- 52.3 Rechtsvergelijkende notities / 76
- 53 Doorwerking van verweermiddelen ten gunste van ondergeschikten / 76
  
- III.3 Het regresrecht / 78
  
- 54 De werkgever draagplichtig, tenzij / 78
- 54.1 Totstandkoming van de hoofdregel: 'de werkgever draagplichtig, tenzij' / 78
- 54.2 De smalle marge van de uitzondering: 'opzet of bewuste roekeloosheid' / 79
- 54.3 Analogische toepassing ten aanzien van aanverwante rechtsverhoudingen / 79
- 55 Restrictieve uitleg van het begrip 'opzet of bewuste roekeloosheid' / 80
- 56 Regresrecht in het arbeidsrecht (art. 7:661 BW) / 82
- 57 Draagplicht op grond van bijzondere omstandigheden (art. 6:170 lid 3 slotzin BW) / 83
- 58 Schade die de werknemer bij de uitoefening van de opgedragen taak lijdt / 83
- 59 Gelijke behandeling ambtenaar en werknemer / 84
- 59.1 Ongelijke behandeling van de ambtenaar ten opzichte van de werknemer / 84
- 59.2 Divergentie tussen werknemer en ambtenaar wat betreft persoonlijk onrechtmatig handelen / 85
- 59.3 Ongelijkheid ten aanzien van regresrechten tussen werknemer en ambtenaar / 86
- 59.4 Wet normalisering (lees: privatisering) rechtspositie ambtenaren (Wnra) / 86
- 60 Regres en (WA-)verzekering / 87
- 60.1 WA-verzekering van de werknemer vormt als zodanig geen voldoende reden voor regres door de werkgever / 87
- 60.2 Beperking van regres in geval van (sociale) verzekeraars: geen eindpunt bereikt / 88

60.3 Alternatieve routes? / 88

#### HOOFDSTUK IV

#### **De aansprakelijkheid voor de niet-ondergeschikte opdrachtnemer / 91**

61 Historische ontwikkeling/rechtsvergelijkende notities / 91

IV.1 De aansprakelijkheid van de opdrachtgever / 92

62 Begrenzing van de aansprakelijkheid ex art. 6:171 BW / 92

62.1 Begrenzing tijdens de parlementaire geschiedenis onderkend / 92

63 De opdrachtgever exploiteert een bedrijf / 93

63.1 Algemeen / 93

63.2 Art. 6:171 BW niet van toepassing bij 'beroepsmatig' handelen / 94

63.3 Art. 6:171 BW niet van toepassing op de overheid / 94

64 Werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever / 95

64.1 Algemeen / 96

64.2 Moet de opdrachtgever de werkzaamheden zelf ook kunnen uitvoeren? / 97

65 Foutief gedrag waarvoor de hulppersoon aansprakelijk is / 98

66 Een bij die werkzaamheden begane fout / 98

IV.2 De eigen aansprakelijkheid van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer / 99

67 Buitencontractuele aansprakelijkheid van de hulppersoon vereist / 99

IV.3 Het regresrecht / 100

68 Onderlinge overeenkomst tussen opdrachtgever en hulppersoon richtinggevend / 100

#### HOOFDSTUK V

#### **De aansprakelijkheid voor de onrechtmatige daden van de vertegenwoordiger / 101**

69 Historische ontwikkeling / 101

70 Rechtsvergelijkende notities / 102

V.1 De aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde / 103

71 Vertegenwoordiging en onrechtmatige daad / 103

72 Daderschap als grondslag voor toerekening / 106

73 De reikwijdte van art. 6:172 BW / 107

74 Afbakening ten opzichte van art. 6:162 en 6:170 BW / 109

75 Toepassing van art. 6:172 BW vanuit de Boeken 1, 2 en 3 / 110

V.2 De eigen aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger / 111

- 76 Foutief gedrag van de vertegenwoordiger vereist / 111
- 76.1 Bevoegdheidsoverschrijding als zodanig geen onrechtmatige daad / 111
- 76.2 Verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf voor bestuurders van rechtspersonen / 112

V.3 Het regresrecht / 112

77 Taak al of niet naar behoren vervuld? / 112

#### HOOFDSTUK VI

#### **De kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen; een horizontale vergelijking / 115**

- 78 Grondslag der kwalitatieve aansprakelijkheid / 115
- 79 Afbakening der kwalitatieve aansprakelijkheid / 117
- 80 De onderlinge draagplicht / 119

#### HOOFDSTUK VII

#### **Ontwikkeling van de kwalitatieve aansprakelijkheid (1992-2021) / 121**

- 81 Historische kanttekeningen in rechtsvergelijkend perspectief / 121
- 82 Ontwikkelingen binnen het Nederlandse recht, zoals verwoord in afd. 6.3.2 / 122
- 83 Het omslagpunt: het Wilnis-arrest / 123
- 84 Beperkte betekenis van het Wilnis-arrest voor art. 6:169-6:172 BW / 125

**Wetsartikelenregister / 127**

**Jurisprudentieregister / 133**

**Monografieën BW / 141**



## HOOFDSTUK I

# Kwalitatieve aansprakelijkheid

### 1 Inleiding

Kwalitatieve aansprakelijkheid kan worden omschreven als buitencontractuele aansprakelijkheid die niet terug te voeren is tot eigen onrechtmatig gedrag van de aansprakelijkgestelde. In dit deel komt de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen (kinderen, ondergeschikten, niet-ondergeschikte hulppersonen en vertegenwoordigers) aan de orde (art. 6:169-6:172 BW).

