

## University of Groningen

### De Code Civil in Winschoten

Brandsma, F.

*Published in:*  
 Groninger Opmerkingen en Mededelingen

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2004

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
 Brandsma, F. (2004). De Code Civil in Winschoten. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXI, 17-36.  
 <http://rjh.ub.rug.nl/grom>

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### 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.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# De Code civil in Winschoten

## Inleiding

De heer Hofsteenge was boer te Winschoten. In de maand oktober van het jaar 1913 liet hij een knecht rijden met een wagen bespannen met twee paarden. Hij zal niet hebben vermoed dat die paarden op hol zouden slaan en een lantarenpaal, eigendom van de gemeente Winschoten, zouden aanrijden en verbrijzelen; ook niet dat die aanrijding een schade van f 20,85 zou berokkenen. Nog minder zal hij hebben vermoed dat zijn paarden hem in onzachte aanraking zouden brengen met de Franse Code civil, met Domat en Bourjon, met ‘Germaansch recht’ en ‘Oud-Fransch Costumier recht’, met Bertrand de Greuille, Tarrible en Maleville, en, niet te vergeten, met het Romeinse recht en de ‘actio de pauperie’.

De zaak die burgemeester Schönfeld van Winschoten tegen boer Hofsteenge aanspande, belandde uiteindelijk bij de Hoge Raad en gaf deze de gelegenheid om een standaardarrest te wijzen over de uitleg van art. 1404 oud BW, het artikel dat de aansprakelijkheid van eigenaren en gebruikers voor de schade toegebracht door hun dieren regelde, en dat te doen door leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag.<sup>1</sup> Deze zaak zal de juridische gemoederen tegenwoordig niet dagelijks meer bezig houden, omdat art. 6:179 BW nu de eigenaar, of beter bezitter, een risicoaansprakelijkheid oplegt voor schade toegebracht door zijn dieren. Toch is zij waard nog weer eens van stal gehaald te worden, zeker in een aflevering van dit magazijn, dat de leerstellige rechtsvergelijking op geschiedkundige grondslag in zijn vaandel draagt, een aflevering die gewijd is aan 200 jaar Code civil.

De zaak is al vaker besproken en veel nieuws zal dit verhaal niet opleveren, maar zij is één van die zaken waarin de Hoge Raad een artikel uit het oude BW diende uit te leggen dat aan de Code civil was ontleend, een zaak waarin de Franse traditie bepalend was voor de richting die het Nederlandse recht nam. Zij biedt daardoor de gelegenheid nog weer eens oude Franse koeien uit de sloot te halen, zoals Domat en Bourjon, en de totstandkoming van de Code civil de revue te laten passeren.

De vraag die de Hoge Raad had te beantwoorden was welk stelsel van aansprakelijkheid art. 1404 OBW de eigenaar van een dier oplegde. Het artikel luidde als volgt:

‘De eigenaar van een dier, of degene die zich van hetzelfde bedient, is, zoo lang hetzelfde tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade welke het dier heeft veroorzaakt, het zij hetzelfde onder zijn toezicht en bewaring, dan wel verdwaald of ontsnapt zij.’

Het was een vertaling van art. 1385 Cc dat als volgt luidde:

---

<sup>1</sup> HR 15 oktober 1915, W. 9937, NJ 1915, p. 1071. Vgl. in de toekomst ook J.H.A. Lokin, ‘Rechtsprechung zum Code civil in den Niederlanden’, in: *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Frankfurt a.M. 2006, p. 248.

‘Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.’

De kantonrechter te Winschoten had in een tussenvonnissen art. 1404 OBW aldus uitgelegd dat het uitging van een vermoeden van schuld van de eigenaar of gebruiker dat voor tegenbewijs vatbaar was. Omdat tegen het vonnis van de kantonrechter geen hoger beroep mogelijk was, stelde de procureur-generaal bij de Hoge Raad van dit vonnis cassatie in het belang der wet in. Procureur-generaal Noyon opperde in zijn conclusie dat voor de interpretatie van het artikel drie stelsels bekend waren. Het eerste hield in dat het artikel niet van schuld sprak en dat de eigenaar of gebruiker van een dier dus als zodanig aansprakelijk was voor schade toegebracht door het dier; risicoaansprakelijkheid dus. Het tweede hield in dat het artikel zich aansloot bij art. 1401 OBW dat de onrechtmatige daad in het algemeen regelde en dat dus net als daar schuld diende te worden aangetoond. De kantonrechter nu had de middenweg van een weerlegbaar vermoeden van schuld bewandeld waarmee de procureur-generaal zich niet kon verenigen. Hij concludeerde dat een wettelijk vermoeden steun dient te vinden in een bijzondere wetsbepaling, maar dat art. 1404 dat vermoeden niet uitsprak. Welke van de beide andere stelsels volgens hem het juiste was liet hij in het midden.

De Hoge Raad echter volgde de kantonrechter te Winschoten. Hij stelde daarbij voorop dat art. 1385 Cc ‘berust op de leer, dat, behoudens tegenbewijs, de schade door een dier aangericht wordt vermoed het gevolg te zijn van gebrek aan waakzaamheid bij hem, die het dier onder zijne hoede heeft, en derhalve geacht wordt aan diens schuld te zijn te wijten.’ Deze leer, zo oordeelde de Raad, was ontstaan door een verkeerde opvatting van de Romeinse rechtsregelen over de zogenaamde ‘actio de pauperie’. Zij was echter ten tijde van het ontwerpen van de Code in Frankrijk de algemeen heersende, zoals kon blijken uit Domat en Bourjon. De samenstellers van de Code wilden dan ook art. 1385 op deze leer doen steunen. De Hoge Raad werd in dit oordeel ongetwijfeld beïnvloed door een artikel van Segers die in 1890 in het *Rechtsgeleerd Magazijn* de historische achtergrond van het artikel had onderzocht en had geconcludeerd dat het artikel uitging van een weerlegbaar vermoeden van schuld.<sup>2</sup>

In het onderstaande zal dus alleen de grondslag van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een dier voor de door het dier veroorzaakte schade worden besproken. De aansprakelijkheid die soms ook op de schouders van de gebruiker van een dier rustte blijft buiten beschouwing. De historische wortels van de aansprakelijkheid van de eigenaar kunnen worden gevolgd via het Romeinse recht, het oud-Franse recht en de wetsgeschiedenis van de Code civil. Die bronnen duiden niet op een aansprakelijkheid die berust op een vermoeden van schuld. De ontwikkeling van die leer zullen we uiteindelijk hebben te danken of te wijten aan de Franse commentatoren op de Code.

---

<sup>2</sup> C.O. Segers, ‘De verplichting tot schadevergoeding krachtens art. 1404 Burg. Wetb.’ in: R.M. 1890, p. 183-212. Vgl. ook T.S. Bakker, *Opmerkingen over art. 1404 van het Burgerlijk wetboek*, prof. Groningen, 1891.

**Het Romeinse recht<sup>3</sup>**

Een verkeerde opvatting van het Romeinse recht over dierschade zou volgens de Hoge Raad dus ten grondslag liggen aan de leer van de Code en dientengevolge het oude BW. Deze overweging blijft enigszins raadselachtig door haar stellige karakter. De Raad legt niet uit wat het Romeinse recht volgens hem dan wel inhield en evenmin wat er verkeerd was aan de Franse opvatting van dat recht. Laten we daarom beginnen bij het begin en kijken of we de werkelijke overwegingen van de Raad kunnen reconstrueren.

De Wet van de Twaalf Tafelen regelde al de aansprakelijkheid van eigenaren voor de door hun dieren toegebrachte schade. Dat wil zeggen de schade toegebracht door viervoeters, *quadrupes*, zoals de wet zei. Daarmee werd bedoeld op viervoetig vee. Ulpianus bericht ons een en ander in zijn commentaar op het edict van de praetor.

D. 9,1,1pr.

Als beweerd wordt dat een viervoetig dier schade heeft toegebracht, is er een actie die uit de Wet der Twaalf Tafelen voortvloeit. Deze Wet heeft bepaald dat of datgene wat de schade veroorzaakt heeft –dat wil zeggen het dier dat de schade toegebracht heeft– uitgeleverd moet worden, of de getaxeerde waarde van de schade aangeboden moet worden.<sup>4</sup>

Volgens een moderne reconstructie zou de regel op de achtste van de twaalf tafelen hebben gestaan en als volgt hebben geluid.

VIII,2

Als een viervoeter schade toebrengt, tenzij hij die herstelt, moet hij hem voor de schade afstaan.<sup>5</sup>

Het onderwerp veranderde in de twaalf tafelen zonder waarschuwing nogal eens van werkwoord tot werkwoord. Hier verspringt het onderwerp van de viervoeter naar diens eigenaar, zo moeten we aannemen.<sup>6</sup> De eigenaar moet het dier dat de schade heeft toegebracht afstaan of de schade vergoeden. Een maatstaf voor de aansprakelijkheid van de eigenaar wordt niet aangelegd. Hij is als zodanig aansprakelijk, maar hij kan onder de verplichting de schade te vergoeden uitkomen door het dier aan het slachtoffer af te staan. Van een zuivere risicoaansprakelijkheid van de eigenaar is dus geen sprake. De aansprakelijkheid van de eigenaar is beperkt. Als de schade meer bedraagt dan de waarde van het dier dat haar heeft veroorzaakt dan staat het de eigenaar vrij het dier af te staan in plaats van de schade te vergoeden.

