Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

Aansprakelijkheid van den schuldenaar voor door derden veroorzaakte wanpraestatie, beschouwd in verband met art. 1403 B.W.

https://hdl.handle.net/1874/267073

1918

Aansprakelijkheid van den schuldenaar voor door derden veroorzaakte wanpraestatie, beschouwd in verband met art. 1403 B.W.

A. C. N. P. RUYS

A. qu.
192

Aansprakelijkheid van den schuldenaar voor door derden veroorzaakte wanpraestatie, beschouwd in verband met art. 1403 B. W.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT
0829 6414

Aansprakelijkheid van den schuldenaar voor door derden veroorzaakte wanpraestatie, beschouwd in verband met art. 1403 B. W.

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS Dr. P. VAN ROMBURGH, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN OP MAANDAG 8 JULI — 1918, DES NAMIDDAGS TE 3 UUR, DOOR —

ANNE CATHARINUS NICOLAAS PETRUS RUYS,
GEBOREN TE HEERJANSDAM

UNIVERSITEITS BIBLIOTHEEK UTRECHT

G. J. A. RUYS — UTRECHT — 1918

Aan

mijne Ouders en mijne aanstaande Vrouw.

INHOUD.

Bladz.

HOOFDSTUK I. **Inleiding** 1

A. Schuld als grondslag voor aansprakelijkheid 1

B. Verhouding tusschen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en die wegens wanpraestatie. 6

1. elementen, waarop beide soorten berusten — 2. bestaande verschillen — 3. toepasselijkheid over en weer der betrekkelijke bepalingen.

HOOFDSTUK II. **Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van derden** 12

1. De derde handelde precies zooals hem was opgedragen . . 13

2. De derde, niet-ondergeschikte, maar handelend in opdracht, pleegt binnen het kader van het hem opgedragen werk een onrechtmatige daad. 15

A. Gevallen, waarin deze verhouding bestaat 16

B. Moet de opdrachtgever aansprakelijk gesteld worden? . . 17

C. Wat moet de benadeelde bewijzen? 22

1. opdracht — 2. schuld bij den derde — 3. gebrek aan toezicht.

D. Omvang van het toezicht 24

geen algemeene regel — 1. niet op plaats, waar toezicht onmogelijk is — 2. niet op technische diensten — 3. invloed van den persoon van den derde — 4. werken op eigen terrein.

E. Bewijs, waardoor de opdrachtgever zich kan bevrijden . . 27

1. handeling buiten kader — 2. ontbreken van schuld bij den derde — 3. invloed van zijn opzet — 4. overeenkomst tusschen opdrachtgever en derde.

F. Aansprakelijkheid van den derde zelf. 29

3. Ondergeschiktheid. 29

A. Wanneer bestaat deze verhouding? 29

B. Wat moet de benadeelde bewijzen? 33

C. Is ondergeschiktheid aan meer dan één persoon mogelijk? . 34

D. Omvang der aansprakelijkheid 35

1. schuld bij den ondergeschikte — 2. daad, verricht in de werkzaamheden, waartoe zij gebruikt worden.

E. Grondslag der aansprakelijkheid. 39

F. Aansprakelijkheid van den rechtspersoon 40

4. Duitsch en Zwitsersch recht 43

Bladz.

HOOFDSTUK III. **Aansprakelijkheid voor wanpraestatie door daden van derden** 47
A. Inleiding 47
B. Op zichzelf vormt de daad van den derde nooit overmacht. 49
C. De derde handelt, zooals hem is opgedragen 50
D. De debiteur kon de daad voorkomen 51
E. Andere daden van derden 54
verdeeling van derden: 1. willekeurig persoon — 2. iemand, die met den wil van den debiteur aan de bewerking der praestatie meewerkt.
F. Willekeurige derde 56
a. bepaalde zaak. — b. generiek verbonden debiteur.
G. De derde treedt op met den wil van den debiteur 58
1. wanneer bestaat die wil? — 2. geoorloofdheid van het gebruik van een derde — 3. vormt de daad overmacht? — 4. vereischten voor toepasselijkheid van den regel: wanpraestatie, schuld bij den derde — 5. grondslag der aansprakelijkheid — 6. verhaal op den derde — 7. is de regel in de wet uitgedrukt? — 8. jurisprudentie.
H. Bedingen omtrent aansprakelijkheid voor derden 84
1. uitbreiding — 2. uitsluiting: a. geoorloofdheid; b. gevolg van het beding — 3. afspraak, dat een bepaalde derde zal optreden.

HOOFDSTUK IV. **Toepassing op eenige speciale contracten** . 89
A. Huur en Verhuur. 89
B. Verzekering. 95
C. Arbeidscontract 103
D. Vervoer 106
1. expeditie — 2. vervoer van goederen: a. personeel; b. loods; c. sleepboot; d. doorgaand vervoer — 3. vervoer van passagiers.
E. Bewaargeving; aaansprakelijkheid van den herbergier . . . 115

HOOFDSTUK V. **Duitsch en Zwitsersch recht met betrekking tot de aansprakelijkheid van den schuldenaar voor door derden veroorzaakte wanpraestatie** 118
A. Duitsch recht 118
B. Zwitsersch recht 127

HOOFDSTUK I.

INLEIDING.

A. Schuld als grondslag voor aansprakelijkheid.

Hij, die een ander in strijd met de verplichtingen, door het recht of door een contract opgelegd, schade toebrengt, moet deze vergoeden, indien de schade door zijn schuld ontstaan is, d. i. indien hij anders handelde dan een redelijk mensch in zijn omstandigheden behoorde te handelen en schade daarvan het gevolg was. Dit kan men met andere woorden aldus uitdrukken: de dader is voor de door zijn daad ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij handelde in overmacht. Overmacht is ieder feit, dat niet door de zorg van een redelijk mensch is te keeren. Indien de dader kan bewijzen, dat hij handelde in overmacht, ontbreekt bij hem schuld en kan hij niet aansprakelijk gesteld worden.[1]) Om vast te stellen, of er schuld dan wel overmacht is, moet in ieder geval onderzocht worden, hoe een redelijk mensch in de omstandigheden van het geval zou gehandeld hebben: de positie van den dader wordt objectief beoordeeld.[2]) Waar de grens tusschen schuld en overmacht loopt, wordt

---

[1]) Molengraaff, Leidraad (3e druk) blz. 410.

— De gevolgen van den oorlog op handels-overeenkomsten (1915) blz. 8v.

[2]) Sourdat, Traité général de la Responsabilité, Paris 1887 no. 653; von Randa, Die Schadensersatzpflicht, blz. 63v.; Bruins, Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, pft. 1906 blz. 17v.; Drucker, Onrechtmatige daad, pft. 1912 Inleiding; Land-Lohman IV blz. 28v.; Asser-v.Goudoever blz. 119v.

in het algemeen bepaald door de regels van het verkeer, tenzij partijen over de aansprakelijkheid afspraken hebben gemaakt of de wet de grens aangeeft. Van het laatste vinden we een voorbeeld in art. 1403 l.l. B.W. De beteekenis van dit voorschrift is, dat ten aanzien van de daar genoemde personen een daad van den derde, die zij niet hebben kunnen beletten, overmacht vormt en dus gebrek aan toezicht schuld is.

Niet algemeen wordt deze voorstelling aanvaard. Wel is de beschouwing, in het Romeinsche recht gehuldigd, die in subjectieve schuld den uitsluitenden grondslag van de aansprakelijkheid zag, verlaten, omdat het niet mogelijk is in ieder geval te beoordeelen, welke de bedoelingen waren van den dader. Maar vele nemen òf behalve die wegens schuld ook nog eene aansprakelijkheid buiten schuld aan, òf verwerpen schuld als grond voor aansprakelijkheid en trachten een nieuw, algemeen geldend beginsel te geven.[1]) Naar hun meening zijn er gevallen, waarin aansprakelijkheid behoort te bestaan en ook door de wet gevestigd wordt, zonder dat men spreken kan van schuld bij den aansprakelijk gestelden persoon. Staat b.v. bij ondergeschiktheid de wet den meester niet toe te bewijzen dat hij de daad niet heeft kunnen beletten, d. w. z. dat de ondergeschikte niettegenstaande behoorlijk toezicht door den meester de daad gepleegd heeft, dan is er aansprakelijkheid buiten schuld, want men kan niet meer zeggen, dat de meester zich iets te verwijten heeft. Wil men hier nog van schuld spreken, dan moet men komen tot een onwederlegbaar vermoeden, een fictie. De aandacht werd hierop een dertigtal jaren geleden gevestigd, doordat tengevolge van

---

[1]) Litteratuur bij Bruins b.a.; verder nog: Teisseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité 1901; von Randa b. a.; Hedemann. Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert 1e deel § 7 (1910); Drucker prft.; Praeadviezen van Hijmans en van Leeuwen Hand. N. Jur. Ver. 1913; Triandafil, L'idée de faute et l'idée de risque Paris 1914.

de groote uitbreiding van industrie en van het snelverkeer meerdere dergelijke gevallen zich voordeden. Gebeurt in een fabriek een ongeluk, waardoor een werkman verwond wordt, dan behoort de schade niet geheel op den werkman neer te komen, behoudens eigen schuld, maar moet ook de eigenaar van de fabriek het zijne bijdragen, al heeft hij zich persoonlijk niets te verwijten. In onze spoorwegwet wordt de ondernemer aansprakelijk gesteld voor schade ontstaan bij de uitoefening van de dienst, tenzij deze ontstaan is buiten zijn schuld of die van zijn beambten; kan de ondernemer dit niet bewijzen, doordat de oorzaak onzeker is, dan is hij aansprakelijk, al was zijn materiaal in orde en heeft hij voor behoorlijk toezicht op den dienst gezorgd. Zoo zouden talrijke voorbeelden te geven zijn, waarin van aansprakeliikheid buiten schuld zou moeten worden gesproken.

Het bezwaar tegen dezen gedachtengang is, dat men te veel vasthoudt aan de subjectieve opvatting van schuld. Er moet eene aansprakelijkheid aangenomen worden, die op eene naar uitwendige gegevens objectief beoordeelde schuld berust. Als men dat doet, is het niet noodig het schuldbeginsel over boord te werpen. Men kan dit resultaat bereiken door de objectiveering van het begrip schuld, welke zich reeds zoo lang ontwikkelt, voort te zetten. Nu het standpunt, dat men alleen aansprakelijk is, indien men zich iets te wijten heeft, de geheel subjectieve opvatting, verlaten is, bestaat er geen bezwaar tegen in deze richting verder te gaan. Hiermee wordt niet de objectieve overmachtsleer aangenomen, die als overmacht alleen een buiten den bedrijfskring liggend buitengewoon, in één woord een bijzonder feit, dat, op zich zelf beschouwd, zekere eigenaardigheden vertoont, wil erkennen. Men kan toch zeer wel volhouden, dat de schuldvraag t. a. v. den dader moet worden beoordeeld, alsof hij een normaal mensch was, zoodat hij schuld heeft, indien een redelijk mensch

onder de gegeven omstandigheden anders zou gehandeld hebben, en aan den anderen kant volhouden, dat de dader onder den invloed van overmacht handelt, indien een redelijk mensch door de passende zorg in het bedoelde geval de schade niet zou hebben kunnen voorkomen.

Zij, die het schuldbeginsel willen behouden, maar daarnaast aansprakelijkheid op anderen grond erkennen, nemen aan, dat er tusschen schuld en overmacht een groep gevallen ligt, waarin aansprakelijkheid bestaat zonder dat er van schuld sprake kan zijn. Overmacht en schuld zijn echter begrippen, die elkaars tegenstelling vormen. Waar schuld eindigt, begint overmacht en, omgekeerd, is er geen overmacht, dan is er schuld. Ongetwijfeld komt men er zoo toe van schuld te spreken, waar het gebied der subjectieve schuld is verlaten. Wat voor bezwaar steekt daarin evenwel? De methode van de objectief te beoordeelen schuld voert toch uiteraard tot aansprakelijkheid in gevallen, waarin de dader zich subjectief niets heeft te verwijten. Schuld en overmacht grenzen aan elkaar. De regels van het verkeer en daarnaast de wet, bepalen waar de grens loopt. De meester moet b.v. als een redelijk patroon zorgen dat zijn knecht anderen in zijn werkzaamheden geen schade toebrengt, zelfs al kan hij het door toezicht niet voorkomen. Er is pas overmacht bij eigen schuld van den benadeelde of indien de knecht met de vereischte zorg gehandeld heeft.