Behandeling van buitencontractuele aansprakelijkheid dwingt tot bezinning over de *rechtsgrond* van die aansprakelijkstelling. Overziet men de beschouwingen van de rechtsgeleerden uit vroeger eeuwen, dan is opvallend hoe zorgvuldig De Groot in zijn *Inleiding tot de Hollandse rechtsgeleerdheid* (1631) kwalitatieve aansprakelijkheid onderscheidde van de aansprakelijkheid die terug te voeren is tot foutief gedrag van de aansprakelijkgestelde zelf. Zie daaromtrent nr. [2]. Nadien wordt steeds meer de kwalitatieve aansprakelijkheid beschouwd als een uitloper van de aansprakelijkheid gebaseerd op 'schuld' of 'fout'. Zie onder andere Pothier, *Les traités du droit français* (1829), geciteerd in nr. [5]. Door de mechanisering, die aan het eind van de negentiende eeuw in gang gezet wordt, ontstaat een volstrekt ander maatschappijbeeld, waarbij het 'foutvereiste' de gelaedeerde in veel gevallen voor bewijsproblemen stelt: 'L'accident, depuis qu'il a pris le parti de devenir 'anonyme', ne désignait plus le coupable', aldus B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (1947), p. 7. Het is enerzijds de 'slachtofferbescherming' en anderzijds de 'profijtgedachte' die zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak de kwalitatieve aansprakelijkheid bredere ingang deed vinden.

Reeds onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 aanvaardde de Hoge Raad kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade ontstaan door ondergeschikten (HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, NJ 1955/552, m.nt. Rutten (*Het Noorden-NHL*), gebouwen (HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509, m.nt. Scholten (*Amercentrale*) en dieren (HR 7 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7443, NJ 1980/353, m.nt. Scholten (*Stierkalf*)). Afd. 2, titel 3 Boek 6 BW vormt de neerslag van die ontwikkeling; zie ook Hartkamp, *Aard en opzet nieuwe vermogensrecht* (Mon. BW nr. A1) 2017/19.

Aanvaarding van het beginsel van de kwalitatieve aansprakelijkheid dwingt ook tot herbezinning op de grenzen van die aansprakelijkheid, in het bijzonder ten aanzien van de vraag welke rol overblijft voor het 'fout-' of 'schuldvereiste'. Zie daarover nr. [2].

Voor een beschrijving van de ontwikkeling van de kwalitatieve aansprakelijkheid in de ons omringende landen wordt verwezen naar Van Dam, *European Tort Law* (2013)/1001-1005.

In dat verband mogen de recente ontwikkelingen die zich zowel in Frankrijk als in België op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht voltrekken, niet onvermeld blijven. Zie daarover nr. [6] en nr. [35].

Voor wat betreft de pogingen tot uniformering van het Europese buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt verwezen naar Principles of European Tort Law: PETL 2005 (Moréteau), p. 112 e.v. Over de PETL verscheen in Nederland een serie opstellen in *AV&S*. Volstaan wordt met verwijzing naar het opstel van R.D. Lubach, 'Liability for others', *AV&S* 2008/17, p. 113 e.v. en naar de bijdrage van T. Hartlief, 'PETL: Basic norm and liability based on fault', *AV&S* 2007/8, p. 49 e.v. Voorts dient in dit verband te worden gewezen op het standaardwerk van Chr. Von Bahr & E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (volume 3), 2010, *DCFR*, art. VI. 3:201-206.

Zowel in België als in Frankrijk heeft een ingrijpende herziening van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht plaatsgevonden. Zie uitvoeriger nr. 6. Zie voor een beknopt overzicht van de hervorming van het Belgische aansprakelijkheidsrecht: Bocken c.s. 2019, p. 28 e.v. Voor een beknopt overzicht van de hervorming van het Franse aansprakelijkheidsrecht wordt verwezen naar A. G. Castermans, D. Dankers-Hagenaars, A. Dejean de la Batie (red.), 'Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile. Le rapprochement des responsabilités', *Revue internationale de droit comparé*, avril 2017, p. 7 e.v.