<sup>3</sup> Vgl. recentelijk bijv. M. Polojac, *Actio de Pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrado 2003.

<sup>4</sup> *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre.* (*Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, II (1994), red. J.E. Spruit e.a.; vertaald is *offerri* in plaats van *offerre*. De vertalingen in het vervolg zijn ontleend aan Spruit e.a.) Vgl. ook Inst. 4,9pr.

<sup>5</sup> *Si quadrupes pauperiem faxit, ni sarcit, noxae dato.* *Roman Statutes II*, ed. by M.H. Crawford, Londen 1996, p. 580, 680e.v.

<sup>6</sup> Vgl. de Gaius van Autun 4,81 en de *Pauli Sententiae* 1,15,1.

Deze mogelijkheid het schadetoebrengeende voorwerp af te staan voor de schade wordt de *noxae deditio* genoemd. Men spreekt daarom ook wel van noxale aansprakelijkheid. Die noxale aansprakelijkheid nu heeft tot allerlei theorieën over de grondslag van de aansprakelijkheid van de eigenaar voor dierschade aanleiding gegeven. Eén van die theorieën werd door Segers verkondigd in zijn hiervoor aangehaald opstel in het Rechtsgeleerd Magazijn.

Het Romeinse recht, aldus Segers, ‘brengt anthropomorfisch het begrip schuld op het dier-zelf over en acht dit aansprakelijk.’<sup>7</sup> Het slachtoffer mocht wraak nemen op de dader van het delict, in dit geval het dier. Maar als het dier een eigenaar had dan zou het slachtoffer in strijd met de rechten van de eigenaar handelen als hij het dier zonder diens toestemming zou doden. Daarom mocht het slachtoffer om uitlevering van het dier vragen, de genoemde *noxae deditio*. Toen weerwraak niet langer de grondslag van het onrechtmatige daadsrecht was, zou een actie tot schadevergoeding als een meer passend middel zijn beschouwd en diende deze actie vanzelfsprekend tegen de eigenaar te worden ingesteld. Voortaan kon het slachtoffer van de eigenaar vorderen dat deze schadevergoeding betaalde of het dier uitleverde.<sup>8</sup> De uitlevering werd vervolgens meer en meer gezien als een mogelijkheid voor de eigenaar te ontkomen aan zijn hoofdverplichting: die tot het vergoeden van de schade.<sup>9</sup>

Argumenten voor deze theorie konden worden ontleend aan de bijzonderheden van de noxale aansprakelijkheid. Want het slachtoffer kon slechts aanspreken degene die eigenaar was van het dier op het ogenblik van procederen, of beter gezegd: het sluiten van de procesovereenkomst, de *litis contestatio*, niet degene die eigenaar was op het ogenblik dat het dier de schade veroorzaakte.<sup>10</sup> Dit werd uitgedrukt door het adagium *noxæ caput sequitur*, dat in dit geval vrij kan worden vertaald als: de noxale aansprakelijkheid volgt het dier. De aansprakelijkheid van de eigenaar verviel bovendien wanneer het dier stierf voor de procesovereenkomst was gesloten.<sup>11</sup> Dit alles betekende dat de aansprakelijkheid bij dierschade kleefde aan het dier zelf en de eigenaar daar alleen maar in zijn hoedanigheid mee te maken kreeg.

Wat er verder ook zij van de waarschijnlijkheid van deze ontwikkelingen –de Wet van de Twaalf Tafelen kende volgens haar meest recente hersteller al de keuze tussen schadevergoeding en uitlevering<sup>12</sup>–, vast staat dat naar Justiniaans recht en dus naar gerecipieerd recht de verplichting van de eigenaar de schade te vergoeden primair was en dat de mogelijkheid het dier af te staan diende tot beperking van de aansprakelijkheid van de eigenaar. Er was dus sprake van een beperkte risicoaansprakelijkheid.

Segers echter legt in zijn genoemde opstel de nadruk op het beginstadium van de geschetste ontwikkeling, noemt dat ‘de Romeinse leer’<sup>13</sup> en meet daar de latere

<sup>7</sup> P. 184. Vgl. voor het volgende ook R. Zimmerman, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad 1990, p. 1099e.v.

<sup>8</sup> De eigenaar had de keuze en niet het slachtoffer, zoals Zimmermann, p. 1100, stelt.

<sup>9</sup> ‘But this was an inversion of the original principle,’ zegt J.A.C. Thomas, *The Institutes of Justinian*, Amsterdam enz. 1975, p. 305.

<sup>10</sup> D. 9,1,1,12.

<sup>11</sup> D. 9,1,1,13.

<sup>12</sup> Vgl. Crawford, o.c.

<sup>13</sup> Bijv. p. 191.

opvattingen van het gerecipieerde Romeinse recht aan af. Zo verwijt hij de glossatoren dat zij ‘het wezen der Romeinsche leer niet gepeild hebben.’ Zij hadden moeten begrijpen ‘dat de Romeinen juist het schuldige dier hadden willen straffen.’ Dat is een merkwaardig verwijt, zeker wanneer hij ook nog vaststelt dat deze misvatting zou teruggaan op een ‘van Ulpianus afkomstige uitspraak’ die ‘eigenlijk in strijd is met de Romeinsche leer’! Hij merkt zelfs enigszins geringschattend op dat ‘voor de glossatoren alle uitspraken der Romeinen bijkans gelijke waarde hebben.’<sup>14</sup> Dat de glossatoren niet aan rechtsgeschiedenis deden, op de wijze van Segers, en dat zij een tekst van Ulpianus serieus namen is, me dunkt, een ernstig verwijt. Hoe haalden die glossatoren het in hun hoofd de Justiniaanse wetgeving als één geheel systematisch te willen uitleggen om haar als een wetboek in de praktijk te kunnen toepassen, zo zou men zijn commentaar kunnen samenvatten.<sup>15</sup>

Het valt dan ook niet te hopen dat de Hoge Raad op de opvattingen van Segers doelde toen hij oordeelde dat het Franse recht aan de vooravond van de invoering van de Code civil uitging van een verkeerde opvatting van het Romeinse recht ter zake van dierschade. Verkeerd immers volgens welke maatstaf, als Ulpianus het al bij het verkeerde eind had? Wat was dan die opvatting waarvan gezegd wordt dat ze verkeerd was?

### Domat en Bourjon

Welk stelsel van aansprakelijkheid voor dierschade de Code civil kende was lange tijd omstreden. Wat de redacteurs van de Code hadden bedoeld werd niet duidelijk door de tekst en wetsgeschiedenis van art. 1385. Men trachtte daarom argumenten voor de interpretatie van het artikel te ontleen aan het oud-Franse recht, in de veronderstelling dat de Code dat zou hebben vastgelegd.

Over de vraag of het oud-Franse recht de *actio de pauperie* had gerecipieerd werd hevig gestreden door de uitleggers van de Code civil. Sommige gewoonterechten kenden inderdaad de noxale aansprakelijkheid van de eigenaar van het dier. Zo bepaalde bijvoorbeeld art. 640 van de Nouvelle Coutume de Bretagne:

Si les cheveux, charrettes ou autres chausés méfaisaient, réparation en serait faite sur la valeur. Et au cas où ceux à qui sont les cheveux, charrettes ou autres choses ne les voudraient laisser pour la réparation du méfait, ils seraient tenus de le réparer à la discrétion du juge.<sup>16</sup>

Andere gewoonterechten echter kenden slechts aansprakelijkheid op grond van de *Lex Aquilia*. De *Lex Aquilia* behelsde de algemene regeling voor beschadiging van

<sup>14</sup> P. 198.

<sup>15</sup> Segers zal zijn opvatting waarschijnlijk hebben ontleend aan Vangerow (*Lehrbuch der Pandekten*, 3. Bd, Marburg/Leipzig 1869<sup>7</sup>, § 689) die ‘eine Kulpa des Thieres selbst, das wahre Fundament der *actio de pauperie*’ noemt. Maar Dernburg (*Pandekten*, 2 Bd, Berlijn 1886, § 133) benadrukt ‘den Unterschied der Zeiten’ en stelt dat de opvatting van de Romeinen uit de keizertijd anders was dan die van de Romeinse boeren zes tot zeven eeuwen daarvoor.

<sup>16</sup> B. d’Argentré, *Coutumes générales du pays et duché de Bretagne reformées en 1580*, Amsterdam 1664.

eigendommen en berustte op het schuldbeginsel. Dat hield toegepast op dierschade in dat de eigenaar van een dier slechts aansprakelijk kon worden gesteld als hem een fout kon worden verweten. Die schuld werd niet verondersteld en diende te worden bewezen door de eiser.<sup>17</sup> Het Franse gewoonterecht hanteerde over het algemeen dit stelsel, zoals moge blijken uit het geschrift van de auteur bij uitstek over het gemene Franse gewoonterecht: het *Droit commun de la France* van Bourjon uit 1747.