De pogingen om met verwerping van het schuldbeginsel een nieuwen grondslag te vinden, waarop alle gevallen van aansprakelijkheid zouden berusten, kan niet geslaagd genoemd worden. Sommige opvattingen, als b.v. de zuivere causaliteitstheorie, brengen een zoo strenge aansprakelijkheid mede, dat men er voor bijna alle gevallen meerdere of mindere beperkingen in moet aanbrengen. Andere geven een zoo ruim beginsel, dat practische toepassing onmogelijk is. Zoo b.v. de theorie van Bruins, die aansprakelijk-

heid aanwezig acht bij verhooging van het risico boven het normale [1]). Mogen deze en meer dergelijke theorieën niet tot het opgeven van schuld als grond voor aansprakelijkheid leiden, van veel belang blijft niettemin de daaraan gewijde uitgebreide litteratuur. Zij brengt helderheid in het onderzoek naar den grondslag der schadevergoeding en geeft een oplossing voor de vraag, waarom de wet in sommige gevallen het gebied der overmacht zooveel meer beperkt, dan in andere.

Het Burgerlijk Wetboek handelt op twee plaatsen over aansprakelijkheid en gaat in beide gevallen van schuld uit. In de eerste plaats spreekt het daarvan in de artt. 1280 en 1281. Daar wordt bepaald, dat de debiteur schade zal moeten vergoeden, indien hij niet kan bewijzen, dat de wanpraestatie „voortkomt uit een vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend", „dat hij door overmacht verhinderd is". Wanneer die toerekening plaats heeft, wordt door art. 1271 omschreven: „als hij niet voldaan heeft aan de zorg van een goed huisvader." Welken omvang deze zorg heeft, moet in ieder geval beoordeeld worden naar de verplichtingen van den debiteur, zooals die volgen uit den inhoud van de overeenkomst. Deze zal afhangen van wat partijen bepaald hebben, van de bepalingen der wet omtrent de betrekkelijke overeenkomst en van hetgeen in het verkeer gebruikelijk is. De vraag is dus: welke verplichtingen rusten op den debiteur en welke zorg moet dus een normaal debiteur in deze omstandigheden betoonen. Eveneens vordert het B. W. schuld in de bepalingen omtrent onrechtmatige daad. Art. 1401 bepaalt, dat hij de schade moet vergoeden „door wiens schuld de schade is veroorzaakt". Ook hier zal men het gebied van de schuld in ieder afzonderlijk geval moeten vaststellen naar de regels van het verkeer, tenzij de wet bepalingen inhoudt. Zoo zal bij aansprakelijkheid voor daden van derden in de gevallen van lid 2 en 4 van art. 1403 de omstandigheid,

[1]) Hierover: Land-Lohman IV blz. 103 noot 3.

dat de daad niet door toezicht was te voorkomen — hoever dit toezicht gaan moet, wordt in het geval zelf objectief beoordeeld — overmacht vormen, terwijl bij ondergeschiktheid (art. 1403 lid 3) het gebied der schuld grooter is en ook omvat gevallen niet door toezicht te voorkomen. Waarom de wet dit verschil maakt, moet bij de behandeling der ondergeschiktheid onderzocht te worden.

B. Verhouding tusschen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en die wegens wanpraestatie.

Berusten beide op dezelfde basis of moet men hier een principieel verschil aannemen? Het belang van het antwoord ligt daarin dat er van afhangt of de bepalingen omtrent onrechtmatige daad op wanpraestatie en die over de gevolgen van het niet-nakomen eener verbintenis op de schadevergoeding uit onrechtmatige daad kunnen worden toegepast. Vooral in Frankrijk trok deze vraag van de „unité ou dualité des fautes" zeer de aandacht blijkens de geschriften van Sauzet en Sainctelette[1]). Deze maken strenge scheiding tusschen beide soorten van verantwoordelijkheid. Sainctelette geeft ze zelfs verschillende namen. Hij spreekt van „garantie" bij aansprakelijkheid uit contract, van „responsabilité" bij die uit onrechtmatige daad.[2])

1. Zijn er principieele verschillen, dan zullen zij gevonden moeten worden bij een onderzoek van de elementen, waarop beide soorten van aansprakelijkheid berusten. In de eerste plaats moet in beide gevallen hebben plaats gehad een onrechtmatige handeling[3]). Ook voor aansprakelijkheid

---

[1]) Sauzet in Revue Critique 1883; Sainctelette, De la Responsabilité et de la Garantie 1884.

[2]) Voor de onderscheiding: Bonnet, Revue Critique 1912, waar ook litteratuur wordt vermeld; Marc Gérard, R. C. 1888. Tegen: Planiol, Revue Critique 1888; Lefèbvre Revue Critique 1886; Grandmoulin, De l'unité de la Responsabilité 1892; Aubin, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle 1897.

[3]) over onrechtmatigheid: Bruins blz. 33v., von Randa blz. 30v., Drucker Inleiding

wegens wanpraestatie is dit een vereischte. Men spreekt wel van aansprakelijkheid uit contract, contractueele aansprakelijkheid, alsof zij uit het contract haar oorsprong neemt. Niet daaruit ontstaat echter de verplichting tot schadevergoeding, maar uit het handelen of niet-handelen in strijd met het contract. Wél hangt van den inhoud daarvan mede af, wanneer en in hoeverre de verplichting tot vergoeding kan ontstaan. Zij ontstaat bij onrechtmatige daad op grond van een handeling in strijd met de wet (volgens de enge opvatting van den Hoogen Raad) of met de regels van het verkeer (volgens de ruime interpretatie van Belinfante e. a. [1]) Voor het ontstaan van de gehoudenheid tot contractueele schadevergoeding is vereischt een handelen in strijd met wat het contract bepaalt, een doen of niet-doen, wat partijen hebben afgesproken te zullen nalaten of verrichten. Hier bestaat geen principieel verschil tusschen beide; alleen is de beoordeeling, welke handeling als onrechtmatig zal gelden, in beide gevallen niet dezelfde. In het eerste geval komen hierbij in aanmerking de wet of de regels van het verkeer, bij wanpraestatie vóór de bepalingen der wet en de regels van het verkeer datgene wat partijen bepaalden. De overeenkomst strekt immers partijen tot wet (art. 1374 lid 1) Voor beide is dus evenzeer onrechtmatigheid van de schade toebrengende handeling vereischt. Het verschil in beoordeeling is slechts een gevolg van de verschillende omstandigheden, waaronder de verplichting tot schadevergoeding geboren wordt.

Verder moet uit dit onrechtmatig handelen schade ontstaan zijn. Het bestaan van de eene zoowel als van de andere verplichting veronderstelt causaal verband tusschen de daad en de schade. Hierover bestaat geen verschil van meening. Hoe staat het echter met het laatste vereischte, dat bij den dader schuld aanwezig moet zijn? Wat daaronder moet worden verstaan, is boven uiteengezet. Terecht

[1]) Themis 1865.

is de leer, dat bij contracten verschillende graden van schuld naar gelang van het belang, dat partijen bij de overeenkomst hebben, moeten worden aangenomen, in tegenstelling tot de onrechtmatige daad, waarbij de geringste schuld tot vergoeding zou verplichten, verworpen[1]). Het komt bij beide aan op de zorg, die een redelijk mensch behoort te dragen met het oog op de omstandigheden van het geval. Alleen in dit opzicht heeft het bestaan van de overeenkomst invloed, dat de inhoud daarvan bij de beoordeeling van den omvang der zorg in aanmerking komt.

In de elementen, waarop de beide soorten van aansprakelijkheid berusten, vertoonen zij dus geen verschilpunten. Men moet daarom tot de slotsom komen, dat zij op hetzelfde grondbeginsel berusten, dat ieder, die een ander wederrechtelijk schade toebrengt, deze moet vergoeden, indien hij anders handelde dan in dat geval behoorlijk was. Toch mag men hieruit niet besluiten, dat er in het geheel geen verschillen bestaan. Al is de grondslag dezelfde, daarom is het niet noodzakelijk, dat in de geheele regeling verschillen ontbreken. Immers er bestaat een groot verschil in de omstandigheden, waarnaar de aansprakelijkheid beoordeeld moet worden. Bij wanpraestatie bestaat tusschen benadeelde en dader reeds een band — het contract —, die van veel invloed is bij het vaststellen van de zorg.

2. Daarop berusten de afwijkingen, door de voorstanders van de dualité des fautes als bewijs van de juistheid van het scherpe onderscheid aangehaald, niet op het verschil in grondslag. Een zeer belangrijk verschil is namelijk gelegen in de regeling van het bewijs. Bij onrechtmatige daad moet de benadeelde bewijzen, dat hij schade heeft geleden door een daad van den aangesprokene en dat deze niet gehandeld heeft, zooals een redelijk mensch in zijn omstandigheden behoorde. Dit volgt geheel uit de gewone regels van het bewijsrecht: de benadeelde moet de feiten

[1]) Sourdat no. 653, Asser- van Goudoever blz. 120v.

bewijzen, waaruit zijn recht op schadevergoeding tegen den dader voortvloeit en daarvoor is vereischt bewijs van diens schuld (art. 1902 B.W.) Anders is het, indien de crediteur schadevergoeding vordert, omdat de debiteur de verbintenis niet of niet behoorlijk is nagekomen. De crediteur kan dan volstaan met bewijs, dat hij daardoor schade heeft geleden, zonder dat hij behoeft te bewijzen, dat bij den debiteur schuld aanwezig was. Wil de debiteur bevrijd zijn, dan zal hij moeten bewijzen de zorg van een redelijk mensch betoond te hebben, door overmacht in de vervulling zijner verplichtingen verhinderd te zijn. Dit onderscheid is een gevolg van het bestaan van de overeenkomst. De debiteur heeft beloofd een zekere praestatie te verrichten. Voldoet hij aan die belofte niet, dan levert dit een vermoeden tegen hem, dat hij aan die niet- of niet behoorlijke uitvoering schuld heeft. Hij dient dus aan te toonen, dat dit vermoeden zonder grond was, dat hij met voldoende zorg is te werk gegaan. Dit verschil is zeer belangrijk en van grooten invloed. Evenwel kan het niet leiden tot het verwerpen van de eenheid van grondslag voor beide soorten aansprakelijkheid. Als argument voor het verschil in grondslag voert men ook aan, dat de omvang van de schadevergoeding verschillend is. In geval van wanpraestatie wordt alleen vergoed de schade, die was te voorzien ten tijde van het aangaan van de verbintenis, art. 1283 B.W.; ter zake van onrechtmatige daad wordt, zoo beweert men wel, ten aanzien hiervan geen beperking gemaakt. Maar dit verschil is slechts wettelijk en berust op geen redelijken grond. In moderne wetten is het ook verworpen [1]). Geen onderscheid bestaat er verder ten opzichte van de mogelijkheid omtrent de aansprakelijkheid bedingen te maken [2]). Ook met het oog op een

[1]) zie Ribbius, De omvang van de te vergoeden schade bij niet nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad Prft. 1906.

[2]) Anders: Sainctelette blz. 16v.

onrechtmatige daad staat het vrij te bedingen, dat bepaalde schade niet zal worden vergoed. Waarom zouden b.v. twee buren niet kunnen overeenkomen, dat zij elkaar niet zullen vergoeden de schade door hun wild op het terrein van den ander aangericht? De beperking, dat het beding niet in strijd mag zijn met de openbare orde geldt aan den anderen kant evenzeer ten aanzien van contractueele schadevergoeding. Ook ten opzichte daarvan mag de aansprakelijkheid voor schade, aan den persoon toegebracht, niet worden uitgesloten.