## 2 Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid

Kwalitatieve aansprakelijkheid betekent aansprakelijkheid in hoedanigheid, zonder dat degene die aansprakelijk is een fout hoeft te hebben begaan. De afgrenzing van de kwalitatieve aansprakelijkheid dient dan ook op andere wijze te worden bereikt. Bij de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen vindt die afgrenzing primair plaats doordat de wet als vereiste stelt dat de persoon voor wie men aansprakelijk is een *fout* moet hebben begaan. Bij kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken vindt die afgrenzing primair plaats door het stellen van het *gebrekscriterium*. Centraal daarbij staat de vraag of de betreffende zaak al of niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan dezelve mag stellen. Vat men kwalitatieve aansprakelijkheid tamelijk absoluut op, dan zal dat tot gevolg hebben dat zowel het foutvereiste (bij de aansprakelijkheid voor personen) als het gebreksvereiste (bij de aansprakelijkheid voor zaken) ruim wordt uitgelegd. In de rechtspraak wordt onderkend dat kwalitatieve aansprakelijkheid haar begrenzing kent. In het bijzonder doet die begrenzing zich gelden bij de aansprakelijkheid voor roerende zaken, opstellen en openbare wegen. In de rechtspraak wordt bij de zoektocht naar de afbakening voorts het relativiteitsvereiste gehanteerd. Zie daarover het slot van deze paragraaf.

Bij de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen stelt de wet als vereiste dat de persoon voor wie men aansprakelijk is een 'fout' moet hebben begaan. In art. 6:169 lid 2, art. 6:170, 6:171 en 6:172 BW is het 'foutvereiste' uitdrukkelijk in de tekst der bepaling opgenomen. Slechts met betrekking tot de aansprakelijkheid voor kinderen beneden veertien jaar wordt op een indirecte wijze aan het 'foutvereiste' gerefereerd. Zie daarover nr. [9]. Bij de aansprakelijkheid voor ondergeschikte en niet-ondergeschikte personen wordt de begrenzing van de aansprakelijkheid voorts bereikt door het vereiste van het functioneel verband, zij het dat genoemd vereiste zeer ruim wordt uitgelegd. Zie daarover nr. [48] resp. [64].

Bij de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken heeft de wetgever voor een andere aanpak gekozen. Bij de roerende zaken (art. 6:173 BW) en de opstallen (art. 6:174 BW) wordt als vereiste gesteld dat de zaak of de opstal niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak resp. aan de opstal mag stellen. Dit wordt veelal als het 'gebrekscriterium' aangeduid. Naast het gebreksvereiste fungeert de 'tenzij-formule' als beperkend vereiste. Uit HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief, RAV 2011-25, JB 2011/93, m.nt. R.J.B. Schutgens, AA 20110208, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Wilnis*) blijkt dat, indien de bezitter van de zaak objectief gezien niet bekend kon zijn met het bestaan van het gebrek, de betreffende bepaling niet voor toepassing in aanmerking komt. Zie daarover in kort bestek: A. de Hoogh & S. Lindenbergh, 'Risicoaansprakelijkheden', AA 2012, p. 669 e.v. Bij de aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW) ontbreekt een begrenzend criterium. De beperking van de zojuist genoemde kwalitatieve aansprakelijkheid is in het geval van art. 6:179 BW dan ook lastiger te maken dan in die gevallen waarin het 'gebrekscriterium' functioneert; zie daaromtrent Klaassen, *diss.*, p. 150 e.v. De rechtspraak heeft die afgrenzing – daargelaten dat in de term 'dier' reeds enige beperking ligt opgesloten – dan ook bereikt door als vereiste voor de toepassing van art. 6:179 BW aan te nemen dat het dier ten gevolge van onberekenbaar gedrag de schade heeft veroorzaakt.

Bij de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW e.v.) ontbreekt eveneens het 'gebrekscriterium'. De aansprakelijkheid is in dat geval immers juist bedoeld voor stoffen die geheel overeenkomstig de eigenschap die de stof behoort te bezitten tot schade kunnen leiden. Ook in dat geval dient – daargelaten het 'bekendheidsvereiste' – de afgrenzing gezocht te worden in de 'tenzij-formule', die in dit geval in een afzonderlijke bepaling is neergelegd (art. 6:178 BW); zie daarover E.A. Messer, *Risicoaansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW* (diss. Utrecht), p. 75 e.v. Zie verder over de betekenis van de 'tenzij-formule' met betrekking tot de aansprakelijkheid voor zaken en de wijze waarop die formule door een aantal schrijvers is bekritiseerd: *GS Onrechtmatige daad*, 'Inleiding Aansprakelijkheid Personen en Zaken', aant. 4.5. Wat betreft de verbanden tussen afd. 6.1.1 enerzijds en 6.3.2 anderzijds wordt in dit bestek tevens verwezen naar de beschouwingen van Sieburgh, *diss.*, p. 117-195. Sieburgh betoogt dat juist op de wijze waarop kwalitatieve aansprakelijkheden worden beperkt – zij wijst daarbij onder meer op de 'tenzij-formule' – veeleer sprake is van een wisselwerking dan van een scherpe tegenstelling tussen beide afdelingen (p. 192). Naar aanleiding van het hiervoor genoemde *Wilnis*-arrest is dat debat in de literatuur over die wisselwerking geïntensiveerd. Zie daarover: J.W. Hoekzema en F.T. Oldenhuis, 'Aansprakelijkheid voor zaken en opstallen: van risicoaansprakelijkheid naar een "gewone" toetsing aan de onrechtmatige daad, of toch niet?', *RMThemis* 2019/1, p. 33 e.v. Zoals hiervoor werd opgemerkt maakt de rechtspraak bij de begrenzing c.q. afbakening van de kwalitatieve aansprakelijkheid ook gebruik van het relativiteitsvereiste, in het bijzonder bij de aansprakelijkheid voor zaken. Ter zake van art. 6:174 BW kan worden gewezen op Hof Arnhem 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU2970, NJF 2011/357 (*Val door verdiepingsvloer afgezet slooppand*). Ook HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. Hartlief, RAV 2011/5 (*Hangmat*) kan in dat perspectief worden geplaatst. In laatstgenoemde uitspraak werd beslist dat art. 6:174 BW ook voor toepassing in aanmerking komt in een rechtsverhouding tussen medebezitters onderling. Anders: HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173, m.nt. Hartlief, RAV 2016/41, VR 2016/111, NTBR 2016/51,