Le maître ne s'affranchit pas de cette action en offrant d'abandonner l'animal; il faut qu'il répare, parce qu'il est tenu d'une action personnelle, et l'admission de cet abandon pour décharge serait impunité contraire à la justice et aux principes des actions, suivant lesquels une action personnelle ne peut s'effacer que par son acquittement. Telle est la jurisprudence et droit commun... Mais cette action cesse si nulle faute ne peut être imputée au maître.<sup>18</sup>

Bourjon verwijst hierbij naar de *Lex Aquilia* en noemt die 'conforme à nos usages.' Het schuld- of foutbeginsel beheerst volgens hem dus het gemene Franse recht ter zake van dierschade. Niet de *actio de pauperie*, maar de *actio ex lege Aquilia* is volgens hem voor dierschade gerecipieerd. Van enig vermoeden van schuld dat zou moeten wijken voor tegenbewijs is geen sprake.

Ook Domat stelt bij zijn behandeling van de aansprakelijkheid voor dierschade het schuldbeginsel voorop. In *Les loix civiles dans leur ordre naturel* wijdt hij een sectie aan de schade die door dieren wordt veroorzaakt. Hij begint zijn uiteenzettingen aldus.

L'ordre qui lie les hommes en société, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit; mais il oblige aussi chacun à tenir tout ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal, ni dommage; ce qui renferme le devoir de contenir les animaux qu'on a en sa possession, de sorte qu'ils ne puissent ni nuire aux personnes, ni causer dans leur biens quelque perte ou quelque dommage.<sup>19</sup>

Vervolgens behandelt hij eerst een onderwerp dat naar zijn zeggen vooral door het gewoonterecht, of beter gezegd de verschillende costumen, en niet door het Romeinse recht wordt beheerst: het afgrazen van andermans weide door iemands vee. Daarbij verwijst hij overigens vooral naar teksten over de *Lex Aquilia* waarin het schuldbeginsel heerst. Daarna komt hij te spreken over de overige door dieren veroorzaakte schade waarop het Romeinse recht volgens hem weer onverkort van toepassing is.

De tout autre dommage qui peut être causé par des animaux, celui qui en est le maître, ou qui en est chargé, en sera tenu, s'il pouvoit ou devoit prévenir le mal.

Hij geeft vervolgens voorbeelden van schade veroorzaakt door fouten van de eigenaar of begeleider van het dier ('ou par quelqu'autre faute') en verwijst telkens naar teksten die

<sup>17</sup> Vgl. M. Lucas, *De la responsabilité civile des dommages causés par les animaux, article 1385*, prf. Caen 1909, p. 63.

<sup>18</sup> T. II, liv. VI, titre 3, chap. VII, n° 5 en 6.

<sup>19</sup> T. I, liv. II, tit. VIII, sect. II, préamb. (ed. Parijs, 1756, p. 180).

het schuldbeginsel behelzen, teksten vooral ontleend aan de Digestentitel over de Lex Aquilia, die voor aansprakelijkheid *iniuria*, laten we zeggen een fout, vereisen. Voor zover hij al teksten ontleent aan de Digestentitel over dierschade, noemt hij die waarin de *actio de pauperie* wordt afgewezen, omdat er een fout is begaan en dus uit kracht van de Lex Aquilia kan worden geageerd, of waaruit ook voor de *actio de pauperie* aansprakelijkheid kan worden aangenomen, omdat de eigenaar het gevaar kende of behoorde te kennen.

Zo noemt hij bijvoorbeeld koetsiers die hun paarden, of muilezeldrijvers die hun muilezels niet in bedwang kunnen houden, of ze te zwaar beladen.<sup>20</sup> Hij spreekt over een rund dat gewoon is te stoten en dat de eigenaar niet heeft opgesloten of vastgezet.<sup>21</sup> Paarden of muilezels die achteruitschoppen of bijten moeten daarvan worden weerhouden of worden bewaakt om het gevaar te bezweren. Domat verwijst hier naar D. 9,1,1,4, waarin sprake is van een tot uitslaan geneigd paard, of een stotig rund, of een overmatig wilde muilezel; naar D. 9,1,5, waarin een voerman een paard binnenleidt in een herberg, waar het een muilezel besnuffelt die naar achteren slaat en het been van de voerman breekt; en naar D. 9,1,1,7i.f., waarin iemand een paard aait of klopjes geeft en een trap krijgt. Het betreft hier alle drie teksten ontleend aan de Digestentitel over dierschade. Naar Romeins recht is de eigenaar in die gevallen dus als zodanig aansprakelijk. Domat echter vat ze aldus op, dat de eigenaar weet dat zijn dieren geneigd zijn tot het toebrengen van schade en dat hij het toebrengen van schade niet heeft voorkomen. Bij de laatstgenoemde tekst, waarin een paard wordt geaaid of klopjes krijgt, merkt hij dan ook op dat er tegen moet worden gewaakt de eigenaar al te gemakkelijk ongevallen aan te rekenen die het slachtoffer zelf door onvoorzichtigheid zich aanhaalt. Als men een paard niet kent, dient men er een beetje uit de buurt te blijven, is zijn advies. Krijgt men een trap als men het dier toch te dicht benadert, dan is er sprake van omstandigheden waarin de eigenaar van het paard niets kan worden verweten!<sup>22</sup> Ook honden die gewoon zijn te bijten moeten goed worden bewaakt, of soms zelfs aan de ketting worden gelegd. Hierbij verwijst hij weer naar een tekst waarin de onachtzame bewaker aansprakelijk is op grond van de Lex Aquilia en niet met de *actio de pauperie*.<sup>23</sup> Voorts noemt hij het geval van de magistraat die een ander uit de weg wilde gaan en een winkel binnenstormde, waar hij door een kwaadaardige hond werd gebeten. Daar werd door de Romeinse juristen een onderscheid gemaakt al naar gelang de hond was aangeliend. Was de hond niet aangeliend dan kon de magistraat uit dierschade ageren, anders niet.<sup>24</sup> Domat vatte deze tekst dus ook op in de zin dat de eigenaar van de hond de fout van het niet aanlijnen had moeten maken voordat hij aansprakelijk kon worden gesteld.<sup>25</sup>

Wat vooral uit Domat blijkt is dus dat naar oud-Frans recht de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door dieren berust op het schuldbeginsel. Het ligt voor de hand aan te nemen dat deze afwijking van het Romeinse beginsel van beperkte risicoaansprakelijkheid

<sup>20</sup> D. 9,2,8,1 en 9,1,1,4i.f. (N° V).

<sup>21</sup> En verwijst naar D. 9,2,52,3 dat spreekt over een rund met een slechte eigenschap en Exodus 5:21, 29 en 36 (N° VI).

<sup>22</sup> N° VII.

<sup>23</sup> D. 9,1,1,5.

<sup>24</sup> D. 9,1,2,1 (N° VIII).

<sup>25</sup> Ik laat de aansprakelijkheid voor wilde beesten, in het Romeinse recht afzonderlijk geregeld door het *edictum de feris*, buiten beschouwing.



van de eigenaar het gevolg is geweest van de afschaffing van de mogelijkheid het dier af te staan aan het slachtoffer: de *noxae deditio*, zoals het Romeinse recht die kende ter beperking van de aansprakelijkheid van de eigenaar.<sup>26</sup> Als de eigenaar die mogelijkheid immers niet meer had dan was het niet onredelijk voor hem een andere mogelijkheid tot beperking van zijn aansprakelijkheid aan te nemen: als schuld ontbrak was hij niet aansprakelijk. Dient men dit nu te zien als een verkeerde opvatting van het Romeinse recht? Me dunkt, neen, als men bedenkt dat er goede redenen waren voor deze veranderde opvatting van het Romeinse recht over dierschade.

Van enig vermoeden van schuld van de eigenaar is echter met zoveel woorden geen sprake bij Domat en Bourjon. Men zou verwachten dat een dergelijk vermoeden werd benadrukt, als dat het nieuwe fundament van de aansprakelijkheid voor dierschade zou zijn.<sup>27</sup>

## Wetsgeschiedenis

Valt er uit het oud-Franse recht geen vermoeden van schuld af te leiden dan zou dat door de wetgever met de Code civil moeten zijn ingevoerd. De wetsgeschiedenis is echter op dit punt niet overtuigend. Vooral twee wetgevers worden in het debat telkens aangehaald, zoals ook de Hoge Raad ons al leerde. De eerste is Bertrand de Greuille, in dit geval rapporteur van het Tribunaat, en de tweede Tarrible, in dit geval de orator van het Tribunaat. Voordat hun opmerkingen kunnen worden besproken, moet kort uiteen worden gezet hoe over de Code civil door de Franse wetgever werd beraadslaagd.

Het ontwerp voor de Code civil werd gemaakt door een commissie van vier personen. De commissie werd voorgezeten door Jean Étienne Marie Portalis.<sup>28</sup> Het ontwerp werd vervolgens besproken in de *Conseil d'État*. Daarna ging het naar de wetgever. Het werd per onderdeel eerst voorgelegd aan het zogeheten Tribunaat. Dat gebeurde door de rapporteur die de achtergronden van het desbetreffende deel uiteenzette. In dit geval was dat dus De Greuille. Daarna werd er door het Tribunaat beraadslaagd over het ontwerp. De tribunen mochten echter slechts een advies geven aan het Wetgevend Lichaam: zij spraken de wens uit dat het ontwerp werd aangenomen of afgewezen. Het Wetgevend Lichaam hoorde dit advies aan dat werd gegeven door de orator van het Tribunaat, in dit geval Tarrible. Daarna mocht het Wetgevend Lichaam slechts stemmen: voor of tegen het ontwerp.<sup>29</sup>

De Greuille zette op de 16<sup>e</sup> van de regenmaand van het jaar XII, oftewel 4 februari 1804, de grondslag van de aansprakelijkheid voor dieren als volgt uiteen.