3. Men behoeft dus niet, zooals tegenstanders van de dualité des fautes in hun ijver tot gelijkstelling deden, de bestaande verschillen weg te redeneeren. Ondanks de afwijkingen is de principieele eenheid moeilijk betwistbaar. Daarom zal men de bepalingen voor elk der beide soorten gegeven, ook over en weer mogen toepassen. Slechts mag men dit niet doen, indien blijkt, dat de bepalingen juist met het oog op de eigenaardigheden van de soort zijn geschreven. Welke opvatting de wetgever omtrent de verhouding van de twee reeksen bepalingen over aansprakelijkheid had, blijkt niet volkomen duidelijk. Ribbius, blz. 24 zegt terecht „dat de betreffende artikelen (art. 1279v.) door den wetgever geschreven zijn voor de nietnakoming van verbintenissen, zonder dat hij echter bedoeld heeft, dat zij niet toepasselijk zijn op onrechtmatige daad." Zijn dus de in artt. 1279v vervatte bepalingen niet opgesteld speciaal met het oog op contracten, dan zal men ze op onrechtmatige daad mogen toepassen, en omgekeerd mag men de bepalingen, waarin de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in bepaalde gevallen wordt uitgebreid, ook bij wanpraestatie toepasselijk achten, mits het niet met den aard of de bepalingen der overeenkomst in strijd is. Zoo b.v. bij aansprakelijkheid voor daden van derden zal het derde lid van art. 1403, indien de ondergeschikte als zoodanig bij de uitvoering van het contract optreedt, in-

geval van wanpraestatie kunnen worden toegepast, tenzij de partijen aansprakelijkheid voor hare ondergeschikten hebben uitgesloten. Het tweede en vierde lid van genoemd artikel zullen daarentegen niet van toepassing kunnen zijn op contractueele aansprakelijkheid, omdat kinderen en leerjongens niet als zoodanig bij de vervulling van overeenkomsten een rol spelen. Slechts in zoover zouden het tweede en vierde lid van art. 1403 analogisch op wanpraestatie kunnen worden aangewend, als men in deze voorschriften eene beperking van de in het algemeen voor ondergeschikten uitgesproken aansprakelijkheid leest. In die opvatting zou dan de schuldenaar, die in verzuim is, voor deze speciale soort van ondergeschikten dezelfde beperking van aansprakelijkheid kunnen doen gelden als ingeval eene onrechtmatige daad is gepleegd.

HOOFDSTUK II.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE DADEN VAN DERDEN.

Hij, die door zijn onrechtmatig handelen iemand schade toebrengt, moet deze vergoeden, indien hem schuld treft, d. i. zoo hij niet de zorg heeft betoond die een redelijk mensch past. Dat dit het geval is, moet de benadeelde, wil hij de schade vergoed krijgen, bewijzen. De dader kan daarna van zijn kant aantoonen in overmacht gehandeld te hebben. Indien een derde handelde, moet men evenzeer van schuld uitgaan. Vastgesteld dient dan te worden, hoever de zorg reikt, die men dragen moet, opdat door daden, die voor ons verricht worden, anderen geen schade lijden. Alles hangt hiervan af, of de daad van een derde, die voor een ander handelt, voor dezen overmacht vormt. Kan hij zich bevrijden door het bewijs, dat hij de daad niet door toezicht kon keeren? Of reikt de zorg verder? Dat is de groote vraag.

Naar de wijze waarop een derde in het werk wordt gesteld, zijn drie gevallen te onderscheiden:

1. de derde handelde precies zooals hem was opgedragen en brengt daardoor iemand schade toe;
2. de derde, niet-ondergeschikte, maar handelend in opdracht, pleegt binnen het kader van het hem opgedragen werk een onrechtmatige daad;
3. de derde is ondergeschikte en veroorzaakt aan een ander in de uitvoering van zijn werkzaamheden schade.

1. De schade-toebrengende daad, welke de derde verricht, is hem, zooals hij haar uitvoert, door een ander opgedragen, terwijl deze wist of moest weten, dat van de handeling schade het gevolg zou zijn. In de jurisprudentie zijn van dit geval voorbeelden te over te vinden. Een Spoorwegmaatschappij draagt een aannemer op het opbrengen van zand ter ophooging van een aan te leggen spoorbaan volgens door haar opgemaakt bestek: Rbk. Amsterdam 24 April 1900 W. 7545, 8 Febr. 1901 W. 7666, 19 Febr. 1901 W. 7666, Hof Amsterdam 31 Jan. 1902 W. 7746; Gedaagde heeft zijn arbeiders last gegeven balataboomen te tappen op het terrein, waarvoor een ander concessie had, althans heeft hij de grenslijn, waarbinnen zij blijven moesten, verkeerd aangegeven: H.R. 9 April 1915 W. 9874; Hij, die een deurwaarder last geeft beslag te leggen op effecten in een gesloten safe is aansprakelijk voor de schade, die daarvan het gevolg is, want dat beslag is onrechtmatig: Rbk. den Haag 12 Oct. 1909 W. 8929, bev. Hof den Haag 24 April 1911 W. 9199 (de daden zijn op zijn last ondernomen, hij heeft ze goedgekeurd door van waarde verklaring te vorderen.)

Met opdracht is gelijk te stellen het toestaan en toelaten, terwijl men verbieden moest. A laat b.v. zijn dienstknecht met een onbeschermd licht een tochtige trap opgaan, waarvan brand het gevolg is (zie Paris 9 mars '92 D. 93.2.296.) Een dokter laat toe, dat een a.s. Israëlitisch geestelijke de besnijdenis verricht in zijn hospitaal, terwijl deze de vereischte bekwaamheid miste (Bordeaux 6 févr. 1900 D. 1900 2.470). Tot deze rubriek kan men ook het geval van den herbergier brengen in wiens café een gast de electrische piano een stuk in strijd met het auteursrecht van den maker laat spelen. De herbergier had niet mogen toelaten, dat de gast door het inwerpen van een geldstuk de piano in beweging zette. Maar misschien is het beter hier de daad van den derde geheel buiten beschouwing te laten. De

herbergier bedient zich van een automatisch werkend instrument. Zijne onrechtmatige daad is gelegen in het opzetten van de rollen, het inschakelen van den stroom (bij een speeldoos het opwinden), terwijl hij wist, dat daardoor, het auteursrecht van den ander ten spijt, muziek zou worden uitgevoerd.

De hier bedoelde aansprakelijkheid berust op artt. 1401 en 1402 B. W. De onrechtmatigheid vindt haar grond in de opdracht, welke even onrechtmatig is als de handeling zelf. De opdracht is de oorzaak van de schade en verplicht den principaal, omdat hij daardoor onrechtmatig handelde, tot vergoeding. Schuld heeft de opdrachtgever, indien hij wist of behoorde te weten, dat van zijn opdracht schade het gevolg zou zijn en een redelijk mensch dan niet handelen zou. De rechter baseert zijne uitspraken op art. 1401. Vgl. Rbk. A'dam boven aangehaald; H. R. 9 April 1915 b.a. Op art. 1402 berust de aansprakelijkheid, indien de principaal naliet te verbieden, terwijl hij had moeten zorgen dat de derde niet handelde. De schade is dan een gevolg van zijne nalatigheid. [1]) Ook van Lennep [2]) past in dit geval art. 1401 en 1402 toe, hij verdeelt de gevallen op blz. 5 in 4 categorieën, waarvan de eene helft tot opdracht, de andere tot toelaten zijn terug te brengen.

De principaal mag overmacht bewijzen. Daartoe zal hij echter niet kunnen volstaan met het bewijs van behoorlijk toezicht, want niet uit gebrek aan toezicht is de schade ontstaan, maar uit het geven van een onbehoorlijke opdracht. Onverschillig is het dan ook, of de derde schuld had. Al weet de gast, die het geldstuk in de speeldoos werpt, niet, dat het auteursrecht wordt geschonden, de herbergier is toch aansprakelijk. Verricht een werkman arbeid naar be-

---

[1]) In dezen zin de boven aangehaalde Fransche vonnissen.

[2]) Een onderzoek naar den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt Prft. Amsterdam 1895.

velen van den architect, waarvan hij de juistheid niet kan beoordeelen, dan valt hem geen gebrek aan voorzorg te verwijten. De architect is niettemin aansprakelijk, als er verkeerd gebouwd is en daardoor schade ontstaat. [1]) Overmacht is er eerst, als de opdrachtgever niet kon weten, dat schade het gevolg van zijn opdracht zou zijn, als b.v. de benadeelde zelf schuld aan het nadeel heeft.

Een gevolg van het feit dat de aansprakelijkheid berust op de opdracht en niet op de daad van den derde, is ook, dat het er niet toe doet, wat voor persoon de derde is. Er behoeft geen verhouding van ondergeschiktheid te bestaan, want een enkele opdracht aan wien ook is voldoende. Een beroep op de omstandigheid dat toezicht is gehouden, baat hier den opdrachtgever ook niet.

Verhaal op den derde heeft de benadeelde alleen, indien de derde zelf ook schuld heeft, d. i. als hij niet aan de opdracht had behooren gevolg te geven, wetend dat schade daarvan het gevolg zou zijn. [2]) De opdrachtgever zal daarentegen op hem nooit verhaal hebben, want hij moet niet schade vergoeden wegens de daad van den derde, maar omdat hij zelf onbehoorlijk handelde. Hij wilde de handeling en moet zelf de gevolgen daarvan dragen.

2. Men laat een derde iets voor zich verrichten en in de uitvoering daarvan brengt deze een ander schade toe. Deze handeling zelf is niet opgedragen noch gewild, maar door de opdracht ontstond de mogelijkheid dat zij gepleegd werd. De derde is niet ondergeschikte van den opdrager, er bestaat geen voortdurende verhouding, krachtens welke de opdrachtgever recht heeft bevelen te geven, die de derde moet opvolgen. Deze blijft zelfstandig, alleen het initiatief tot het geheel van handelingen, binnen het kader

---

[1]) Zie: Sourdat, no. 773.
[2]) Zie: Sourdat, no. 772 v.

waarvan de onrechtmatige daad gepleegd werd, gaat van den opdrager uit.

A. In de hier bedoelde gevallen zijn drie categorieën van derden te onderscheiden:

1. Men heeft met den derde een overkomst gesloten, volgens welke deze iets voor ons zal doen, hetzij een bepaalde handeling verrichten (b.v. men laat een kruier de wasch ophijschen; men laat een voerman iets vervoeren, neemt een taxi om naar het station te rijden, men draagt een deurwaarder op een vonnis te executeeren), hetzij een bepaald werk tot stand te brengen (b.v. een huis bouwen, zijn schip sleepen).

2. Hij, die de opdracht aan den derde geeft, staat tot dezen niet in rechtstreeksche verhouding, maar is tot het geven van de opdracht bevoegd krachtens een overeenkomst, met den meester van den derde gesloten. (B.v. maandauto, maandequipage, verhuur van locomobiel met bediening).

3. Er is geen opdracht, maar toestemming tot de handeling. De derde handelt, binnen het kader van de toestemming blijvend, onrechtmatig. De huurder aan wien de verhuurder vergunt een verbouwing uit te voeren ondergraaft b.v. het huis van den buurman.

Dikwijls zal de positie van den derde die van ondergeschikte naderen. Of hij al dan niet ondergeschikte is, moet beoordeeld worden naar den feitelijken toestand. Beslissend daarvoor is niet, wat partijen afspraken, maar of het verkeer de verhouding, die volgens hetgeen feitelijk is vastgesteld, tusschen opdrachtgever en derde bestaat, beschouwt als een van ondergeschiktheid. Zoo zal men eerder ondergeschiktheid kunnen aannemen bij den chauffeur, wiens diensten de auto-ondernemer, die voor onderhoud, stalling benzine en derg. per maand zal zorgen, verhuurt dan bij den chauffeur, dien de verkooper volgens afspraak stuurt om den kooper het chauffeeren te leeren. Een strijkje zal in het algemeen niet ondergeschikte zijn van den café-

houder, [1]) een pianist daarentegen in vasten dienst wel. [2]) Dat ten slotte iedereen, aan wien men een opdracht kan geven, dien men iets voor zich kan laten doen, derde kan zijn, ligt voor de hand. Ook een gehuwde vrouw of een kind kan als zoodanig optreden.

B. Moet men hem, voor wien de derde de handeling verricht, aansprakelijk stellen, indien deze in het kader van de opdracht een onrechtmatige daad verricht? En zoo ja, welk voorschrift vormt dan de wettelijke basis voor die verantwoordelijkheid? Deze vragen zijn te meer gerechtvaardigd, daar de jurisprudentie, op enkele uitzonderingen na, de eerste vraag ontkennend beantwoordt. Zij kent in het algemeen geen aansprakelijkheid voor daden van derden, in opdracht handelend, als zij niet onder art. 1403 l. 3. B. W. kan worden gebracht.

In dezen zin: Rbk. Amsterdam 18 Febr. 1897 W. 6975; H. R. 28 Dec. 1899 W. 7383 (de kruier die de wasch ophijscht en op een voorbijganger laat vallen, is geen ondergeschikte; de eigenaar van de wasch is niet aansprakelijk); Ktr. Amsterdam 18 Febr. 1915 W. 9786, Rbk. Amsterdam 31 Mei 1915 N. J. 1915 blz. 1195, idem 6 Dec. 1915 W. 9928 en 11 Febr. 1916 W. 10055 (de bioscoop-ondernemer, de caféhouder is niet aansprakelijk, als het strijkje, dat hij laat spelen, muziek uitvoert in strijd met de auteurswet); Hof den Bosch 15 Oct. 1901 W. 7674, Hof Amsterdam 11 Dec. 1908 W. 8894, H. R. 10 Dec. 1909 W. 8944, Rbk. den Haag 22 Dec. 1914 W. 9767, Hof den Haag 12 Febr. 1917 W. 10040 (de eigenaar van een huis die het laat afbreken en opbouwen is niet aansprakelijk, indien de aannemer de buren schade toebrengt); Hof Amsterdam 23 Jan. 1891 W. 6008;

---

[1]) Ktr. Amsterdam 18 Febr. '15 W. 9786; Rbk. Amsterdam 31 Mei 1915 N.J. '15 blz. 1195 en anderen.