m.nt. C.G. Breedveld-de Voogd & P.W. den Hollander (*Paard Imagine*) waarin een dergelijke aanspraak jegens de medebezitter van een dier werd afgewezen.

### 3 Uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheden in het BW

De invoering van het thans geldende vermogensrecht in 1992 leidde tot een toename van het aantal gevallen, waarin kwalitatieve aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek werd opgenomen.

De uitbreiding heeft zowel betrekking op de aansprakelijkheid voor personen (aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen en voor vertegenwoordigers) als op de aansprakelijkheid voor zaken (aansprakelijkheid voor roerende zaken en voor producten).

Nieuw is de kwalitatieve aansprakelijkheid voor fouten van de niet-ondergeschikte hulppersoon (art. 6:171 BW) en de kwalitatieve aansprakelijkheid voor fouten van de vertegenwoordiger (art. 6:172 BW). Nieuw is ook de kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter van roerende gebrekkige zaken (art. 6:173 BW), de kanalisering naar de bedrijfsmatige gebruiker van roerende zaken, opstallen en dieren (art. 6:181 BW) en de kwalitatieve aansprakelijkheid van de producent voor gebrekkige producten (art. 6:185 BW).

Door de kwalitatieve aansprakelijkheid in een afzonderlijke afdeling te plaatsen, heeft de wetgever die gevallen van aansprakelijkheid structureel onderscheiden van de aansprakelijkheid op grond van eigen onrechtmatig gedrag (art. 6:162 BW); ook al is er – zie nr. [2] – steeds sprake van een wisselwerking tussen beide afdelingen.

Uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheid veronderstelt dat die aansprakelijkheid veelal door verzekering kan worden gedekt. In de MvT 21202, Ontwerp Gevaarlijke Stoffen, nr. 3, p. 6 e.v. (thans art. 6:175 e.v. BW) kwam dat aspect opnieuw uitvoerig ter sprake.

Ook al gaat de aansprakelijkheidsvraag aan de verzekeringsvraag vooraf; niet ontkend kan worden dat beide rechtsfiguren elkaar beïnvloeden. Dat geldt evenzeer voor de begrippen ‘verzekering’ en ‘regres’.

#### 3.1 Uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheden na 1992

In 1995 wordt de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, stortplaatsen en boorgaten in het BW opgenomen. In 2003 wordt in het kielzog van de Mijnbouwwet (2003) de kwalitatieve aansprakelijkheid van de exploitant van een mijnbouwwerk uitgebreid. Dat leidt tot een herformulering van art. 6:177 BW. In die bepaling wordt de kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade als gevolg van bodemdaling opgenomen. In lijn daarmee wordt in 2003 aan art. 6:174 BW een (nieuw) derde lid toegevoegd, dat betrekking heeft op de aansprakelijkheid voor ondergrondse werken. De strekking van laatstgenoemde aanpassing is dat de aansprakelijkheid voor ondergrondse werken komt te rusten op degene die het ondergrondse werk *exploiteert*. Aldus wordt vermeden dat die aansprakelijkheid op de bezitter van de bovengrond rust. Schade ten gevolge van gebreken aan motorrijtuigen valt vanaf 2005 onder de hoofdregel van art. 6:173 BW. Schrapping van die categorie uit lid 3 had een tweedelig doel. Naast verhaal ten behoeve van slachtoffers werd tevens de weg vrijgemaakt voor verhaal door de overheid in haar hoedanigheid van wegbeheerder. Dat was daarvoor alleen mogelijk via art. 6:162 BW.