<sup>26</sup> Het enige geval van *noxae deditio* dat Domat laat gelden is dat van D. 9,1,1,11: twee beesten bevechten elkaar; het ene doodt het andere; de eigenaar van het dier dat de aanval begon moet de schade vergoeden of het dier afstaan.

<sup>27</sup> Vgl. M. Lucas, *De la responsabilité civile des dommages causés par les animaux, article 1385*, prf. Caen 1909, p. 64e.v.; G. Quetelet, 'Responsabilité du dommage causé par les animaux. L'article 1385 du Code civil établit-il une présomption de faute contre la personne responsable?', in: *Revue de droit belge* (1902) p. 118.

<sup>28</sup> Vgl. over hem J.-L.A. Chartier, *Portalis, père du Code civil*, 2004.

<sup>29</sup> Vgl. bijv. J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, Parijs 2003<sup>2</sup>, p. 22.

(Le projet de la loi) ordonne que celui qui en est le propriétaire soit tenu de la réparation du dommage, parce qu'alors ce dommage doit être imputé, soit au défaut de garde et de vigilance de la part du maître, soit à la témérité, à la maladresse ou au peu d'attention de celui qui s'est servi de l'animal, et parce que d'ailleurs dans la thèse générale rien de ce qui appartient à quelqu'un, ne peut nuire impunément à un autre.<sup>30</sup>

Men heeft deze opmerkingen vooral aangegrepen om er een verdergaande aansprakelijkheid van de eigenaar dan voor schuld alleen uit af te leiden. De laatste opmerking, over de algemene stelling dat niets wat iemand toebehoort ongestraft een ander mag schaden, heeft daar aanleiding toe gegeven. Deze opmerking lijkt inderdaad te duiden op een aansprakelijkheid van de eigenaar als zodanig, wat doet denken aan de *actio de pauperie*. Merkwaardig is dan echter dat De Greuille eerst spreekt over de schuld van de eigenaar of gebruiker – gebrek aan toezicht of waakzaamheid, roekeloosheid, onhandigheid, onoplettendheid- waaraan de schade kan worden toegerekend. Eenduidig is zijn verklaring zeker niet.

Eenduidiger is het betoog dat Tarrible hield bij de presentatie van het ontwerp aan het Wetgevend Lichaam op de 19<sup>e</sup> van dezelfde regenmaand van het zelfde jaar, dus op 7 februari 1804.

Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un: s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation.

C'est à ce principe que se rattache la responsabilité du propriétaire, relativement aux dommages causés par les animaux, ou par la ruine d'un bâtiment mal construit ou mal entretenu.<sup>31</sup>

Tarrible spreekt duidelijk het schuldbeginsel uit: zonder schuld, hoe gering ook, geen aansprakelijkheid. Maar van een weerlegbaar vermoeden van schuld spreekt hij niet.

Deze twee tribunen hebben in de literatuur aanvankelijk het debat uitsluitend bepaald. Hoewel geen van beiden spreekt over een vermoeden van schuld, werd dat door alle schrijvers tot uitgangspunt van hun beschouwingen genomen. Waar men over van mening verschilde was of dat vermoeden weerlegbaar was doordat de eigenaar aantoonde dat hij geen schuld had. De Greuille werd aangehaald om te betogen dat het vermoeden niet weerlegbaar was en Tarrible deed dienst voor het tegengestelde standpunt.

Het belang dat aan deze tegenstrijdige, of op zijn minst niet eenduidige, uitingen van wetgevers werd gehecht is merkwaardig. Als men immers op zoek is naar de bedoeling van de wetgever, dan is daarmee niet bedoeld de mening van afzonderlijke leden van de wetgever, zeker niet wanneer zij elkaar tegenspreken. Men kan dan slechts vaststellen dat de uitingen van de wetgever inconcludent zijn, dat er geen bedoeling van de wetgever los van de wetstekst valt te bepalen. Dat klemmt te meer als men de wijze van beraadslaging door de wetgever nogmaals bekijkt. De tribunen mochten weliswaar discussiëren over het

<sup>30</sup> P.A. Fenet, *Recueil Complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parijs 1827, t. XIII, p. 476e.v.

<sup>31</sup> Fenet, o.c., p. 488.

deelontwerp dat hun was voorgelegd, maar stemmen mochten zij niet en evenmin hadden zij het recht wijzigingen voor te stellen. Het Tribunaat gaf advies aan het Wetgevend Lichaam. Het sprak de wens uit dat dit het deelontwerp in zijn geheel zou aannemen of verwerpen. Waren de tribunen het niet eens met een of meerdere artikelen uit het deelontwerp dan hadden zij slechts de ruwe keuze uit alles of niets: of zij adviseerden het hele deelontwerp dan toch maar aan te nemen, of zij adviseerden het in zijn geheel niet aan te nemen, hoewel zij instemden met de rest van het deelontwerp. Het Wetgevend Lichaam mocht slechts stemmen, maar niet beraadslagen en kon dus zijn stem niet motiveren. De stem van het Wetgevend Lichaam gold ook slechts het betreffende deelontwerp als geheel, dus van een wil van de wetgever kan men bij afzonderlijke artikelen niet spreken. Laurent spreekt dan ook over deze wetgevende lichamen als stemmachines en stelt vast dat het voor de uitlegger van de wet onmogelijk is de bedoelingen van het Wetgevend Lichaam te bepalen, omdat de wetgevers tot stomheid waren veroordeeld.<sup>32</sup>

Belangrijker is dus eigenlijk wat daarvoor met het ontwerp gebeurde. Helaas heeft de Conseil d'État, de Franse Raad van State, zich niet over de kwestie uitgelaten. De enige andere wetgever die iets hierover heeft gezegd is de secretaris van de commissie die het ontwerp van de Code heeft gemaakt: Jacques de Maleville. Hij schreef een *Analyse Raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, waarin hij onder andere samenvattingen gaf van de opmerkingen die in de Raad over elk artikel waren gemaakt en de beweegredenen voor de beslissing die de Raad nam en zelf opmerkingen ten beste gaf om enkele van die artikelen met elkaar te verzoenen dan wel te rectificeren en om het begrip van andere artikelen te vergemakkelijken.<sup>33</sup> Bij art. 1385 is hij echter vrij karig met zijn opmerkingen. Van enig debat in de Raad van State blijkt niets. Zelf merkt hij op dat het artikel een samenvatting is van de bepalingen uit de Digestentitel over de *actio de pauperie*, D. 9,1. Hij voegt daar slechts aan toe dat de mogelijkheid het dier af te staan, de *noxae deditio*, al onder het oude recht niet meer in acht werd genomen. Als men Maleville op zijn woord neemt zou men dus aansprakelijkheid van de eigenaar als zodanig moeten aannemen, tenzij hij de genoemde Digestentitel in Domatiaanse zin opvatte, wat wij niet weten.

De wetsgeschiedenis geeft dus geen uitsluitsel over de grondslag van de aansprakelijkheid voor dierschade en spreekt nergens met zoveel woorden over een vermoeden van schuld als die grondslag. Hoe heeft de Franse doctrine en jurisprudentie nu tot dit vermoeden van schuld kunnen komen?

### **Tekst en systeem van de wet**

Het meest steekhoudende argument vloeide niet uit de rechts- of wetsgeschiedenis voort, maar uit de tekst en het systeem van de wet. Het artikel over dierschade volgt direct op het artikel dat de aansprakelijkheid van ouders, werkgevers en onderwijzers regelt voor schade veroorzaakt door respectievelijk kinderen, werknemers en leerlingen, art. 1384 C.c. In dat artikel is het vermoeden van schuld indirect uitgesproken. Het artikel bepaalt namelijk in lid 5 dat de ouders en onderwijzers niet aansprakelijk zijn, als zij bewijzen dat

<sup>32</sup> Vgl. F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, Brussel 1878, I, p. 26.

<sup>33</sup> Parijs 1807<sup>2</sup>, 4 dln.

zij de daad, waarvoor zij aansprakelijk zouden zijn, niet hebben kunnen beletten; men vergelijkte art. 1403 O.B.W. Het is dus aan de ouders en onderwijzers te bewijzen dat zij geen schuld hebben. Die schuld wordt verondersteld zolang het ontbreken daarvan niet is aangetoond. Voor de werkgevers, die in lid 5 niet tot dit bewijs worden toegelaten, geldt zelfs dat dit vermoeden van schuld onweerlegbaar is. Op dit artikel volgt, zoals gezegd, direct de bepaling over dierschade. Deze bepaling is op haar beurt een uitwerking van lid 1 van art. 1384 dat in het algemeen personen aansprakelijk stelt voor schade veroorzaakt door lieden voor wie men aansprakelijk is of zaken die men onder zijn opzicht heeft. Terwijl de rest van art. 1384 een uitwerking is van de eerste clause en bepaalt voor wie men aansprakelijk is, is art. 1385 een uitwerking van de tweede clause en bepaalt de aansprakelijkheid voor een geval van zaken die men onder zijn hoede heeft, namelijk dieren. Het ligt dus voor de hand aan te nemen dat ook in dit geval, net als in art. 1384, een vermoeden van schuld geldt. Een vraag die dan nog valt te beantwoorden is of dit vermoeden weerlegbaar is of niet.