[2]) Ktr. Amsterdam 16 Juni 1914, N. J. 1915 blz. 31.

Rbk. Haarlem 31 Mrt. 1914 W 9677 (hij, die een deurwaarder last geeft tot executie van een vonnis, is niet aansprakelijk, indien deze daarbij onbehoorlijk te werk gaat); Hof den Haag 26 Juni 1902 W. 7844 verm. Rbk. Dordrecht 25 Sept. 1901 W. 7698, cass. verw. H. R. 22 Mei 1903 W. 7927, Rbk. Rotterdam 30 Sept. 1903 W. 8060, Hof Arnhem 19 Dec. 1906 W. 8550, Rbk. Rotterdam 23 Oct. 1913 W. 9603 (de schipper, die zijn schip laat sleepen, is niet aansprakelijk als de sleepboot daarbij een ander schade toebrengt.) Aldus ook van Slooten, Sleepvaartrecht blz. 48v.

Hij, die een derde een opdracht geeft, is aansprakelijk te stellen, indien deze, in het kader daarvan handelend, aan een ander schade berokkent, voorzoover en omdat hij, die een opdracht geeft, op de handelingen van hem, aan wien hij opdraagt voor hem te werken, toezicht moet houden. De opdrachtgever kan niet als overmacht inroepen het feit, dat een derde de handeling pleegde. Eerst dan is er overmacht, als de daad niet door het toezicht, dat een redelijk mensch behoort te dragen, was te voorkomen. Men breidt, door anderen voor zich te laten werken, door aan derden handelingen op te dragen, zijn handelingsmogelijkheid en zijn werkingsfeer uit. Dus vordert de billijkheid en is het een eisch van het verkeer, dat hij in het algemeen aansprakelijk kan gesteld worden voor schade, welke anderen tengevolge van de uitvoering der opdracht lijden. Men mag zich niet door niet zelf te handelen onttrekken aan aansprakelijkheid, die men behoort te dragen. Ook is het dikwijls voor den benadeelde onmogelijk te weten te komen, wien hij zou moeten aanspreken, ware de opdrachtgever niet de aansprakelijke persoon. Wordt b.v. bij het bouwen van een huis schade toegebracht aan het huis van den buurman, dan moet deze zich voor schadevergoeding kunnen wenden tot den eigenaar van het verbouwde huis en mag men niet van hem eischen, dat hij onderzoekt,

wie de dader is, de eigenaar zelf, diens aannemer of een of andere onderaannemer. [1])

De wettelijke grondslag van deze aansprakelijkheid is te vinden in art. 1401 B. W., het is aansprakelijkheid voor schuld; in beginsel vormt de daad van den derde voor den opdrachtgever geen overmacht en moet hij dus de schade daardoor ontstaan vergoeden. Nadere uitwerking van de aansprakelijkheid voor daden van derden geeft art. 1403, waarin bepaald wordt, waar ten opzichte van daden van derden de grens tusschen overmacht en schuld ligt. In het eerste lid vindt men den algemeenen regel: „men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, die men door zijn eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die, welke veroorzaakt is door de daad van personen, voor welke men aansprakelijk is." Ten onrechte beschouwt Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk recht XI blz. 91v. dit slechts als een inleiding tot de volgende bepalingen en dus als geheel nutteloos. Opzoomer bestrijdt die opvatting en toont aan, dat er voor deze wetsbepaling een behoorlijke verklaring te vinden is. Lid 1 van art. 1403 is de algemeene regel, geldend voor alle gevallen, waarop het kan worden toegepast. Zoo v. Lennep blz. 115v.; Land.-Lohman IV blz. 319v. Het bezwaar van Sourdat II no. 753, dat men aansprakelijk zou gesteld worden voor daden van alle derden, die men voor hoe gering deel ook, tot hun handeling heeft bewogen, is denkbeeldig, want lid 1 maakt zelf de beperking, dat het alleen betreft derden, voor welke men aansprakelijk is. Wanneer dit het geval is en wanneer de daad van den derde als overmacht is te beschouwen, bepaalt het laatste lid van art. 1403. De aansprakelijkheid houdt op, als men bewijst „dat men de daad, voor welke men aansprakelijk zou zijn, niet heeft kunnen beletten." Overmacht vormt dus een daad, welke niet door toezicht was te voorkomen. Hoe ver dit toezicht behoort te reiken moet in ieder geval af-

[1]) Zie Conclusie Proc. Gen. Hof den Haag W. 10048.

zonderlijk worden vastgesteld. De aansprakelijkheid berust op gebrek aan toezicht, niet, zooals vele oudere schrijvers voor het derde lid van art. 1403 aannemen, op de keuze van een verkeerden persoon, op culpa in eligendo. Tegenover buitenstaanders is de keuze iets geheel onverschilligs, waarmede zij niets te maken hebben. Het interesseert hen ook niet, wien men iets opdraagt, mits men op hem maar behoorlijk toezicht houdt. Een nalatigheid daarin, niet onbehoorlijke keuze is oorzaak der schade. Hoe zou het bovendien mogelijk zijn, dat de opdrachtgever bij het doen der keuze voorziet, dat van die keuze de schade het gevolg kon zijn? [1])

Practisch is het bovendien een bezwaar, dat men gewoonlijk zoo gemakkelijk zal kunnen bewijzen, dat men met voldoende zorg heeft gekozen. Dat geldt vooral voor groote bedrijven, die dus boven kleine ondernemers zouden bevoordeeld worden. Van het hier bestreden beginsel gaat echter § 831 B. G. B. uit. Daarin wordt de aansprakelijkheid van hem bepaald, die „einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt." Behalve op culpa in eligendo rust de in deze paragraaf erkende aansprakelijkheid evenwel ook op gebrek aan toezicht, want den principaal wordt toegelaten voldoende zorg bij de leiding van het werk te bewijzen. Den opdrachtgever staat dus het bevrijdend bewijs open, dat hij als redelijk mensch toezicht heeft gehouden.

Dit zien de uitspraken, waarin — bij uitzondering — wel aansprakelijkheid bij opdracht aangenomen wordt, over het hoofd. [2]) Vlg. Rbk. Rotterdam 29 Mei 1901 P.v.J. 1901 no. 74; Dordrecht 25 Sept. 1901 W. 7698 (het gesleept

---

[1]) Vgl. Saleilles les Accidents de Travail blz. 31.

[2]) De uitspraken Ktr. Amsterdam 16 Juni 1914 W. 9651 en 13 Febr. '14 W. 9603 vallen hier buiten, want daarin werd de cafehouder op grond van de uitvoering van muziek in strijd met de auteurswet veroordeeld niet wegens de daad van het strijkje, maar wegens eigen onrechtmatige daad. Onder „uitvoeren" in art. 12 Auteurswet valt het organiseeren van een uitvoering.

wordend schip is aansprakelijk voor onrechtmatige daden van de sleepboot). Terecht past Molengraaff blz. 657 in dit geval art. 1403 lid 1 toe en vereischt hij geen verhouding als gesteld in lid 3, maar hij laat niet voldoende uitkomen, dat de in het eerste lid bedoelde aansprakelijkheid op gebrek aan toezicht berust en dat voor deze geldt het algemeen beginsel van het laatste lid van art. 1403. Vgl. Danjon Droit Maritime II no. 539ter; Raad van Justitie Semarang 2 Mrt. 1898 W. 7167 (de lastgever is aansprakelijk voor alles wat de lasthebber in casu een deurwaarder belast met ten uitvoerlegging van een vonnis, voor hem verricht, doch alleen tot zoover de last strekt).

In het wetsontwerp 1911, houdende wijzigingen in de bepalingen omtrent onrechtmatige daad, wordt aan art. 1403, waarin de aansprakelijkheid voor arbeiders wordt geregeld, een 2e lid toegevoegd van den volgenden inhoud: „Hetzelfde geldt ten aanzien van den lastgever en zijnen lasthebber in verband met de onrechtmatige daad, door dien lasthebber bedreven terzake van den te volvoeren last". Ook voor dezen vestigt het ontwerp dus onbeperkte aansprakelijkheid evenals voor den patroon. Deze uitbreiding wordt slechts gemotiveerd met de opmerking, dat voor beide de rechtsverhouding gelijk is. Hiertegen bestaan ernstige bezwaren, want de vraag rijst, wat verstaat de wet onder lasthebber? Bedoelt zij daarmee iemand, die in naam van den lastgever optreedt, dan is de bepaling onjuist, want in dat geval gaat het niet om een vraag van aansprakelijkheid, maar om de vraag, in hoever de lastgever gebonden is door daden van den lasthebber. Vermoedelijk denkt het ontwerp zich den lasthebber als: „iemand die voor een ander iets verricht". [1]) In dezen zin opgevat, reikt de bepaling echter veel te ver, want men mag niet den lastgever onbeperkt aansprakelijk stellen voor alle daden, die degeen,

---

[1]) Asser-Limburg 3e deel afl. 10 bl. 2v.

aan wien hij iets opdraagt in het kader der opdracht verricht. Dan zou men b.v. aansprakelijk zijn, indien de huurkoetsier, door wien men zich naar het station laat rijden, onderweg iemand overrijdt!

C. Wat zal de benadeelde moeten bewijzen om schadevergoeding te krijgen? Zooals uit de algemeene regels van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad volgt, zal hij in ieder geval behalve zijn schade, het oorzakelijk verband tusschen de onrechtmatige handeling en de schade dienen aan te toonen. Deze punten geven in dit verband geen moeilijkheden. Over de volgende drie punten is echter twijfel mogelijk:

1. Moet de benadeelde bewijzen, dat de aansprakelijk te stellen persoon aan den derde, die de daad pleegde, een opdracht heeft gegeven? Te bewijzen zal hij hebben niet de opdracht — feitelijk is dat meestal onmogelijk — maar dat de toestand uiterlijk zoo was, dat de derde handelde als iemand, die van den aangesprokene opdracht ontvangen had, dat hij te diens behoeve werkte. Voldoende zal b.v. zijn bewijs, dat de aangesprokene eigenaar was van het voorwerp waaraan of waarmede de derde werkte. Een chaffeur rijdt met de auto, een aannemer werkt aan het huis van gedaagde, een werkman hakt het bosch van den gedaagde om. Is de benadeelde overreden door een taxi, dan zal hij kunnen volstaan met het bewijs, dat de gedaagde erin zat — afgezien van het feit dat deze kan tegenwerpen niet tot toezicht gehouden te zijn. Anders staat de zaak, indien de eischer er belang bij heeft eene opdracht tot snel rijden te bewijzen. Dan kan de eischer niet met het bewijs van het snelle rijden volstaan, want ook zonder opdracht rijden taxi's roekeloos. Wil de benadeelde den inzittende op grond daarvan aanspreken, dan zal hij meer feiten moeten aantoonen. Vgl. voor het Duitsche recht: Dernburg (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs

und Preussens) II 2 blz. 767: § 831 is van toepassing, zoo de derde „als Besorger des Geschäftes des ihn Bestellenden im Verkehre erscheint."

2. Moet er schuld bij den derde bewezen worden? Deze vraag moet bevestigend beantwoord worden. Daarmede staat tevens vast dat, indien de derde in overmacht handelde, de opdrachtgever zich mag beroepen op overmacht. Zoo zal de principaal te zijner bevrijding de schuld van den benadeelde kunnen aanvoeren. Behalve schuld bij den derde, moet de benadeelde ook bewijzen dat de handeling onrechtmatig was. Indien de derde tot zijne handeling gerechtigd is, kan er nooit eene onrechtmatige daad gepleegd zijn en gaat de opdrachtgever dus ook vrij uit. Vgl. in dezen zin: Ktr. Amsterdam 29 Juli 1913 W. 9531 (eischer-auteur niet-ontvankelijk, omdat het strijkje, dat de muziek in gedaagde's café had ten uitvoer gebracht, tot die uitvoering gerechtigd was, en dus gedaagde niet aansprakelijk wegens schending van eischer's auteursrecht). Ten onrechte wordt in § 831 B. G. B. alleen dit laatste vereischte voor de daad van den derde gesteld en wordt schuld bij hem niet gevorderd. Oertmann (§ 831 aant. 2c) zegt dat de derde dikwijls geen begrip heeft van de gevaarlijkheid van de daad en de opdrachtgever dan toch voor de schade aansprakelijk behoort te zijn. Maar dit geval behoort niet onder § 831 thuis. De derde handelt in dit geval, zooals hem is opgedragen en de opdracht was verkeerd. Er is dan een onrechtmatige daad gepleegd door den opdrachtgever zelf (§ 823 B.G.B.; art. 1401 B.W.) Bij gebreke van schuld bij den derde, valt de daad ook niet door toezicht te voorkomen.