In 2016 werd bij de herziening van de Waterwet aansprakelijkheid voor waterstaatswerken opgenomen (*Kamerstukken*, nr. 34436), terwijl op 1 januari 2017 het wettelijk

bewijsvermoeden ten laste van de mijnbouwexploitant werd ingevoerd (art. 6:177a BW, *Stb.* 2016, 553). Het bewijsvermoeden beoogt dat op de exploitant van een mijnbouwwerk een vermoeden van causaliteit rust indien de (fysieke) schade die ontstaat aan gebouwen en werken het gevolg 'zou kunnen zijn' van bodembeweging als gevolg van gaswinning.

### 3.2 *Onderlinge wisselwerking tussen aansprakelijkheid, verzekering en regres*

Uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheid leidde tot toename van het aantal verzekeringen tegen buitencontractuele aansprakelijkheid. Bloembergen, *Schadevergoeding algemeen 1* (*Mon. BW nr. B34*) 1984/9 merkt in zijn eerste druk (1984) op dat de toename van aansprakelijkheidsverzekeringen grote invloed heeft op het functioneren van het schadevergoedingsrecht: "Het leidt er toe", aldus Bloembergen, "dat economisch gezien niet de aansprakelijke persoon, maar zijn verzekeraar voor de schade opkomt."

Bloembergen signaleerde reeds in 1980, *NJB* 1980, p. 176 dat op bepaalde deelterreinen binnen het aansprakelijkheidsrecht risicoaansprakelijkheid niet als eindpunt behoeft te worden gezien, maar via de fase van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering kan leiden tot een systeem waarbij de enting op de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregels wordt losgelaten en een of andere vorm van een first-partyverzekering (ongevallenverzekering) ontstaat. Van een dergelijke verdergaande ontwikkeling blijkt op het terrein van de kwalitatieve aansprakelijkheid thans echter niet. Geconstateerd moet worden dat in een periode van economische teruggang veelal meer accent komt te liggen op daadwerkelijke uitoefening van verhaalsrechten.

## 4 *Geen analogische toepassing*

De wetgever heeft de gevallen waarin kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat nauwkeurig omschreven. Die opsomming is limitatief. Voor analogische toepassing van afd. 6.3.2 door de rechter lijkt dan ook niet of nauwelijks ruimte te bestaan.

Binnen de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen functioneert art. 6:172 BW, naast art. 6:170 BW en 6:171 BW, als een restartikel. Voor de dogmatische verschillen tussen art. 6:172 BW enerzijds en art. 6:162 BW anderzijds, wordt verwezen naar nr. [71] e.v. Zoals reeds in nr. [3] werd uiteengezet, heeft de wetgever de gevallen waarin kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat *nauwkeurig* omschreven en limitatief opgesomd. In die zin ook *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/169, die daarbij wijst op HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *NJ* 2007/231 (*Ontvanger/X*). Zo ook: HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1662, *NJ* 2005/138, m.nt. Brunner, *VR* 2005/118 (*Sneeuwballende kinderen*). Voor analogische toepassing van afd. 6.3.2 lijkt dan ook voor de rechter nauwelijks ruimte te bestaan; ook niet via toepassing van art. 6:2 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).

In gevallen die buiten het bereik van de door de wetgever geformuleerde regels der kwalitatieve aansprakelijkheid vallen, fungeert art. 6:162 BW als vangnet. De pleegouder die zijn minderjarig kleinkind blijvend verzorgt en opvoedt, zonder over dat kind de voogdij uit te oefenen, kan op basis van art. 6:162 BW aansprakelijk zijn voor schadeveroorzakend gedrag van het kind; niet op basis van art. 6:169 lid 1 BW.

De ruime opvatting van het ouderschap, zoals dat in de rechtspraak ten aanzien van art. 6:162 BW vorm heeft gekregen, kan ertoe leiden – denk aan bestuurders van

rechtspersonen die in taakvervulling derden schade berokkenen – dat naast art. 6:170 lid 1 BW tevens art. 6:162 BW voor toepassing in aanmerking komt. Veelal leidt dat tot hetzelfde resultaat. Zie daarover uitvoeriger hoofdstuk 5.

Men houde voorts het onderscheid tussen lid 2 en 3 van art. 6:162 BW in het oog. De strekking van art. 6:162 lid 3 BW is dat de toerekenbaarheid niet ophoudt waar de verwijtbaarheid eindigt. Het ruime toerekeningsbegrip, zoals in lid 3 omschreven, veronderstelt echter de aanwezigheid van *onrechtmatigheid* (lid 2). Art. 6:162 lid 3 BW kan derhalve niet worden gebruikt om de gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid te verruimen. In die zin ook: *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/121 en 122*. Sieburgh, *diss.*, p. 239 e.v. heeft er evenwel op gewezen dat wat betreft de invulling van art. 6:162 lid 3 BW de hoedanigheid van de dader wél een rol van betekenis kan vervullen. In die zin is er sprake van een zekere mate van wisselwerking tussen afd. 6.3.1 en 6.3.2.