Men bedenke bovendien bij dit alles het volgende. Aanvankelijk vormden artikel 1384 en 1385 één artikel. Artikel 1385 was het zesde lid van artikel 1384. Dat lid bepaalde dus, net als dat het geval was bij de werkgevers, dat de eigenaren of gebruikers van dieren aansprakelijk waren, zonder dat het hun de mogelijkheid gaf het vermoeden van schuld te ontcrachten. Later werd lid 6 tot een zelfstandig artikel zonder dat deze wijziging werd gemotiveerd. In de definitieve redactie van het wetsontwerp zoals dit door de Raad van State aan het Wetgevend Lichaam op de negende van de regenmaand van het jaar twaalf, oftewel 30 januari 1804, werd aangeboden was deze splitsing voltrokken. Dit feit uit de wetsgeschiedenis werd overigens aanvankelijk door de commentatoren niet vermeld en pas later in het debat betrokken.<sup>34</sup> Toch bleef het verband tussen beide bepalingen gehandhaafd door de zojuist vermelde clause die het beginsel poneerde van de aansprakelijkheid voor zaken die men onder zijn hoede heeft.

### Commentatoren

Het mag ons dan ook niet verbazen dat de eerste commentatoren op de Code civil op grond van de wetstekst uitgingen van een onweerlegbaar vermoeden van schuld van de eigenaar of gebruiker van een dier. De allereerste was Maleville, een van de vier redacteuren van de Code.<sup>35</sup> Toen hij zijn *Analyse* van de Code uitgaf, riep Napoleon vertwijfeld uit ‘Mon Code est perdu.’ Hij voorzag dat de duidelijkheid die hij met zijn Code had willen scheppen in gevaar was zodra de juristen met hun interpretaties de aloude controverses weer aanwakkerden. Zo was het ook in dit geval. Maleville verwees, zoals gezegd, bij het artikel naar de Romeinse *actio de pauperie* en wees dus in de richting van aansprakelijkheid van de eigenaar van het dier zonder meer.<sup>36</sup>

Merlin was weliswaar geen commentator in de strikte zin van het woord, maar hij was er wel vroeg bij en hij moet verantwoordelijk worden gehouden voor het misbruik dat men

<sup>34</sup> Ik vond het bij M. Planiol/G. Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Parijs 1931<sup>11</sup>, t. 2, nr 917.

<sup>35</sup> Vgl. over hem J. Latour, *Jacques de Maleville (1741-1824): l'homme et le jurisconsulte*, prf. Bordeaux 1929.

<sup>36</sup> J. de Maleville, o.c., ad art. 1385.

zou maken van Domat. Hij citeerde Domat namelijk uitvoerig en ook diens opmerkingen over de fout die men de eigenaar moest kunnen aanrekenen, maar concludeerde vervolgens dat art. 1385 wil ‘que le propriétaire en soit purement et simplement responsable.’<sup>37</sup> Hij deed dit onder verwijzing naar zijn opmerkingen over de aansprakelijkheid voor vee en daarin ligt de kiem voor de latere verwarring over de opvattingen van Domat. De enige plaats namelijk waar Domat inderdaad uitgaat van aansprakelijkheid van de eigenaar zonder meer is die waar hij handelt over vee dat de akker van een ander afgraast. Daarvoor gold echter naar Romeins recht een andere regeling dan die van de *actio de pauperie*. Voor dit geval was *actio de pastu* voorzien die de eigenaar van vee dat andermans akker afgraast zonder meer aansprakelijk stelt. Deze bijzondere regeling was in het oud Franse recht gerecipieerd. Een bijzondere regeling als deze was echter niet in de Code overgenomen. Zij gold los daarvan krachtens bijzondere wetgeving. Maar het behoeft geen betoog dat Merlin zijn gevolgtrekking over de algemene regeling van dierschade niet had mogen verbinden aan Domat’s opmerkingen over de bijzondere regeling. Had hij zijn gevolgtrekking verbonden aan Domat’s beschouwingen over de algemene regeling dan had hij het schuldbeginsel moeten benadrukken, zoals hiervoor is uiteengezet.

De toon was gezet. Delvincourt stelde dat de eigenaar van een dier ook aansprakelijk is als hij de schade niet heeft kunnen voorkomen.<sup>38</sup> Hij gaf als voorbeeld een schichtig paard dat de eigenaar niet kon houden en stelde ‘il est en faute de se servir d'un semblable cheval.’ Als een ander dan de eigenaar een fout beging dan was die ander alleen aansprakelijk. Wat gold in geval van overmacht besprak hij niet.<sup>39</sup>

Ook Zachariae, de eerste niet-Franse commentator op de Code, hield de eigenaar aansprakelijk, liet hem toe zich te beroepen op eigen schuld van het slachtoffer en wilde niet weten van het verweer van de eigenaar dat hij de schade niet kon verhinderen.<sup>40</sup>

Toullier sprak zich duidelijker en uitvoeriger uit.<sup>41</sup> Hij legde uit dat het Romeinse recht de *noxae deditio* toestond, tenzij de eigenaar zelf een fout had begaan. Bij het ontbreken van schuld van de eigenaar was zijn aansprakelijkheid dus beperkt. Art. 1385 was echter strenger dan het Romeinse recht. De mogelijkheid van afstand van het dier ontbrak. De eigenaar was aansprakelijk, tenzij hij ‘excuses légitimes’ kon aanvoeren.<sup>42</sup> Als voorbeeld van zo’n excuus noemde hij slechts de eigen schuld van het slachtoffer, onder verwijzing naar D. 50,17,203,<sup>43</sup> of de schuld van een derde, onder verwijzing naar D. 9,2,11,5<sup>44</sup> en D.

<sup>37</sup> P.A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, Parijs 1802-1804<sup>1</sup>, s.v. quasi-délit n° IX.

<sup>38</sup> C.E. Delvincourt, *Cours de Code civil*, (1808<sup>1</sup>) Parijs 1819<sup>4</sup>, t. III p. 218e.v. en 684.

<sup>39</sup> Segers, l.c., p. 206, plaatste om mij onduidelijke redenen Delvincourt in het rijtje van Franse schrijvers die het schuldbeginsel aanhingen en dus bewijs van het ontbreken van schuld toestonden.

<sup>40</sup> K.S. Zachariae von Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, (1808<sup>1</sup>) Heidelberg 1875<sup>6</sup>, 2. Bd, p. 708 en nt 5.

<sup>41</sup> C.B.M. Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, (1811<sup>1</sup>) Brussel 1848<sup>6</sup>, t. VI (=t. XI, ed. Parijs), n. 230e.v.

<sup>42</sup> n. 316.

<sup>43</sup> (*Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium.*) *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* (Pomponius, Op Quintus Mucius VIII. Schade die iemand door eigen schuld lijdt, wordt hij niet geacht te lijden.)

<sup>44</sup> (*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum.*) *Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem moderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum*

9,1,1,6.<sup>45</sup> Het gevolg van overmacht voor de aansprakelijkheid van de eigenaar besprak hij niet.

Duranton was de volgende commentator die art. 1385 besprak.<sup>46</sup> Hij citeerde slechts het artikel en gaf vervolgens voorbeelden waarin de ongeschiktheid van de gebruiker van het dier om het te bedwingen wordt benadrukt. Hij doet dat onder verwijzing naar een fragment betreffende de *Lex Aquilia*, D. 9,2,8.<sup>47</sup> Onduidelijk blijft echter of hij van een vermoeden van schuld uitgaat en zo ja, of dat vermoeden weerlegbaar is.

Marcadé is de eerste commentator die uitdrukkelijk spreekt van een wettelijk vermoeden van schuld. Dat was pas in 1842. Hij brengt het vermoeden in verband met artikel 1384. Dat vermoeden berust op een verondersteld gebrek aan waakzaamheid van de eigenaar. Het is volgens Marcadé van tweeën één.

En effet, ou il n'a pas pris toutes les *précautions* que la prudence commandait, et alors il est en faute, ou l'animal est d'une telle nature que toutes les *précautions* sont inutiles, et dès lors il y a eu faute à le *conserver*.

Over overmacht spreekt hij niet.<sup>48</sup>

Demolombe verwijst naar Marcadé en neemt bovenstaand citaat over. Hij verwijst voor het vermoeden van schuld ook naar het voorafgaande artikel 1384. Vervolgens bespreekt hij de vraag wanneer de eigenaar niet aansprakelijk is. Hij laat de eigenaar niet toe te

---

*Aquilia teneri ait, qui tenuit et efficit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.* (Ulpianus, Het edict XVIII. Evenzo heeft Proculus als zijn mening gegeven dat als iemand een hond had opgehitst en daardoor had bewerkstelligd dat hij iemand beet, de actie uit de *Lex Aquilia* van toepassing was, ook al heeft hij de hond niet vastgehouden. Julianus zegt echter dat alleen hij op grond van de *Lex Aquilia* aansprakelijk is die de hond heeft vastgehouden en bewerkstelligd heeft dat deze iemand beet; dat echter, als hij hem niet heeft vastgehouden, met een op de feiten toegesneden actie moet worden geprocedeerd.)