3. Rust op den benadeelde het bewijs van gebrek aan toezicht bij den opdrachtgever? Het tegendeel volgt uit art. 1403 laatste lid B.W. Wie voor een ander aansprakelijk is, geldt als zoodanig, totdat hij bewijst de daad niet te hebben kunnen beletten. De opdrachtgever zal dus bewijs

moeten leveren dat hij voldoende toezicht heeft gehouden. De bewijslast is dus zoo verdeeld, dat de benadeelde moet aantoonen, dat de derde (A) onbehoorlijk heeft gehandeld en door zijn schuld hem schade heeft veroorzaakt, en dat deze A handelde in opdracht van gedaagde. Deze kan van zijn kant bewijzen, dat A geen schuld had, dat de handeling viel buiten het kader van de opdracht of dat de daad niet door toezicht was te voorkomen.

D. De beslissing van de kwestie, of de opdrachtgever aansprakelijk is, dat wil dus zeggen, of de handeling voor hem niet overmacht vormt, zal afhangen van de vraag, in welke mate hij tot toezicht is gehouden. Een algemeene regel is hiervoor niet te geven; in ieder bijzonder geval zal de omvang van de vereischte contrôle moeten worden vastgesteld. Daarbij behooren de volgende regels in het oog worden gevat.

1. Er bestaat nooit aansprakelijkheid, indien de handeling verricht wordt op een plaats, waar men geen toezicht kan houden (b.v. bij het verzenden van een brief, een postpakket; bij opdracht aan een fabriek tot het vervaardigen van een machine). Ook op eigen terrein kan men geen toezicht houden, indien men zijn perceel verhuurd heeft; men zal er zelfs niet binnen mogen komen. Zoo zal de eigenaar van een zaal niet aansprakelijk zijn als het orkest dat deze gehuurd heeft, daar eene muziekuitvoering geeft, die eischer's auteursrecht verkort. Dernburg II 2 blz. 767 acht in een dergelijk geval aansprakelijkheid uitgesloten, omdat de derde niet „nach auszen hin als Besorger des Geschäftes des ihn Bestellenden auftritt, noch als solcher im Verkehre erscheint." Dat kan moeilijk juist zijn, want als de opdracht is gegeven en door den benadeelde wordt bewezen, doet de uiterlijke schijn er verder niets toe. Dat hier geene aansprakelijkheid ten laste van den verhuurder

bestaat, komt eenvoudig, omdat hij in de onmogelijkheid verkeert toezicht te houden.

2. Er is geen verplichting tot toezicht, indien de derde technische diensten verricht, optreedt als vakman. Hij wordt dan juist om deze reden gebruikt en de opdrachtgever is tot toezicht niet in staat. Voorbeelden ter illustratie van deze uitspraak zijn niet moeilijk te vinden. Een dokter verwondt bij de behandeling van een zieke den verpleger; de zieke kan dat ongeval niet voorkomen, omdat hij leek is op medisch gebied en hij den dokter geen aanwijzingen kan geven, hoe hij handelen moet. Een notaris, een deurwaarder begaan in de uitoefening van hunne functies misslagen. Ook hier treft den principaal geen verantwoordelijkheid, tenzij hij gelastte de daad te verrichten, juist zooals zij is gepleegd.

Naar de omstandigheden van het geval zal telkens moeten worden beslist of de opdracht technisch was of niet. Toch moet men eene daad niet te spoedig als zoodanig beschouwen. De zorg voor de verlichting van de auto en voor de behoorlijke belading is niet technisch. Als het ongeluk tengevolge van een verzuim in dat opzicht ontstaat, is de eigenaar, die last gaf tot rijden, aansprakelijk.

3. De omvang van het toezicht hangt ook af van den persoon van den derde. Is hij een kind, dan zal men strenger moeten toezien, dan op een ter zake deskundige. Evenzoo moet men hem, dien men tegen betaling een opdracht geeft, meer op de vingers zien, dan een vriend, die uit welwillendheid een handeling voor ons verricht.

4. De omstandigheid, dat door derden gewerkt wordt op het eigen terrein van den principaal oefent hier een gewichtigen invloed. De vraag is, in hoever de eigenaar van een terrein, van een huis, zal hebben in te staan voor de schadetoebrengende daden van derden, op zijn terrein verricht. Buiten beschouwing moeten blijven handelingen, waarvoor hij aansprakelijk is, om dat hij zelf daartoe op-

dracht heeft gegeven. In het algemeen zal de eigenaar voor daden van derden op zijn terrein verricht aansprakelijk zijn. Art. 625 B.W. bepaalt dat men zijn eigendom vrij mag gebruiken „mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge." De eigenaar zal de grootst mogelijke zorg moeten dragen, dat er uit het gebruik van zijn grond geen schade voortvloeit. Daaruit volgt dat hij op technische verrichtingen, die anders geene aansprakelijkheid zouden vestigen, toezicht moet houden. Als eigenaar behoort hij daartoe in staat te zijn, althans dient hij een vakkundige, b.v. een architect, te raadplegen en dezen het toezicht op te dragen. De jurisprudentie verwerpt de aansprakelijkheid voor de daden van den aannemer: Hof den Bosch 15 Oct. 1901, Hof Amsterdam 11 Dec. 1908 en de andere op blz. 17 geciteerde vonnissen. Anders alleen Rbk. Maastricht 7 Mrt. 1901 W. 7674 en Concluzie Proc. Gen. Hof den Haag W. 10048. In dezen zin ook, al berust de motiveering op andere gronden. Ktr. Amsterdam 13 Febr. 1914 W. 9603. Bij die uitspraak werd een bioscoopondernemer aansprakelijk gesteld voor schending van het auteursrecht van een ander door een strijkje in zijn bioscoop. Hij had de keuze der stukken aan den kapelmeester overgelaten, maar dat feit, noch zijn onkunde op muzikaal gebied kon hem baten. Hij had juist daarom voorzichtig moeten zijn en deskundigen moeten raadplegen. Hij had moeten zorgen, dat in zijn bioscoop de schade toebrengende daad door de door hem te werk gestelde derden niet werd gepleegd.

Niet aansprakelijk zal de eigenaar zijn, die geen toezicht kan houden. Dat zal in het algemeen het geval zijn, zoo hij zijn terrein verhuurd heeft, (b.v. bij verhuur van een zaal voor een muziekuitvoering). Als de huurder van het huis een steen uit het raam gooit, zal de voorbijganger, die getroffen wordt, den huurder aan moeten spreken. Toch kan de eigenaar zich niet zonder meer op de verhuring als overmacht beroepen. Want dikwijls behoort de ver-

huurder tot de handelingen, bij de verrichting waarvan aan anderen schade wordt toegebracht, zijn toestemming te geven (b.v. bij verbouwing van het verhuurde huis.) De huurder mag zoo maar geen vertimmeringen gaan uitvoeren. Geeft de verhuurder daartoe zijn toestemming, dan zal hij ook toezicht moeten houden, dat een buurman of een ander geen nadeel lijdt. Hij zal b.v. een architect op de plannen en opdrachten van den huurder toezicht moeten laten houden. Zelfs als de handelingen buiten weten van den verhuurder geschieden, zal hij somtijds toch aangesproken kunnen worden. De benadeelde mag immers erop afgaan, dat de huurder, verbouwingen verrichtend, daartoe de toestemming van den eigenaar heeft verkregen. Als eigenaar-verhuurder behoort hij zooveel toezicht op zijn eigendommen te houden, dat de huurder tegen zijn wil het gehuurde huis niet vertimmert. Voor welke handelingen zijne toestemming noodig is en op welke daden hij dus toezicht zal moeten houden, beslist de opvatting van het verkeer en zal in elk speciaal geval moeten worden uitgemaakt. De huurder van een watermolen b.v. hoogt de sluisdeuren van het water-reservoir op, waardoor het opgestuwde water aan een hooger gelegen fabriek schade veroorzaakt. Dit dient de verhuurder te voorkomen. Vg. Cass. 12 juin 1915, D 15.1.427.

E. Kan behalve door het bewijs van voldoende toezicht, de opdrachtgever zich nog op andere wijs van zijne aansprakelijkheid bevrijden?

Dat lijdt geen twijfel. Verschillende mogelijkheden dienen hierbij onder de oogen gezien te worden.

1. De handeling is verricht buiten het kader van de opdracht. Ook hier berust de niet-aansprakelijkheid op het feit, dat een dergelijke handeling niet gecontroleerd behoeft te worden. De kwestie moet beoordeeld worden naar de omstandigheden van elk geval, naar de bepalingen der wet

omtrent de betrekkelijke overeenkomst, de gewoonten van het verkeer, maar niet naar de afspraken van partijen in zoover deze erop gericht zijn de aansprakelijkheid van den principaal uit te sluiten. Zoo zal hij, die een deurwaarder een algemeene opdracht geeft tot excecutie van een vonnis, niet aansprakelijk zijn, indien deze, buiten zijne bevoegdheid gaande, in strijd met de wet aan een ander schade toebrengt. Vgl. H. R. 9 Mei 1895 W. 6670. Terecht eischt § 831 B. G. B. dat de handeling gepleegd is „in Ausführung seiner Verrichtungen". Niet voldoende is, dat het feit bij gelegenheid daarvan is geschied. Vgl. Oertmann § 831 2 b α; Dernburg II 2 blz. 768.

2. De principaal kan bewijs leveren, dat de derde handelde zonder schuld [1]).

3. Opzet bij den derde is niet bevrijdend, tenzij de handeling daardoor niet in het kader der opdracht valt of ook het toezicht zoover niet reikt. De gedaagde zal dan moeten bewijzen, dat de opzettelijke handeling door zijn toezicht niet was te voorkomen. De chauffeur van de taxi overrijdt b.v. opzettelijk zijn vijand.

4. Heeft de overeenkomst met den derde invloed? Hierdoor kan men zijn aansprakelijkheid niet uitsluiten: het komt er op aan of een opdrachtgever in het algemeen in de betrekkelijke omstandigheden tot toezicht-houden verplicht was. Vgl. Ktr. Amsterdam, 13 Febr. 1914 W. 9603 (de caféhouder kan tegenover derden zijn aansprakelijkheid voor handelingen in strijd met de auteurswet niet overdragen op den kapelmeester, want voor hen is die overkomst res inter alios). Wel zal men om de verhouding tusschen opdrachtgever en derde te beoordeelen ook het contract in aanmerking kunnen nemen. De beperkingen der aansprakelijkheid, daarin vervat, missen evenwel werking tegenover buitenstaanders.

---

[1]) Zie boven blz. 23.

F. Aansprakelijkheid van den derde zelf. Ook op hem zal de benadeelde zich kunnen verhalen, indien de voorwaarden voor het ontstaan van een verbintenis uit onrechtmatige daad ten zijnen aanzien vervuld zijn en bij den derde schuld zal zijn bewezen. De opdracht vormt voor hem geen ontheffende omstandigheid. Vgl. Rbk. Amsterdam 25 Mrt. 1897 W. 7034, idem 15 Nov. 1907 W. 8797 bev. Hof Amsterdam 27 Nov. 1911 W. 9388, Hof Amsterdam 31 Dec. 1915 W. 9946. Tegenover den opdrachtgever zal de derde ook aansprakelijk zijn, indien deze de schade heeft moeten vergoeden, mits de derde wist of behoorde te weten, dat hij niet zoo behoorde te handelen als hij deed en de schade van den principaal van zijne daad het gevolg was. Vgl. Rbk. den Bosch 30 Juni 1899 W. 7413.