# De aansprakelijkheid van ouders/ voogden voor hun minderjarige kinderen

### 5 Historische ontwikkeling

De Groot maakt in zijn *Inleidinghe* (1631) bij de bespreking van de 'onevenheid veroorzaakt ter onminne' onderscheid tussen 'blijckelicke misdaed' en 'misdaed door wetduidinge' (III.32.1). Van 'misdaed door wetduidinge' is sprake indien 'de wet eenige uitkomste iemand toerekent tot misdaed' (III.38.1). De Groot rubriceert in die titel slechts gevallen waarin geen sprake is van opzet of nalatigheid van de aansprakelijkgestelde. Naast de klassiek Romeinsrechtelijke gevallen waarin aansprakelijkheid zonder schuld werd aangenomen – zie daarover Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (diss. Leiden), 1906, p. 58-61 – formuleert De Groot zelf een aantal gevallen waarbij die kwalitatieve aansprakelijkheid intreedt. We treffen er geen afzonderlijke regel aan voor de ouders. De Groot, sterk beïnvloed door het Romeinse recht, trok op dit punt de lijn van het klassieke recht door, dat ook geen afzonderlijke aansprakelijkheidsregel voor de ouders kende. Een fundamenteel andere benaderingswijze geeft Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* (eerste druk), Leeuwarden 1686. Hier worden, anders dan bij De Groot, de 'oneygentlijke misdaeden' uitdrukkelijk verklaard vanuit het schuldbeginsel in de zin van de verwijtbaarheid. R.J. Pothier, *Les Traités du droit français* (nouvelle édition), 1829, nr. 116, hanteert eenzelfde onderscheid: enerzijds 'obligations des délits' (par dol ou malignité); anderzijds 'obligations des quasi délits' (sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable).

De onduidelijkheid over de grondslag van de kwalitatieve aansprakelijkheid doet zich ook gelden inzake art. 1384 e.v. CC 1804. De ontwerpers zijn niet eenduidig in hun commentaar. Het BW van 1838 greep terug op art. 1384 CC 1804. Art. 1403 BW (oud) werd door nagenoeg alle schrijvers hier te lande verklaard als berustend op verwijtbaar gedrag van de ouder(s). Zie over die historische ontwikkelingen Hoekzema, *diss.*, p. 7-26.

In HR 26 november 1948, *NJ* 1949/149, m.nt. Houwing werd geoordeeld dat art. 1403 lid 2 BW op een vermoeden van schuld berust. De ouders gaan vrijuit indien zij aantonen dat hen geen verwijt treft. Nadien is dat standpunt bevestigd: HR 9 december 1966, *ECLI:NL:HR:1966:AC1120*, *NJ* 1967/69 (GJS).

Art. 6.3.7 RO sloot bij die rechtspraak aan; *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 674. Nadien hebben verschillende schrijvers zich tegen dat ontwerp gekeerd en geopperd de bakens te verzetten en te koersen op een risicoaansprakelijkheid; *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 677.

In het GO Boek 6 (1976) kreeg dit zijn beslag in art. 6.3.2.1. Het leidde uiteindelijk tot de regel dat op de ouder of voogd een risicoaansprakelijkheid rust voor de onrechtmatige daden begaan door hun kinderen tot de leeftijd van veertien jaar (art. 6:169 lid 1 BW). Het kind zelf is tot die leeftijd niet aansprakelijk (art. 6:164 BW); *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 678-681. Het systeem van het oude BW bleef evenwel bestaan voor de leeftijdscategorie van veertien tot zestien jaar (art. 6:169 lid 2 BW). Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de ouder of voogd voor hun jeugdige minderjarige kinderen heeft de hercodificatie de gewenste duidelijkheid gebracht en derhalve aan haar doel beantwoord.

## 6 **Rechtsvergelijkende notities**

In 1804 werd in de Code Civil (CC) een regeling opgenomen waarbij op de ouders een weerlegbaar vermoeden van schuld werd gelegd in het geval dat het minderjarige kind aan derden schade deed ontstaan (art. 1384 alinea 4 jo. Alinea 7 CC). Zeer veel landen ondergingen de invloed van de regeling uit de Code Civil en hanteerden in navolging daarvan de regel dat de aansprakelijkheid primair op de ouders rust. Die regel – schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast – werd op tweeërlei wijze in de onderscheiden wetgevingen uitgewerkt. In een aantal codificaties werd de kring van aansprakelijk te stellen personen strikt omschreven: België (art. 1384 Belgisch BW), Nederland (art. 1403 BW (oud)), Italië (art. 2048 CC) en Spanje (art. 1903 CC). De Duitse wetgever formuleerde een open norm (§ 832 BGB). Zo ook Oostenrijk (art. 1309 ABGB). In Zwitserland werd een weerlegbaar vermoeden van aansprakelijkheid op het gezinshoofd gelegd (art. 333 ZGB). Op schuld gebaseerde aansprakelijkheid zonder dat daaraan een schuldvermoeden is verbonden, treft men aan in de common-lawlanden en in de Scandinavische landen, met uitzondering van Noorwegen. Zie in kort bestek over dat verschil in uitgangspunt: *International Encyclopedia XI, 3 (Le Gall)*, p. 7. Aan het slot van zijn rechtsvergelijkende beschouwingen wijst Le Gall erop dat beide systemen ‘liability on presumption’ en ‘liability without any presumption’ de neiging hebben naar elkaar toe te groeien en veelal dezelfde uitkomsten vertonen als men gelijksoortige casusposities en de rechterlijke uitspraken die daarop volgden vergelijkt (*International Encyclopedia XI, 3 (Le Gall)*, p. 29). Zie verder nog: Van Dam, *European Tort Law* 2013/1002 en 1602, *PETL* 2005 (Spier), p. 11 e.v., *DCFR* 2010, art. VI.3:201, p. 3423-3452, alsmede Giliker, *Vicarious Liability* 2010, p. 196 e.v.