<sup>45</sup> (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum) *Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.* (Ulpianus, Het edict XVIII. Maar ook als een dier opgehitst door een derde, schade toegebracht heeft, is deze actie niet toepasselijk.)

<sup>46</sup> A. Duranton, *Cours de Droit Français suivant le Code civil*, (1825<sup>1</sup>) Parijs 1844<sup>4</sup>, t. XIII, p. 710, no 726.

<sup>47</sup> (Gaius libro septimo ad edictum provinciale.) ... *mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.* (Gaius, Het Provincie-edict VII. ... Met betrekking tot een muilezeldrijver pleegt men eveneens te zeggen dat hij uit hoofde van schuld aansprakelijk is, als hij door ondeskundigheid de vaart van zijn muilezels niet kon afremmen en deze vervolgens de slaaf van een ander onder de voet gelopen hebben. Hetzelfde pleegt men ook te zeggen, wanneer hij door lichamelijke zwakheid de vaart van zijn muilezels niet kon inhouden. En het lijkt niet onbillijk lichamelijke zwakheid onder schuld te rekenen, omdat niemand iets moet ondernemen ten aanzien waarvan hij begrijpt of moet begrijpen dat zijn lichamelijke zwakheid voor een ander gevaar met zich mee zal brengen. Hetzelfde geldt rechtens voor degene die ten gevolge van ondeskundigheid of zwakheid het paard dat hij berijdt niet in toom kan houden.)

<sup>48</sup> V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, (1842<sup>1</sup>) Parijs 1852<sup>5</sup>, t. V, no-XXXIV-XXXVI.

bewijzen dat hij geen schuld had. Zijn argument luidt dat de tekst van het artikel onvoorwaardelijk is. Als de wetgever het beroep op ontbreken van schuld had willen toelaten, had hij dat wel gezegd. Dat heeft hij immers wel gedaan in art. 1384 in de gevallen van de ouders en de onderwijzers, maar niet in het geval van de werkgever. Dat heeft hij evenmin gedaan in het geval van de eigenaar van een dier. Een beroep op overmacht staat hij de eigenaar wel toe, maar als dat niet slaagt, geeft het vermoeden van schuld de doorslag. Onder overmacht verstaat hij ook de fout van een derde en hij verwijst daarbij naar D. 9,1,1,6, waarin Ulpianus zegt dat de *actio de pauperie* niet van toepassing is als een derde het dier heeft opgehitst. Behalve op overmacht staat hij de eigenaar ook toe zich te beroepen op schuld van het slachtoffer.<sup>49</sup>

Aubry en Rau zetten het werk van Zachariae vanaf 1839 voor het Franse recht voort. Had Zachariae nog slechts de fout van het slachtoffer als uitsluitingsgrond van aansprakelijkheid gegeven, Aubry en Rau voegen daar de overmacht aan toe. Verder oordeelden zij dat de eigenaar niet aan aansprakelijkheid kon ontkomen door het bewijs te leveren van het ontbreken van zijn schuld. Volgens hen was de aansprakelijkheid van art. 1385 absoluut. Als die op een vermoeden van schuld berustte, dan was dat vermoeden analoog aan dat van art. 1733. Dat artikel stelt de huurder aansprakelijk voor brand, tenzij hij bewijst dat er bijvoorbeeld sprake is van overmacht.<sup>50</sup> Het vermoeden week volgens hen dus slechts voor het bewijs van overmacht of een fout van het slachtoffer.<sup>51</sup>

Vanaf de veertiger jaren van de negentiende eeuw was de discussie over het vermoeden van schuld dus eigenlijk pas geopend. Het vermoeden werd toen pas onder woorden gebracht. Wellicht dat de auteurs voorheen stilzwijgend uitgingen van een dergelijk vermoeden, maar zeker is dat niet. Waarschijnlijker lijkt het dat zij in het spoor van Maleville uitgingen van aansprakelijkheid overeenkomstig de *actio de pauperie* zonder de mogelijkheid van *noxae deditio*. Aansprakelijkheid van de eigenaar zonder meer dus, maar met de uit het Romeinse recht bekende mogelijkheden zich te beroepen op een fout van het slachtoffer of overmacht. Nadat het vermoeden van schuld onder woorden was gebracht kon de discussie op gang komen over de vraag of dat vermoeden kon worden weerlegd doordat de eigenaar bewees dat hij geen schuld had aan het gebeurde.

De Gentse hoogleraar Laurent betoogde inderdaad dat schuld dus uiteindelijk de grondslag was van art. 1385, onder verwijzing naar Domat. Daarom was volgens hem bewijs van het ontbreken van schuld door de eigenaar toelaatbaar. Maar hij gaf toe dat de kwestie naar Belgisch en naar Frans recht omstreden was.<sup>52</sup>

Colmet de Santerre motiveert deze mogelijkheid uitvoerig.<sup>53</sup> Hij bespreekt eerst de gevallen van art. 1384, waarin ouders en onderwijzers aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatige daden van kinderen en werkgevers voor dergelijke daden van werknemers.<sup>54</sup> De reden dat ouders en onderwijzers aansprakelijk worden gesteld is

<sup>49</sup> J.C.F. Demolombe, *Cours de Code civil*, (1845<sup>1</sup>) Brussel 1882, t. XV (t. XXXI, ed. Parijs) n. 638-655.

<sup>50</sup> Art. 1733 C.c.: Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve: Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

<sup>51</sup> C. Aubry & C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, (1839<sup>1</sup>) Parijs 1871<sup>4</sup>, t. IV, § 448, p. 769e.v., i.h.b. p. 771.

<sup>52</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XX, Brussel 1876, n° 625e.v.

<sup>53</sup> A.M. Demante-E. Colmet de Santerre, *Cours Analytique de Code civil*, t. V, Parijs 1883<sup>2</sup>, n° 366, p. 664.

<sup>54</sup> N° 365, p. 660e.v.

volgens hem een gebrek aan toezicht. De wet geeft hun dus de mogelijkheid zich te disculperen wanneer zij kunnen aantonen dat zij voldoende toezicht hebben gehouden en toch niet de schadelijke daden hebben kunnen verhinderen. Hij verwijst daarbij naar D. 50,17,50.<sup>55</sup> De aansprakelijkheid van de werkgever berust echter niet op een gebrek aan toezicht, maar op het aannemen van de betreffende werknemer. Heeft de werkgever een slechte keuze gemaakt dan maakt het niet uit dat hij het feit niet had kunnen voorkomen. De werkgever kan zich dus volgens de wet niet disculperen. Bij schade toegebracht door dieren heeft de wet niet aan de eigenaar het recht voorbehouden te bewijzen dat hij het feit niet kon verhinderen. De wetgever heeft volgens hem gedacht dat de eigenaar zich niet kon disculperen, omdat men hem normalerwijze altijd kan verwijten dat hij een dier voor zijn eigen voordeel heeft bezeten, dat onder bepaalde omstandigheden gevaarlijk kon worden.

Cependant il ne faut pas abandonner les principes, la responsabilité découle de la faute (art. 1382); elle n'est pas la conséquence du droit de propriété, car alors il faudrait autoriser une sorte d'abandon noxal que la législation française ne consacre pas.

Het ontbreken van de *noxae deditio* naar Frans recht is voor hem dus reden de aansprakelijkheid niet op de eigenaar als zodanig te laten rusten, maar deze de mogelijkheid te geven zich te disculperen. Hij noemt als voorbeeld het geval van een dier dat gewoonlijk 'inoffensief' is, zodat de eigenaar geen fout en zelfs geen onvoorzichtigheid kan worden verweten. De eigenaar mag zich van Colmet de Santerre dan beroepen op het feit dat het artikel een vermoeden in het leven roept zonder bewijs van het tegendeel te weigeren. Een om meerdere redenen merkwaardige redenering. Ten eerste hoeft het ontbreken van de *noxae deditio* naar Frans recht nog niet te betekenen dat de eigenaar niet als zodanig aansprakelijk zou kunnen zijn. In de tweede plaats geeft art. 1384 de ouders en onderwijzers nu juist uitdrukkelijk de disculpatie-mogelijkheid en de werkgever niet. Het lijkt wat draaien in cirkels door uit het stilzwijgen over die mogelijkheid in art. 1385 nu juist die mogelijkheid wel af te leiden.

Ook Sourdat is vrij uitvoerig in zijn uiteenzettingen.<sup>56</sup> Hij begint met een verwijt aan het adres van het Romeinse recht. Volgens hem is art. 1385 veel redelijker - 'plus rationelle' - dan de regeling van het Romeinse recht. De schade veroorzaakt door dieren is immers, zo vervolgt hij, normalerwijze het gevolg van een fout van hen aan wie ze toebehoren, die op ze horen te passen en ervoor dienen te zorgen dat hun gebruik anderen geen schade berokkent. Die fout moet worden hersteld en als de afstand van het dier niet voldoet moet de eigenaar aansprakelijk zijn met de rest van zijn vermogen.

Dit verwijt snijdt geen hout, omdat naar Romeins recht de schuldige eigenaar aansprakelijk was naar de Lex Aquilia en niet kon volstaan met de afstand van het dier. Slechts de schuldeloze eigenaar kon volstaan met die afstand als hij werd aangesproken met de *actio de pauperie*.