3. Ondergeschiktheid.

A. Wanneer bestaat deze verhouding? Het is van zeer veel belang dit vast te stellen, omdat ten aanzien van daden van ondergeschikten de wet het overmachtsbewijs zeer heeft beperkt en de aansprakelijkheid dientengevolge meer handelingen omvat dan bij opdracht alleen. v. Lennep zegt in zijn aan art. 1403 lid 3 B.W. gewijd proefschrift niet wat hij onder ondergeschikten verstaat. De door hem gebruikte uitdrukkingen hebben nu eens een meer, dan weer een minder ruimen omvang. Als hij (blz. 3) de door hem te beantwoorden vraag stelt, op welken grondslag het derde lid van art. 1403 rust, geeft zijn omschrijving den indruk, alsof hij voor de aanwezigheid van ondergeschiktheid iedere opdracht voldoende acht, want hij spreekt van „hij, die een ander opdraagt iets voor hem te verrichten" en van „schade bij de uitvoering van die opdracht door den daarmeê belasten persoon aan derden toegebracht". Daardoor ook stelt hij met art. 1403 lid 3 B. W. op dezelfde lijn § 831 B. G. B., waarin hij „wer einen Anderen bestellt" als meester aanduidt, een uitleg ook door het Reichsgericht

daaraan gegeven. Toch maakt hij zelf reeds aanstonds een beperking door te spreken van meester en ondergeschikte (blz. 4). Ook verder blijkt dat hij vordert een eenigzins voortdurende verhouding, b.v. op blz. 44, waar hij spreekt van „in dienst nemen", op blz. 45, waar hij den patroon met den meester op een lijn stelt, op blz. 113 waar hij den ondergeschikte zelfs „onderhoorige" noemt, ook op blz. 31 waar hij „la personne qui tient la place d'une autre dans une gestion déterminée" vertaalt met „ieder die een ander een werkzaamheid opdraagt" en, naar de voorbeelden te oordeelen, daarmee bedoelt een geheel van werkzaamheden. Het gaat dan ook zeker te ver onder art. 1403 lid 3 iedere opdracht te brengen: „Dienstboden en ondergeschikten" kan men toch niet ieder noemen aan wien men iets opdraagt. Trouwens, er staat ook „die anderen aanstellen tot *de* waarneming hunner zaken, die uitdrukking omvat minder dan opdrachtgeven. Vgl. Opzoomer op art. 1403. Ook het in art. 1384 C.c. gebruikte „commettants" wijst in de richting van beperking [1]). Er is dus meer dan opdracht noodig.

Voor ondergeschiktheid is vereischt, dat er bestaat een voortdurende verhouding, krachtens welke de meester aan den ondergeschikte te bevelen heeft. Hij staat in dienst van den meester. Vgl. Diephuis XI blz. 600v. „voor en in dienst van een ander,; Land-Lohman IV blz. 323; Molengraaff blz. 496 (3e druk). In het algemeen zal dit het geval zijn, indien tusschen meester en ondergeschikte bestaat

---

[1]) Vgl. Sourdat II 887: préposé-personne qui tient la place d'une autre dans une gestion conmerciale ou autre analogue, qui ne procède que sous les ordres, sous la direction et la surveillance du commettant. Ceci nous ramène à l'idée d'un contrat de louage d'ouvrage et de services; Baudry Lacantinerie XIII no. 2912 eischt keuze en recht bevelen te geven en sluit in no. 2913 den aannemer van de ondergeschikten uit. Vgl. Dalloz Rép. no. 603, Cass. 29 mais '68 D. 68. 1. 404 (werkman, dien men het dak laat maken is geen ondergeschikte); Nancy 10 Nov. 1900 D. 01. 2. 417 (aannemer geen préposé); *anders*: Paris 30 janv. 1913 D 14.2.31 (een vriend, dien men laat chauffeeren, is préposé).

een arbeidscontract (Art. 1637 a B. W. [1]) Maar ook kan er een ander contract tusschen partijen gelden, dat deze onzelfstandige positie aan den derde toebedeelt. Ondergeschikte is b.v. de aannemer, die geheel onder leiding en toezicht van den architect werkt en aan het bestek volkomen gebonden is. Vlg. Hof den Haag 30 Juni 1911 W. 9274; Rbk. Zwolle 3 Dec. 1913 N. J. 1914 blz. 35. Zie ook Hof Amsterdam 18 Sept. 1891 W. 6102 (zoon die ten behoeve van de zaak van zijn vader een wagen bestuurt, is diens ondergeschikte). In de derde plaats kan er een overeenkomst gesloten zijn tusschen den meester van den derde en een ander, krachtens welke de laatste in zoodanige positie ten opzichte van den derde komt, dat ook hij meester van den derde wordt. Deze dubbele ondergeschiktheid aanvaardt de H. R. in zijn arrest van 1 Dec. 1916 W. 10048, cass. verw. Hof Amsterdam 7 Jan. 1916 W. 9940. Zij bestaat, als b.v. de eigenaar van een automobiel van den garage-ondernemer een chaffeur huurt. Is deze verplicht zijn orders op te volgen, dan is hij ook zijn ondergeschikte. Van Slooten, blz. 56, schijnt dit onmogelijk te achten, want volgens hem zou de benadeelde, gebruik makend van art. 1403 en van de sleepovereenkomst gesloten met een sleepdienstonderneming wel deze, maar niet den kapitein van de sleepboot kunnen bereiken, omdat geen contract den kapitein bindt met den schipper van het sleepschip, maar wel de laatste de sleepdienstonderneming voor het sleepen laat zorgen. Hij hecht daarmee te veel waarde aan het contract, want niet daarop berust de aansprakelijkheid maar op de boven omschreven verhouding tusschen schipper en kapitein en voor het bestaan van die ondergeschiktheid is een contract niet voorwaarde. Practisch zal het wel niet veel voorkomen, dat de sleepbootkapitein (althans in de binnenvaart) als ondergeschikte is te beschouwen, vooral omdat de sleepboot gewoonlijk meerdere schepen

[1]) Vlg. M. onder H. R. 14 Jan. '16 W. P. N. R. 2441.

zal sleepen en de leiding bij de sleepboot zal berusten. [1]) Uit gebrek aan toezicht zal de schipper van het gesleepte schip dus niet aansprakelijk gesteld kunnen worden, omdat hij geen toezicht kan houden op daden van de bemanning van de sleepboot.

Dat opdracht onvoldoende is voor ondergeschiktheid, is ook het standpunt der jurisprudentie. Vgl. H. R. 28 Dec. 1899 W. 7383: onder art. 1403 lid 3 vallen niet zij „die op zich genomen hebben zelfstandig eenige werkzaamheid voor een ander te verrichten," maar alleen „zij, die krachtens hunne doorgaande verhouding tot den werkgever, hetzij omdat zij onder zijne leiding of op zijne aanwijzing handelen, niet zelfstandig optreden"; H. R. 14 Jan. 1916 W. P. N. R. 2441: al werkt de zetboer wel zelfstandig, hij was tegen vast loon in dienst bij gedaagde, die dus bevelen kon geven. Een aannemer wordt in het algemeen niet als ondergeschikte beschouwd: Hof den Bosch 15 Oct. 1901 W. 7674, H. R. 10 Dec. 1909 W. 8944, tenzij hij onder leiding werkt: Hof den Haag 1911 W. 9274 en Rbk. Zwolle 1913 N. J. 1914 blz. 35. Ook de deurwaarder is niet ondergeschikte van hem, die hem de executie van een vonnis opdraagt: Hof Amsterdam 23 Jan. 1891 W. 6008; H. R. 9 Mei 1895 W. 6670. Evenmin een vrachtrijder: Rbk. Breda 13 Mei 1902 W. 7806, bev. Hof den Bosch 23 Febr. 1904 W. 8066; noch een timmerman, in daghuur een hek herstellend; Rbk. Groningen 22 Mei 1903 W. 7933; noch een strijkje: Ktr. Amsterdam 13 Febr. 1914 W. 9603, Rbk. Amsterdam 11 Febr. 1916 W. 10055; wel een pianist in vasten dienst: Ktr. Amsterdam 16 Juni 1914 N. J. 1915 blz. 31; ook de agent van een meelhandelaar, al heeft deze een meer zelfstandigen werkkring, want hij moet diens orders

---

[1]) Vgl. H. R. 22 Mei 1903 W. 7927; Rbk. Rotterdam 25 Nov. 1908 W. 8923 (kapitein geen ondergeschikte van schipper); anders: Rbk. den Bosch 30 Juni 1899 W. 7413.

opvolgen: Rbk. Amsterdam 20 Nov. 1914 W. 9808. [1]) Ook de schipper is ondergeschikte van den reeder, art. 321 K. [2])

B. Wat moet de benadeelde bewijzen om zijn vordering op art. 1403 lid 3 te kunnen steunen? Hij zal het bewijs moeten leveren, dat tusschen den aansprakelijk te stellen persoon en den dader een verhouding van ondergeschiktheid bestaat. Dit zal hij kunnen doen door de overeenkomst te staven, waaruit de ondergeschiktheid volgt of door feiten te bewijzen, welke met zich brengen, dat de dader ondergeschikte is. Vgl. Sourdat II no. 914. Het eerste zal veelal onmogelijk zijn, maar het contract komt, indien bewezen, toch in aanmerking. De feiten moeten beoordeeld worden naar wat gewoonlijk in dergelijke omstandigheden de verhouding is. Tegen den benadeelde zal echter de meester op het contract geen beroep kunnen doen, indien daarin — hoewel er feitelijk ondergeschiktheid bestaat — bepaald wordt, dat de derde niet ondergeschikt zal wezen, of dat op den meester de aansprakelijkheid van art. 1403 lid 3 niet zal rusten. Ten opzichte van niet-contractanten kan men zijn aansprakelijkheid toch niet uitsluiten. De overeenkomst is ten opzichte van hen op één lijn te stellen met een eenzijdige verklaring; zij is res inter alios. Vgl. Ktr. Amsterdam 13 Febr. 1914 W. 9603. Het gaat dus te ver de aansprakelijkheid alleen afhankelijk stellen van de bepalingen van de overeenkomst zooals het Hof den Haag 26 Juni 1902 W. 7844 deed. In W. P. N. R. 1736 gaat H., hiertegen protesteerend, echter ook te ver door aan het contract alle beteekenis te ontzeggen. De inhoud van

---

[1]) anders: Rbk. Groningen 30 April 1883 W. 5397: lastgever is voor de door hem aangestelde personen (aannemers) verantwoordelijk volgens 1403 lid 3; Rbk. den Haag 27 Sept. 1892 W. 6296: voor deurwaarder volgens 1403 lid 3 aansprakelijk; Hof Amsterdam 25 Jan. 1899 W. 7255: kruier dien men wasch laat ophijschen is ondergeschikte.

[2]) Molengraaff t. a. p. blz. 496, 525.

het contract moet objectief beoordeeld worden en de positie daarnaar vastgesteld. In dien zin uitte zich de Rbk. te Amsterdam, 19 April 1907, W. 8731, toen zij — er was een schip met bemanning verhuurd — den verhuurder aansprakelijk achtte.

Behalve ondergeschiktheid moet de benadeelde bewijzen, dat de ondergeschikte schuld had en een onrechtmatige daad pleegde, waaruit voor hem schade ontstond. Over het eerste, zie hieronder (D); het laatste is vereischt voor vergoeding wegens onrechtmatige daad in het algemeen.

C. Kan een derde tot meer dan één persoon in de verhouding van ondergeschiktheid staan? Kan b.v. een ondergeschikte, wiens diensten de meester verhuurt, ten aanzien van den huurder in de positie van ondergeschike komen, zonder dat de ondergeschiktheid jegens den verhuurder verloren gaat? De jurisprudentie neemt aan, dat de ondergeschiktheid blijft bestaan: Rbk. Middelburg 11 Mei 1892 W. 6195; Rbk. Rotterdam 17 Oct. 1910 W. 9224; Rbk. Amsterdam 14 Nov. 1910 W. 9198, 26 Mei 1911 W. 9198, bev. Hof Amsterdam 19 Dec. 1913 W. 9586 cass. verw. H. R. 27 Nov. 1914 W. 9752; H. R. 1 Dec. 1916 W. 10048. In de bij dit laatste arrest behoorende conclusie van den Adv. Gen. Besier wijst deze er terecht op, dat er geen bezwaar is dubbele ondergeschikheid en dus dubbele aansprakelijkheid aan te nemen. Hiervoor is dan noodig, dat uit de feitelijke verhouding tot den huurder de ondergeschiktheid ook aan dezen volgt. Is deze niet aanwezig, dan zal in sommige gevallen toch de huurder aangesproken kunnen worden, maar dan alleen, indien en in zoover hij opdracht heeft gegeven en tot toezicht gehouden is.