Uit het zojuist gegeven overzicht blijkt dat de Nederlandse regeling van art. 6:169 BW in formeel opzicht vooroploopt. In een aantal landen ging de rechtspraak evenwel de facto tot ‘invoering’ van risicoaansprakelijkheid over. De Franse rechtspraak vormt daarvan een treffende illustratie. De ouders kunnen zich niet of nauwelijks disculperen indien het onrechtmatige daden betreft, begaan door kinderen beneden de zestien jaar (‘infants et petit adolescents’). In een vijftal uitspraken werd door de Cour de Cassation aan die gedachte vorm gegeven. In het bijzonder is daarbij van belang: Ass. Plén. 9 mai 1984, D. 1984, 525 (Chabas) (*Fullenwarth c. Felten*), waarin de aansprakelijkheid van de ouder zeer breed wordt opgevat. Zie daarover Van Dam, *European Tort Law* 2013/1602 alsmede Giliker, *Vicarious Liability* 2010, p.213 e.v.

Die ruime insteek van de aansprakelijkheid van de ouder en voogd voor het minderjarig kind werd bevestigd in Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 februari 1997, *JCP* 1997, nr. 22848, p. 247 e.v. (*Bertrand c/Domingues et al.*). Zie voorts daarover: Viney en Jourdain 2013/883 e.v. Zie verder daarover nr. [9.3] hierna.



De rechtspraak in België en Duitsland vertoont tot op heden een gematigder aanpak. Zie voor België: Vansweevelt & Weyts 2009, p. 337 e.v. en voorts, meer toegespitst op de aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen: P. de Tavernier, *De buiten-contractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen* 2006, p.443-478. Voor Duitsland dient te worden gewezen op Van Dam, *European Tort Law* 2013/1602, alsmede op *Munchener Kommentar 2019 (Wagner)*, Par. 832, Soergel-Siebert 2005, § 832 en Palandt & Bassenge 2021 en Von Staudinger 2018, Par. 832. Voor uitvoeriger rechtsvergelijkende beschouwingen wordt verwezen naar: P.H.M. Rambach, *Die deliktische Haftung Minderjähriger* (1994) en Giliker, *Vicarious Liability* 2010.

Zowel in België als in Frankrijk heeft een ingrijpende herziening van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht plaatsgevonden. Het gewijzigde Franse privaatrecht werd in oktober 2016 vastgesteld en trad in 2018 in werking, zij het dat het merendeel van die bepalingen, waaronder het aansprakelijkheidsrecht, met terugwerkende kracht vanaf oktober 2016 van kracht werden (art. 1240-1245-17 CC). Wat betreft de aansprakelijkheid van de ouder voor het minderjarige kind wordt geen (formele) wijziging voorgesteld. Formeel blijft het derhalve een op een fout vermoeden gebaseerde aansprakelijkheid; de facto fungeert dat bewijsvermoeden als een strikt opgevatte risicoaansprakelijkheid.

In België werd in 2018 het Voorontwerp van de Wet van 28 maart 2018 houdende invoeging van de bepalingen betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek, gepubliceerd. Het herziene aansprakelijkheidsrecht werd op 1 november 2020 ingevoerd. Zie daarover reeds I. Samoy, *NTBR* 2018/29. Het Belgische aansprakelijkheidsrecht volgt het Nederlandse systeem en gaat uit van een 'foutloze' aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid rust voortaan op de 'titularis van het gezag over minderjarigen'. Dat impliceert dat ook de voogd en de 'meemoeder' daaronder zijn begrepen. Zie uitvoeriger: Bocken c.s. 2019, p. 67 e.v.