<sup>55</sup> (*Paulus libro trigensimo nono ad edictum.*) *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.* (Paulus, Het Edict XXXIX. Vrij van schuld is wie op de hoogte is maar niet in staat is te verhinderen.)

<sup>56</sup> M.A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. 2, Parijs 1887<sup>4</sup>, n° 1407-1450, p. 577e.v.



Sourdat komt vervolgens ter zake en stelt dat schuld het uitgangspunt is van de aansprakelijkheid van art. 1385. Dat blijkt uit de uitzondering van gevallen van overmacht van de aansprakelijkheid. Schuld wordt echter verondersteld en overmacht moet worden bewezen door de eigenaar. Hetzelfde geldt voor een fout van het slachtoffer. Dan komt de vraag aan de orde of de eigenaar mag aantonen dat hij geen schuld heeft om aan aansprakelijkheid te ontsnappen. Wat als hij alle noodzakelijke voorzorgsmaatregelen heeft genomen die gebruikelijk zijn in de omstandigheden van het geval om schade te voorkomen? Als schuld de grondslag is van de aansprakelijkheid van de eigenaar dan moet hij toch tot het bewijs van ontbreken van schuld worden toegelaten, zo vraagt hij rhetorisch. ‘Où est alors la raison juridique; où est l’intérêt social?’ Als schade tot de aard van de zaak behoort en niet kan worden voorkomen, ondanks alle waakzaamheid van een verstandig man, is er dan geen sprake van overmacht? De algemene regel is volgens hem dat, bij gebreke van een bijzondere bepaling, bij afwezigheid van schuld geen aansprakelijkheid bestaat. Die uitzondering bevat art. 1385 niet, zodat zij moet worden verstaan in de zin van het ‘droit commun.’ De eigenaar moet tot het bewijs van het tegendeel worden toegelaten, anders zou zijn aansprakelijkheid alleen het gevolg zijn van zijn eigendom, dat wil zeggen van een op zichzelf volstrekt legitiem feit.

Tegen het argument ontleend aan art. 1384 -dat de werkgever niet de mogelijkheid van disculpatie geeft- voert hij het volgende aan. Men zegt wel dat de wetgever de eigenaar van een dier uitdrukkelijk de disculpatie-mogelijkheid zou hebben verleend als hij dat had gewild en dat hij bij gebreke daarvan net als de werkgever die mogelijkheid niet heeft. Volgens Sourdat is het net andersom. Het vermoeden is alleen absoluut als dat uitdrukkelijk is vastgesteld, zoals in art. 1384. Hij bedoelt kennelijk te zeggen dat in art. 1384 het absolute vermoeden voor de werkgever tot uitdrukking wordt gebracht door de ouders en onderwijzers de disculpatie-mogelijkheid te geven en de werkgever niet. Hier ziet men weer eens hoe soms aan één en hetzelfde artikel twee tegenovergestelde argumenten kunnen worden ontleend die allebei ook nog redelijk klinken.<sup>57</sup>

De ontwikkeling van de opvattingen over de aansprakelijkheid van de eigenaar van een dier dat schade toebrengt verloopt dus in grote lijnen als volgt. Aanvankelijk gaat men er zonder meer vanuit dat de eigenaar als zodanig aansprakelijk is, zoals de tekst van art. 1385 zonder nadere voorwaarde stelt. Vervolgens stelt men zich de vraag in welke gevallen de eigenaar aan deze aansprakelijkheid ontsnapt. Het artikel zwijgt daarover. De eigen schuld van het slachtoffer wordt als eerste ontsnappingsmogelijkheid aangemerkt. De fout van een derde wordt dan ook als zodanig opgevat. Als laatste komt de overmacht aan de orde. Een beroep op overmacht staat men toe, met als argument dat de aansprakelijkheid berust op een vermoeden van schuld en dat in geval van overmacht schuld ontbreekt. Maar pas als het vermoeden van schuld is geformuleerd -vanaf Marcadé dus- wordt actueel de vraag waarom de eigenaar niet zou mogen aantonen dat bij hem elke schuld ontbreekt. De vraag is dan dus of het vermoeden van schuld van de eigenaar weerlegbaar is of niet. De meerderheid van de auteurs is van mening dat het vermoeden niet weerlegbaar is, omdat die mogelijkheid niet door het artikel geboden wordt, net zo

<sup>57</sup> Vgl. hiervoor Demolombe bij noot 49. Sourdat moest echter toegeven dat de rechtspraak inmiddels in andere zin had beslist. Vgl. daarover verderop in de tekst.

min als dat het geval is bij de werkgevers in art. 1384. Het vermoeden is juist voor dit geval bedoeld, vinden zij, omdat in geval van twijfel het vermoeden de doorslag moet geven en het slachtoffer niet de schade moet dragen. Want van twijfel is sprake als de eigenaar geen overmacht kan aantonen, maar wel dat hij gedaan heeft wat in zijn macht lag om schade te voorkomen. Maar sommige schrijvers benadrukken dat schuld het beginsel blijft van de aansprakelijkheid van de eigenaar, ook al wordt die schuld vermoed aanwezig te zijn. Het vermoeden keert slechts de bewijslast om ten gunste van het slachtoffer, maar als de eigenaar kan aantonen dat hij geen schuld heeft dan dient hij niet aansprakelijk te zijn.

### Rechtspraak

De rechter moest er aan te pas komen om vast te stellen of art. 1385 uitgaat van een vermoeden van schuld en, zo ja, of dat vermoeden van schuld, buiten het geval van overmacht, door de eigenaar kan worden weerlegd of niet. Het Hof van Cassatie deed beide in een arrest van 27 oktober 1885 in zake *Montagnier C. Leydon*.<sup>58</sup>

Op het marktplein van Guillestre, in de Hautes-Alpes, strekte een muilezel zich uit tegen een muur. Aan de voet van de muur zat de ongelukkige heer Montagnier die geraakt werd door stenen die van de muur vielen. De rechtbank van Embrun veroordeelde de eigenaar van het dier, de heer Leydon, tot betaling van een schadevergoeding van 450 frank. Maar het Hof in Grenoble vernietigde het vonnis, omdat schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid van de eigenaar niet was komen vast te staan. Montagnier ging in cassatie en droeg als middel aan dat Leydon eigenaar was van het dier en dat het dier onder zijn hoede stond ten tijde van het ongeval. Dat was volgens hem voldoende voor de toepassing van art. 1385.

Het Hof van Cassatie verbrak het arrest en gaf het volgende apodictische antwoord op beide bovengenoemde vragen.

‘La Cour; - Vu l’article 1385 c. civ.; - Attendu que la responsabilité édictée par ledit article repose sur une présomption de faute imputable au propriétaire de l’animal qui a causé le dommage ou à la personne qui en faisait usage au moment de l’accident; - Que cette présomption ne peut céder que devant la preuve soit d’un cas fortuit, soit d’une faute commise par la partie lésée... - Casse, etc.’

Stelliger en duidelijker dan dat kan het haast niet. En hoewel enig argument voor deze beslissing ontbreekt, is het toch een verademing -af en toe- een dergelijk arrest te lezen.<sup>59</sup> Om in deze Franse stijl te blijven beëindig ik de paragraaf over rechtspraak dan ook hiermee, ter compensatie van het leed dat de lezer in de vorige paragraaf is aangedaan.

<sup>58</sup> D.P. 1886.1.207; S. 1886.1.33. Vgl. ook H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Parijs 1994<sup>10</sup> (bew. door F. Terré en Y. Lequette; inmiddels (2000) is de 11e druk verschenen), nr 120, p. 512e.v.

<sup>59</sup> Vgl. ook Cass. 9 maart 1886, S. 1886,1,64 en Labbé in zijn noot . onder Hof Parijs, 23 februari en 17 maart 1884, S. 1886.2.97, P. 1886.1.562, ook te vinden in: *Recueil Général des Lois et des Arrêts, fondé par J.-B. Sirey, Jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle (1790-1900)*, vol. 14, II, 115, i.h.b. 116 (Parijs 1913).

## Gemeen recht

Hoe graag de auteurs ook wilden dat zij het vermoeden van schuld konden ontlenen aan het oud-Franse recht en vooral aan Domat en Bourjon,<sup>60</sup> toch bleek dat dit niet mogelijk was. Aanvankelijk beriep men zich op Merlin, die echter de opvattingen van Domat verkeerd weergaf. Pas toen men de bronnen weer zelf begon te lezen bleek dat Domat niet voor het vermoeden van schuld kon worden gebruikt.

Er was echter wel een andere gemeenrechtelijke traditie die het vermoeden van schuld zag als de grondslag van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een dier. Die traditie is vooral te vinden in de Duitse gebieden. Erg indrukwekkend zijn de redenen die men aanvoert voor dat vermoeden echter niet. Bij Thibaut vinden we het volgende.