Het gaat niet aan, zooals in de Fransche jurisprudentie geschiedt, de ondergeschiktheid te verdeelen. Een chauffeur b.v., dien de auto-eigenaar huurt om te sturen, zou ten aanzien van de werkzaamheden op technisch gebied,

aan den auto-ondernemer (den verhuurder van den chauffeur), en ten aanzien van de andere, als het rijden enz. aan den eigenaar ondergeschikt zijn[1]). Dit is daarom onjuist, omdat de niet-aansprakelijkheid voor technische diensten verdedigd wordt met een beroep op de onmogelijkheid voor den leek om daarop toezicht te houden. Bij ondergeschiktheid staat het den meester immers niet vrij te bewijzen, dat hij voldoende toezicht heeft gehouden en dus het feit, dat de derde technische diensten verrichtte, geen overmacht vormt.

D. Hoever reikt de aansprakelijkheid voor ondergeschikten? Blijkens het laatste lid van art. 1403 is men voor daden van derden slechts zoover aansprakelijk, als zij door toezicht zijn te voorkomen. Maar omdat in die bepaling opzettelijk[2]) van den meester wordt gezwegen, zal diens aansprakelijkheid verder reiken en hij zich niet kunnen bevrijden door het bewijs, dat hij de daad niet heeft kunnen beletten. Hierover is men het algemeen eens[3]). Hieruit volgt, dat het geheel onverschillig is, of de meester toezicht *kan* houden: ook voor technische handelingen, die de meester zelf niet kan verrichten en waarop hij geen toezicht kan houden, is hij aansprakelijk. Zoo overweegt Hof Amsterdam 25 Jan., 1899 W. 7255, hoewel ten onrechte in dit geval ondergeschiktheid aannemend, dat het onverschillig is, welke de aard van het opgedragen werk was en „het evenmin iets afdoet, of de meester over het werk al of niet eenig toezicht heeft kunnen uitoefenen."

---

[1]) Vgl. Narbonne 8 janv. 1913 D.14.2.29; onderschrift Paris 30 janv. '13 D 14.2.31.

[2]) Zie van Lennep blz. 32.

[3]) Vgl. Sourdat II no. 903; Baudry-Lacantinerie XIII 2911, Diephuis XI blz. 101; Rbk. Amsterdam 9 Maart 1881 W. 4538; 17 April 1916 W. 10096 (bewijs, dat de chauffeur een rijbewijs van de politie had en nooit ongelukken gehad heeft, heft de aansprakelijkheid niet op).

Twee beperkingen moeten nochtans gemaakt worden
1. De benadeelde moet bewijzen schuld bij den ondergeschikte[1]), hetzij dat de ondergeschikte anders handelde dan hij behoorde, hetzij dat hij niet handelde, terwijl hij dit had behooren te doen. Vgl. Hof den Haag, 14 Oct. 1912 W. 9411: een knecht laat in het onbewoonde huis waarin hij moet werken, de kraan der waterleiding openstaan; Hof Amsterdam 25 Jan. 1899 W. 7255; Rbk. Amsterdam 14 Nov. 1910 W. 9298, idem 26 Mei 1911 W. 9198. In anderen zin uit zich van Lennep (blz. 111), die den meester ook voor toevallig door den ondergeschikte aangerichte schade aansprakelijk stelt, mits het zijn dienstongevallen, niet van buiten komende toevallen. Als voorbeeld geeft hij: de meester is wel aansprakelijk, indien iemand wordt overreden, doordat de paarden buiten schuld van den koetsier op hol gaan; niet, indien de koetsier door een niet-voorzienbare rukwind van den bok op een pannen- en pottenstalletje valt. Ten onrechte bazeert hij deze aansprakelijkheid op art. 1403 lid 3, want er was in geen van beide gevallen een daad of nalatigheid van den koetsier. Het gevolg van deze leer zou zijn, dat indien de meester zelf op den bok zat en de paarden gingen zonder zijn schuld op hol met hetzelfde noodlottig gevolg, hij niet aansprakelijk zou zijn, immers hij heeft geen schuld. (Dat in dit geval aansprakelijkheid op grond van art. 1404 B. W. beweerd kan worden, doet in dit verband niet af). Voor art. 1403 lid 3 is niet alle overmachtsbewijs uitgesloten, alleen — ingevolge het laatste lid van dat artikel — bewijs van behoorlijk toezicht. Voor den meester blijft dus altijd nog overmacht de eigen schuld van den benadeelde, benevens overmacht in den persoon van den derde. Indien ondanks het ontbreken van schuld bij den ondergeschikte, de meester toch aansprakelijk is, behoort het geval niet in deze rubriek

[1]) Vgl. Sourdat II no. 904.

thuis. Dan gaat het om een handeling, door den ondergeschikte verricht precies zooals zij hem is opgedragen. De opdracht is hier verkeerd (zie boven blz. 13 v). Daarin is dan de onrechtmatige daad gelegen en daarop berust de aansprakelijkheid, die uit de art. 1401 en 1402 B. W. volgt.

Ook schade, opzettelijk door den ondergeschikte veroorzaakt, zal de meester moeten vergoeden. Bewijs van toezicht kan hem niet baten. Alleen in geval de omstandigheid, dat de derde de handeling opzettelijk verrichtte, met zich brengt, dat hij niet meer als ondergeschikte handelt, is de meester van zijn aansprakelijkheid bevrijd. Diephuis (XI blz. 102) drukt zich te ruim uit, als hij zegt, dat de meester niet aansprakelijk is voor den knecht, die in het huis, waar hij werken moet, opzettelijk iets vernielt of ontvreemdt. 't Kan zijn, dat het zoo is, maar het hangt van de omstandigheden af. Terecht beslist het Hof te Amsterdam, 27 Oct. 1915 W. 9904, dat de eigenaar aansprakelijk is voor den concierge, die, in het bezit van de sleutels, het huis moet bewaken en voorwerpen van den verhuurden zolder steelt.

2. De schade toebrengende daad moet verricht zijn „in de werkzaamheden, waartoe zij dezelve gebruikt hebben." Dit beteekent dat er tusschen de handeling, waardoor de ondergeschikte de schade veroorzaakt, en het werk, waartoe de meester hem gebruikt, een zeker verband moet bestaan. Verband van tijd is niet voldoende. De meester is b.v. niet aansprakelijk, indien hij zijn knecht een pakje laat wegbrengen en deze gooit onderweg een steen door een ruit. Er moet bestaan oorzakelijk verband (van Lennep, blz. 109). Een vraag is, of het voldoende is te achten, dat de handeling gepleegd werd bij gelegenheid van het werk of dat het moet geschied zijn in de uitvoering daarvan. De jurisprudentie eischt nauw verband. De handeling moet onmiddellijk met het te verrichten werk verbonden zijn; er moet zijn dienstschade. Of dit verband bestaat, zal naar

de omstandigheden van elk geval beslist dienen te worden; het moet beoordeeld worden naar wat het verkeer beschouwt als te zijn de werkkring van den ondergeschikte. Ter toelichting mogen enkele aan de rechtspraak ontleende voorbeelden dienen. Geldwisselen door een ober behoort tot zijn werkzaamheden als zoodanig: Rbk. den Haag 6 April 1911 W. 9181, vern. Krt. den Haag 7 Febr. 1910 W. 8982; een motorboot sturen behoort niet tot het werk van een monteur, aan wien de zorg voor den motor is opgedragen: Hof den Haag 3 Juni 1910 W. 9058; verkoopt de agent van een meelhandelaar meel met het merk van een ander, dan is zijn patroon daarvoor aansprakelijk: Rbk. Amsterdam 20 Nov. 1914 W. 9808; al is er op de machine een stoker, de machinist, die vuur van de locomotief werpt, treedt toch als zoodanig op: Rbk. den Bosch 11 Dec. 1914 W. 9808, Hof den Bosch 9 Nov. 1915 W. 9928; concierge die steelt handelt als zoodanig: Hof Amsterdam 27 Oct. 1915 W. 9904. Op de aansprakelijkheid, die in deze en dergelijke gevallen de ondergeschiktheid van den derde medebrengt, hebben afspraken tusschen meester en ondergeschikte, gemaakt bij het in dienst treden, tegenover de benadeelden geen invloed. Dat is reeds vroeger uiteengezet. Men kan eenzijdig zijn aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad tegenover derden niet beperken.

De Fransche jurisprudentie en litteratuur is veel ruimer en stelt er zich ten onrechte mee tevreden, dat de daad geschiedde „à l'occasion" van zijn werkzaamheden [2]). Zoo werd b.v. een spoorwegmaatschappij aansprakelijk gesteld voor smokkelen door haar ambtenaren (Vgl. Cass. 22 mars 1907 D. 09.1.406.).

E. Grondslag van de aansprakelijkheid voor onderge-

[1]) Zoo Diephuis XI blz. 101, Land IV blz. 323, van Lennep blz. 109.

[2]) Sourdat II 901, Baudry-Lacantinerie XIII 2914.

schikten. Tot voor korten tijd was het onbestreden, dat zij berust op schuld. Of men zeide, dat de patroon geen behoorlijk persoon tot werkman had gekozen; òf ook wel, dat hij te kort was geschoten in het houden van toezicht op de werkzaamheden [1]). Ook thans nog wordt dit verkondigd in de jurisprudentie: Rbk. Amsterdam 14 Nov. 1910 W. 9198 (de meester is in staat en verplicht om te beoordeelen, welke ondergeschikte voor een bepaald werk met het oog op betrouwbaarheid, bekwaamheid het meest geschikt is te achten); H.R. 14 Jan. 1916 W. P. N. R. 2441 (voorondersteld gemis aan voorzorg bij de aanstelling); Rbk. Amsterdam 30 Oct. 1916 W. 10121. De leer van de culpa in eligendo werd boven (blz. 20) genoegzaam bestreden, zij kan niet als grondslag worden aangenomen. Maar ook gebrek aan toezicht — culpa in custodiendo — voldoet niet, want zeer dikwijls zal dit verondersteld gebrek worden tot een fictie, een onweerlegbaar vermoeden, omdat de meester niet mag bewijzen voldoende toezicht gehouden te hebben. Voor gevallen, waarin de meester niettegenstaande toezicht aansprakelijk is, geeft deze laatste opvatting geen verklaring. Terecht heeft van Lennep hierop gewezen (pft. 1e deel Hoofdstuk I). Hij acht, in verband daarmede, bij ondergeschiktheid een van de gevallen van aansprakelijkheid buiten schuld aanwezig en geeft als verklaring van zijne oplossing het profijtbeginsel: hij, die de voordeelen ontvangt, moet ook de lasten dragen. Maar zijn uitgangspunt, zijne verwerping van schuld als grondslag, is verkeerd. Daartoe komt hij omdat hij het begrip schuld te eng opvat. Ook art. 1403 lid 3 berust op schuld. De wet heeft hier enkel het gebied der overmacht beperkt. De zorg, die de meester moet betoonen, reikt verder dan toezicht; ook ten aanzien

[1]) Diephuis XI blz. 101 (keuze), Opzoomer VI blz. 330 (keuze en toezicht), Sourdat II 884, 885 (keuze en toezicht), Dalloz Rép. voce Responsabilité 602 (keuze en toezicht), Supp. 720 (présomption légale). Baudry-Lacantinerie XIII 2911 (slechte keuze).

van niet door toezicht te voorkomen handelingen heeft hij schuld, tenzij er overmacht is, als b.v. eigen schuld van den benadeelde.

Waarom bepaalt de wet dit? Land IV blz. 322 zegt terecht, dat het berust op practische redenen. De billijkheid vordert, dat, daar op den ondergeschikte doorgaans geen verhaal is te nemen, omdat hij niet betalen kan, niet de benadeelde de schade draagt, maar hij, die ook het voordeel heeft van de werkzaamheden van den ondergeschikte: de meester moet de lasten dragen, maar dan ook voorzoover de daad in dienst gepleegd is en zij den werkman is aan te rekenen.

F. Aansprakelijkheid van den rechtspersoon voor onrechtmatige daden. Hier schuilt de bijzondere moeilijkheid in de vraag, hoe verklaard moet worden, dat een vereeniging schuld kan hebben. Overbodig is het aan te toonen, dat het noodzakelijk is ook den rechtspersoon in sommige gevallen voor schade, door onrechtmatige daad ontstaan, aansprakelijk te stellen. In jurisprudentie en litteratuur wordt de mogelijkheid thans bijna algemeen aangenomen. Vgl. hierover van Creveld, Hoofdstuk I en IV; Land-Star Busmann I blz. 773. Veel verschil van gevoelen bestaat echter over den grondslag, waarop men dit baseeren moet en hoever de aansprakelijkheid dient te reiken.