## 7 Sociaaleconomische gegevens

Per 1 januari 2021 telde Nederland bijna 17,5 miljoen inwoners (opgave CBS). Het aantal kinderen in de leeftijdscategorie van 0-14 jaar bedroeg op dat moment 2.533.259; de categorie 14-16 jaar: 596.837. De verzekeringsdichtheid – wat betreft de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren (AVP) – ligt tussen de tachtig en negentig procent. Vergelijkt men dat met de percentages uit de ons omringende landen – Duitsland 60%, België 55%, Frankrijk 60-65% –, dan is ook in dat opzicht het percentage zeer hoog te noemen.

### II.1 De kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouder/voogd

#### 8 De aansprakelijkheid van de ouder/voogd voor kinderen tot veertien jaar

Art. 6:169 BW kiest voor een risicoaansprakelijkheid of kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders voor schade die door hun kinderen is veroorzaakt. De ouder of voogd is aansprakelijk in hoedanigheid. Foutief gedrag van de ouder of voogd is daarvoor geen vereiste. Het Burgerlijk Wetboek neemt daarmee op dit punt een unieke plaats in te midden van de haar omringende codificaties, die alle vooralsnog uitgaan van op schuld of op schuldvermoeden gebaseerde aansprakelijkheid. De kwalitatieve aansprakelijkheid rust niet alleen op de ouder, maar ook op de voogd/niet-ouder. Vereist is dat de aangesproken

ouder/voogd de ouderlijke macht c.q. voogdij uitoefent. Het vereiste van ‘inwoning’ (art. 1403 lid 2 BW (oud)) is geschapt.

De kwalitatieve aansprakelijkheid heeft als voordeel ten opzichte van een op schuld gebaseerde aansprakelijkheid dat netelige bewijsvragen inzake schuld van de ouder of voogd kunnen worden geëcarteerd. Invoering van de kwalitatieve aansprakelijkheid doet tevens de vraag rijzen naar de begrenzing ervan, nu het foutvereiste als zodanig geen rol meer kan vervullen. Die grenzen worden in art. 6:169 BW zelf getrokken. De kwalitatieve aansprakelijkheid geldt slechts voor schade veroorzaakt door kinderen die de leeftijd van veertien jaar nog niet hebben bereikt. Dat de onrechtmatige daad het kind zelf niet kan worden toegerekend (art. 6:164 BW) is geen belemmering de ouder ex art. 6:169 BW aan te spreken. Het artikel is juist geschreven om te worden toegepast in die gevallen, waarin het kind niet zelf aansprakelijk kan worden gesteld. Art. 6:169 en 6:164 BW vormen elkaars complement.

## 9 Onrechtmatigheid van de daad

Aan de bepaling van art. 6:169 BW, in de vorm waarin die bepaling in 1980 werd vastgesteld (art. 6.3.2.1), lag de vooronderstelling ten grondslag dat de kwalitatieve aansprakelijkheid intreedt bij onrechtmatig gedrag van het kind, tenzij – gelet op de leeftijd van het kind – de toerekening als onrechtmatige daad niet mogelijk is. Van Maanen, *NJB* 1981, p. 364 stelde voor om in de wettekst zelf de term ‘onrechtmatige gedraging’ op te nemen. Tijdens de totstandkoming van de Invoeringswet werd dat voorstel niet overgenomen. Wel werd aan het onrechtmatigheidsvereiste in de herziene versie van art. 6:169 lid 1 BW op *indirecte* wijze gerefereerd. De rechtspraak lijkt als eis te stellen dat het schadeveroorzakend gedrag van het kind als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd. Bij het beantwoorden van die vraag wordt evenwel het gedrag van het kind in sterke mate geobjectiveerd. Daarmee wordt recht gedaan aan de strekking van de betrokken bepaling om ervoor te zorgen dat de belangen van derden maximaal worden beschermd tegen schadeveroorzakend gedrag van het minderjarige kind.

### 9.1 Onrechtmatigheidsbegrip in de parlementaire geschiedenis

Onder de regeling van art. 1403 BW (oud) werd het vereiste van de onrechtmatigheid van de daad nauwelijks betwist; zie *Asser/Rutten III, De verbintenis uit de wet* (zesde druk), 1983, p. 148. Tegen die achtergrond is het opmerkelijk dat de tekst van art. 6.3.2.1 lid 1 BW, zoals vastgesteld in 1980, *Stb.* 432, juist *niet* sprak over onrechtmatige gedragingen, maar de kwalitatieve aansprakelijkheid koppelde aan schadeveroorzakend gedrag van een kind:

“Voor schade aan een derde toegebracht door een gedraging van een kind dat nog niet de leeftijd van veertien jaren heeft bereikt en aan wie deze gedraging derhalve krachtens art. 6.3.1.2a (art. 6:164 BW) niet kan worden toegekend, is degene die de ouderlijke macht of voogdij over het kind uitoefent, aansprakelijk.”

Van Maanen, *NJB* 1981, p. 364 wees erop dat het element van de onrechtmatigheid tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer ten onrechte daaruit verdween. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 681.

In de MvT Inv., *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1358 werd het door Van Maanen gedane voorstel uitdrukkelijk verworpen. De minister wees er daarbij op dat