Am richtigsten erklärt man den Grund der gesetzlichen Verordnung so. Wer ein Thier besitzt, welches *contra naturam* zu schaden pflegt, sollte es abschaffen, oder verwahren, weil Niemand bey einem Rencontre auf dergleichen vorbereitet ist. Thut er es nicht, so ist er im Zweifel *in culpa*. So kann der rohe Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr gut raisonnirt haben, und hat es auch wahrscheinlich gethan, weil das dringende Bedürfniß, und das uncultivirte Billigkeitsgefühl schon von selbst darauf führen.<sup>61</sup>

Hasse besprak in zijn werk over de *culpa* in het Romeinse recht ook de gevallen waarin de eigenaar van zaken aansprakelijk werd gesteld voor schade veroorzaakt door die zaken.<sup>62</sup> Hij begon met te stellen dat men alleen bij uitzondering ook zonder een bijzondere ‘Verplichtungsverhältniß’ gedwongen kan worden ‘die Unthätigkeit aufzugeben’ die een ander nadeel berokkent. Dat de Romeinen dat niet hebben miskend, daarvan kan men ‘schon zum voraus’ verzekerd zijn, aldus Hasse. Die uitzonderingen lieten ze toe wanneer ze absoluut noodzakelijk waren. Men kon immers tot een bepaalde grens van een ieder verlangen dat hij toezicht uitoefende over zijn zaken, zodat ze voor anderen niet gevaarlijk of schadelijk werden. Hoe kon men zich bijvoorbeeld anders behoeden voor de hebbelijkheden van andermans slaven, als de eigenaar niet uit angst voor eigen verlies genoodzaakt was ze in toom te houden? Of hij dat voldoende had gedaan kon onmogelijk in elk afzonderlijk geval worden onderzocht, zodat er dus ‘durchgegriffen’ moest worden. Hetzelfde gold voor de bewoner van een gebouw waaruit iets naar beneden geworpen of gegoten werd. Deze werd aansprakelijk gesteld met de *actio de effusis et dejectis*, de actie wegens uitgelopen of uitgeworpen zaken, ongeacht of hij het zelf had gedaan. ‘Von diesem wurde eine *culpa* gleichsam im Hintergrunde vorausgesetzt, wenn auch von *culpa* hier gar nicht die Rede war.’<sup>63</sup> Dezelfde overwegingen golden de eigenaar van een dier.

<sup>60</sup> Vgl. bijv. nog Wahl onder S. 1906,4,25.

<sup>61</sup> A.F.J. Thibaut, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena 1817<sup>2</sup> (1798<sup>1</sup>), 2. Bd, 8. Abh., p. 184e.v., cit. p. 196; overgenomen in precies dezelfde bewoordingen door C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, X, Erlangen 1808, p. 289e.v.

<sup>62</sup> J.C. Hasse, *Die Culpa des Römischen Rechts*, Kiel 1815, p. 18 nt b.

<sup>63</sup> Hasse verwees hierbij naar D. 9,3,1,4: ... *culpa enim penes eum est* ... (de schuld ligt immers bij hem). Daar kan men aan toevoegen D. 9,3,6,2: *Habitator suam suorumque culpam praestare debet*. (De bewoner moet instaan voor zijn eigen schuld en die van de zijnen.)

Hasse en Thibaut doen hier een poging de aansprakelijkheid van de eigenaar van een dier te rationaliseren en kiezen daarvoor de schuld als uitgangspunt, wat hen in dit geval wel moet leiden tot een vermoeden van schuld en wel een onweerlegbaar vermoeden van schuld, omdat vaststond dat de eigenaar van een dier naar Romeins recht niet de mogelijkheid had afwezigheid van schuld als verweer aan te dragen. Enige invloed op de opvattingen naar oud-Frans recht kunnen zij echter niet gehad hebben. Hooguit zouden negentiende-eeuwse commentatoren hun licht bij hen hebben kunnen opsteken, maar daarvan blijkt niets.

### Slot

Dat de discussie in de negentiende eeuw de fout of schuld als uitgangspunt nam hoeft niet te verbazen. Dat werd nu een keer als het toen ‘moderne’ uitgangspunt van de delictuele aansprakelijkheid gezien. Een vermoeden van schuld echter dat door de aansprakelijke niet kan worden weerlegd door het ontbreken van schuld aan te tonen is in de grond van de zaak niets anders dan de aansprakelijkheid van de eigenaar als zodanig naar Romeins recht. Naar Romeins recht kon immers de eigenaar ook een beroep doen op schuld van het slachtoffer<sup>64</sup> en overmacht.<sup>65</sup> Juist het ontbreken van zijn eigen schuld leidde tot aansprakelijkheid uit de *actio de pauperie*. In geval van schuld van de eigenaar was zijn aansprakelijkheid immers die *ex lege Aquilia* en ontviel hem de mogelijkheid van afstand van het schadeveroorzakend dier.<sup>66</sup>

Conclusie kan dan ook zijn dat het Franse recht ondanks de verwarrende discussie over het vermoeden van schuld en de weerlegbaarheid daarvan eigenlijk in de grond van de zaak is gebleven bij de aansprakelijkheid voor dierschade van het Romeinse recht, zoals Maleville, de eerste commentator en degene die Napoleon tot wanhoop dreef, al had geschreven. Zo oordeelde ook het Duitse Reichsgericht op 11 december 1885, anderhalve maand na het Hof van Cassatie, in een zaak uit Keulen waarin het art. 1385 moest toepassen.

‘Die Haftbarkeit erscheint demnach als eine Folge des Eigentums durch dessen Ausübung in eine fremde Rechtssphäre nicht eingegriffen werden darf. Der Eigentümer ist der gesetzliche Vertreter der ihm zugehörigen Sachen, der Schade, welcher durch sein Tier einem anderen zugefügt wird, ist so anzusehen, als hätte ihn der Eigentümer selbst verursacht. Auf dieser Auffassung beruhen auch die Bestimmungen des römischen Rechtes über die *actio de pauperie*...

Mag man nun die durch Art. 1385 gegründete Verantwortlichkeit des Eigentümers als eine gesetzliche Folge des Eigentums auffassen oder ihr die Bedeutung einer *praesumptio juris et de jure* für eine *culpa* beilegen; in jedem Falle kann sich der Eigentümer nicht durch den Beweis befreien, daß ihn ein Verschulden nicht treffe, er wird vielmehr nur

<sup>64</sup> D. 50,17,203 en 9,1,2,1. Vgl. C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, X, Erlangen 1808, p. 274.

<sup>65</sup> D. 9,2,52,2. Vgl. C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, X, Erlangen 1808, p. 282.

<sup>66</sup> D. 9,2,52,2. Vgl. C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, X, Erlangen 1808, p. 274. Zie daar ook over de gevolgen van de fout van een derde voor de aansprakelijkheid van de eigenaar.

durch den Beweis entlastet, daß die Beschädigung in höherer Gewalt oder in einem Verschulden des Beschädigten ihre wirkende Ursache habe.<sup>67</sup>

Geen verkeerde opvattingen van het Romeinse recht dus, zoals de Hoge Raad meende te moeten opmerken. Integendeel, de Hoge Raad sloeg in het arrest in de zaak van Hofsteenge een andere richting in en oordeelde dat het vermoeden van schuld door de eigenaar wel kon worden weerlegd. Toen pas hadden de verkeerde opvattingen van het Romeinse recht zich doorgezet.

Boer Hofsteenge zal niet hebben vermoed dat hij niet alleen zijn wagen liet bespannen, maar ook een beerput opentrok. De lucht van die Franse beerput drong onvermijdelijk ook door in de zaal van het kantongerecht in Winschoten en die van de Hoge Raad. De lucht klaarde pas weer op toen de al dan niet weerlegbare vermoedens van schuld uit het Nederlandse recht ter zake van dierschade werden verwijderd en de wetgever in hoofdlijnen<sup>68</sup> terugkeerde naar de aansprakelijkheid van de eigenaar als zodanig, die, met een beperking tot de waarde van het dier, het Justiniaanse recht, zo niet de Wet van de Twaalf Tafelen al kende, en die in ieder geval zonder die beperking in het Rooms-Hollandse recht al bestond.<sup>69</sup>

In Winschoten was men echter tevreden met *f* 20,85 en men hief er dan ook tot voor kort het lied van art. 1385 Code civil aan:

D'un animal, le maître ou celui qui s'en sert,  
 Pendant le temps qu'il est à son usage offert,  
 Répond de tout le tort que cet animal cause,  
 Soit que cet animal, sous sa garde repose,  
 Soit qu'il échappe et fuie avec rapidité,  
 Ou bien qu'en s'en égarant il erre à volonté.<sup>70</sup>

## F. Brandsma

---

<sup>67</sup> RGZ 14, 316.

<sup>68</sup> Art. 6:179 BW. Het artikel stelt de bezitter aansprakelijk, maar dat zal doorgaans de eigenaar zijn. Het belangrijkste verschil is de uitsluiting van een beroep op overmacht door de bezitter. Vgl. Asser-Hartkamp-Sieburgh (4-III; 2004), nr 199. De Hoge Raad anticipeerde op het nieuwe artikel al bij arrest van 7 maart 1980, *NJ* 1980, 353.

<sup>69</sup> Vgl. over het Rooms-Hollandse recht ter zake C.G. van der Merwe, 'Erscheinungsformen verschuldensunabhängiger Haftung', in: *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, uitg. d. R. Feenstra en R. Zimmermann, Berlijn 1992, p. 469e.v.

<sup>70</sup> B.M. Decomberousse, *Code Napoléon, Mis en Vers Français*, Parijs 1811.