De jurisprudentie is, zooals v. Creveld, blz. 8 v., aantoont, zeer wisselend in haar theoretische beschouwingen. Toch motiveert de H.R. steeds duidelijker de aansprakelijkheid van den rechtspersoon door den bestuurder, door wiens onrechtmatig handelen de benadeelde schade leed, te beschouwen als orgaan, dat de wil van den rechtspersoon uit [1]). Handelt het orgaan binnen den kring van zijn bevoegdheden, de handeling is een daad van den rechtspersoon zelven. Handelt het orgaan anders dan een redelijk mensch betaamt, dan geldt zijn schuld als schuld van de

[1]) zie ook ten aanzien van bezitsverwerving H.R. 11 April 1913 W. 9524.

vereeniging. Vgl. H.R. 24 Dec. 1911, W. 9818, 25 Febr. 1916 W. 10023: nalatigheid van een orgaan moet als eigen schuld van de naamlooze vennootschap worden aangenomen; Hof den Haag 4 Juni 1917 W. 10196. Die voorstelling voldoet geenzins, zij berust geheel op een fictie. De daad van den bestuurder is niet een daad van den rechtspersoon, al mag deze er misschien door verbonden worden; de bestuurder handelt zelf en het is zijn handeling. De uitschakeling van den persoon van den bestuurder gelijk 's H.Raads opvatting die medebrengt, maakt wel de onrechtmatige daden, door hem in hoedanigheid verricht tot onrechtmatige daden van den rechtspersoon, zoodat deze daardoor aangesproken kan worden. Dat kan men toegeven. Men behoeft daarom echter niet die opvatting als juist te aanvaarden, want zij laat het verdwijnen van de persoonlijkheid van den bestuurder onverklaard. Onderzoek van de verhouding van den rechtspersoon tot zijn orgaan en de wijze, waarop de rechtspersoon aan het verkeer deelneemt, leert, dat er in realiteit geen zelfstandige persoon bestaat wiens wil geuit wordt door het orgaan. Dit uit altijd zijn eigen wil, zelfs indien het handelt in opdracht of als zoodanig. In werkelijkheid bestaan er slechts samenwerkende personen, die zelf gezamenlijk handelen of samen aan een ander opdragen voor hen te handelen. In dien geest uiten zich Land-Star Busmann I blz. 756 v. en van Creveld, Hoofdstuk IV, V en VI. De laatste heeft echter niet nauwkeurig onderzocht, welke de verhouding is van den bestuurder tot den rechtspersoon. Hij onderscheidt bestuur-vertegenwoordigende organen tegenover lagere organen. Voor de eersten is de rechtspersoon krachtens art. 1403 lid 1 aansprakelijk: ze vertegenwoordigen den rechtspersoon en deze is als hun lastgever verantwoordelijk, de anderen zijn ondergeschikten, waarvoor art. 1403 lid 3 den rechtspersoon aansprakelijk stelt. Hiertegen valt op te merken, dat men den lastgever voor daden van den

lasthebber slechts dan aansprakelijk mag stellen, als hij niet bewijzen kan voldoende toezicht gehouden te hebben. Dientengevolge wordt in deze opvatting de grens tusschen de twee groepen van zeer groot belang, terwijl deze toch practisch niet is vast te stellen. Zal b.v. een procuratiehouder vertegenwoordigend orgaan zijn? De H.R. 24 Dec. 1911 W. 9818, neemt aan van wel; het Hof Amsterdam, 5 Dec. 1913 W. 9628, ontkent het. Vreemd is ook de consequentie van de beslissing van den H.R. 22 Juni 1917 W. 10146, cass. verw. Hof den Haag 8 Juni 1916 W. 10026: een postbode, die tegen zijn instructie's handelt, kan niet als orgaan beschouwd worden, maar de Staat is voor zijn daad wel aansprakelijk, omdat hij handelde als ondergeschikte in de werkzaamheden, waartoe hij werd gebruikt. Als hij nu volgens zijn instructie's handelt, is hij dan orgaan en ondergeschikte tegelijk, of is hij dan geen ondergeschikte meer en alleen orgaan?

De geheele onderscheiding is onjuist. In beide gevallen bestaat er een dienstbetrekking. Ook de bestuurder staat in dienst van den rechtspersoon, al heeft hij tevens vertegenwoordigingsbevoegdheid. Vgl. Molengraaff blz. 197, (waar jurisprudentie in dezen zin). De bestuurder is dus evenzeer als het lagere orgaan een ondergeschikte van den rechtspersoon. Voor onrechtmatige daden door hen in hunne betrekking als zoodanig gepleegd is deze op grond van art. 1403 lid 3 aansprakelijk. [1]) De grens tot hoever de aansprakelijkheid reikt, is hiermee ook aangegeven: de bestuurder moet gehandeld hebben in de werkzaamheden waartoe hij werd gebruikt.

Ook in dit geval berust de aansprakelijkheid op schuld. Van Lennep, die op daden van het bestuur art. 1403 lid 3 toepast (zie blz. 15, 123), rekent het als een voordeel van zijn profijtstheorie, d. i. van het verlaten van het schuld-

---

[1]) Molengraaff blz. 198.

beginsel, dat de moeilijkheid van het construeeren van schuld bij den rechtspersoon wordt ontgaan. Echter hij gaat uit van de gedachte, dat de vereeniging is een fictie, een eenheid buiten den mensch. Verwerpt men die leer, dan is ook de moeilijkheid, dat een fictie geen schuld kan hebben, opgelost. De rechtspersoon, dat zijn de gezamenlijke leden kunnen zich niet op overmacht beroepen, dus is er schuld. De leden gezamenlijk hadden anders moeten handelen, zij hebben niet de zorg van een redelijk mensch in hun omstandigheden gedragen. Daarom zijn zij aansprakelijk.

Op art. 1401 B.W. zal men de aansprakelijkheid moeten baseeren, indien òf de leden zelf, b.v. de algemeene vergadering door onrechtmatig handelen (b.v. door een onrechtmatig besluit) derden schade toebrengen [1]) òf indien zij aan een derde b.v. een bestuurslid gezamenlijk opdragen een handeling te verrichten, welke, onrechtmatig aan een ander schade toebrengt, terwijl zij wisten of behoorden te weten, dat schade voor den ander daarvan het gevolg zou zijn. (zie boven blz. 13v.).

4. Duitsch en Zwitsersch Recht.

Een bepaling als art. 1403 lid 3 B.W. ontbreekt in beide wetgevingen. In § 831 B. G. B. wordt hij, die „einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt" aansprakelijk gesteld voor de schade, welke deze aan een ander wederrechtelijk toebrengt bij het uitvoeren van dien last, tenzij hij kan bewijzen, dat hij voldoende zorg heeft besteed bij de keuze van den derde of dat hij, indien hij toezicht moet houden, daarin niet nalatig is gebleven. Het beginsel der culpa in eligendo werd reeds voldoende bestreden. Afgezien daarvan is de regeling ook overigens niet geslaagd. Al bij de bespreking van het ontwerp gingen stemmen op,

[1]) Van Creveld blz. 132 v.; Land-Star Busman I blz. 775.

die pleitten voor uitbreiding der aansprakelijkheid. Zij werden niet verhoord, omdat de meerderheid het schuldprincipe niet wilde verlaten en de uitbreiding in strijd achtte met het Duitsche rechtsbewustzijn. [1]) Dat de paragraaf niet voldoet, blijkt echter overtuigend uit de pogingen om onder § 278 — die den invloed behandelt van daden van derden op de verplichtingen van den debiteur — gevallen te brengen, waarin van aansprakelijkheid uit contract geen sprake kan zijn. [2]) Op die manier tracht men den benadeelde te helpen, want volgens § 278 B. G. B. staat het den debiteur niet vrij te bewijzen, dat hij toezicht heeft gehouden. Zoo zou de schilderspatroon aansprakelijk zijn, indien zijn knecht op den eigenaar van het huis, dat de patroon aangenomen heeft te schilderen, een verfpot laat vallen. [3]) Ook zou de restaurateur de schade moeten vergoeden, welke de kellner een binnenkomend gast toebrengt. [4]) Terecht wordt dit door Brodmann, Ihering's Jahrbücher 58 blz. 187 v. bestreden. De § 278 is alleen toepasselijk als de verplichtingen van den debiteur niet worden nagekomen. Men komt tot dergelijke wonderlijke constructies, omdat men uitbreiding en verscherping der aansprakelijkheid wenscht. [5]) Toch is het zeer begrijpelijk, dat in § 831 bewijs van toezicht wordt toegelaten, want

[1]) Protokolle blz. 597 v.

[2]) Onjuist is de opmerking van K. Heinsheimer in Grünhut's Zeitschrift 1914 blz. 123, dat men de aansprakelijkheid van art. 1384 C.c. in Frankrijk te ver gaand acht. Hij beschouwt het voorschrift als een verkeerde toepassing van de Gefährdungstheorie en trekt daaruit onjuiste conclusie's. Zelf maakt hij zich ook aan uitbreiding van § 278 schuldig (blz. 129). Laat de schildersknecht, als hij zijne handen gewasschen heeft in het huis, waar hij werken moet, de kraan openstaan dan zou de patroon aansprakelijk zijn ex contractu. Dat hij „nach Treu und Glauben" aansprakelijk behoort te zijn, is waar, maar die verplichting berust niet op „seine allgemeine Diligenzpflicht ex contractu", want de overeenkomst verplicht hem niet in het algemeen te zorgen dat het huis geen schade lijdt (zie Hoofdstuk III blz.).

[3]) Haschke, Die Stellung des Geschäftsherrn nach § 831 B.G.B., Leipzig diss. 1914.

[4]) Josef Grüchst's Beiträge 58 (1914) blz. 638 v.; Kaemmerer, Erläuterung des § 278 B.G.B., Jena diss. 1911.

[5]) Vg. over § 831 D. J. Z. 1908 blz. 321.

het omvat meer personen dan alleen ondergeschikten. Onder de omschrijving valt iedere derde, die in opdracht van een ander handelt. Onverschillig is het dus, of de verhouding tusschen den opdrachtgever en den derde vast of tijdelijk is, of hij voor loon of alleen uit vriendelijkheid de handeling verricht, mits het initiatief is uitgegaan van den aangesprokene. [1]) Anders uitte zich weliswaar het R. G. [2]), dat voor toepasselijkheid een verhouding van afhankelijkheid bij den derde vordert. Het gaat uit van het in den tweeden zin van § 831 gebruikte woord „Geschäftsherr". Die term noodzaakt evenwel geenzins tot dien uitleg. Hij wordt gebruikt als korte weergave van de in den aanhef van de paragraaf gegeven omschrijving. De eerste zin bevat den regel en daarin is van beperking tot ondergeschikten geen sprake. Dat is ook juist een voordeel van de Duitsche regeling.

In art. 55 S. O. R. wordt alleen gesproken van de aansprakelijkheid van den „Geschäftsherr" voor schade door „Angestellten oder Arbeiter" in dienst veroorzaakt. [3]) Wel wordt hierin terecht gezwegen over schuld bij de keuze als grondslag der verantwoordelijkheid. Den meester staat echter het bewijs open, dat hij voldoende zorg heeft besteed om de schade te voorkomen. Ook hier geldt dus het principe van de beperkte aansprakelijkheid, maar bovendien ontbreekt hier nog de aansprakelijkheid van den opdrachtgever in het algemeen voor schade door hem, die voor hem werkt, teweeggebracht bij het volvoeren van zijn taak. Terecht noemt Rossel [4]) deze regeling slechts half voldoende.

---

[1]) Oertmann § 831 aant. 2a: 't Komt aan op „das Betrauen einer Person mit einer gewissen Verrichtung"; Dernburg II 2 blz. 767.

[2]) E. R. nd. B51 no. 48 blz. 200; Bnd. 86 no. 105 blz. 435; D. J. Z. 1910 blz. 370.

[3]) Zoo: Gysler, Haftung für fremde Culpa nach Schweiz. Oblig. Recht Zürich 1892 blz. 47.

[4]) Manuel de droit civil suisse III blz. 92.

Voor organen stellen beide wetboeken den rechtspersoon daarentegen wel onbeperkt aansprakelijk. Vgl. § 31 B. G. B.; art. 55. Schw. Zivil Gesetzbuch. Van Creveld acht het niet noodwendig in deze bepalingen een toepassing te zien van de orgaansleer, maar acht ze een tegemoetkoming aan de eischen van het verkeer, dat de aansprakelijkheid niet kon ontberen. Toch leidt de woordenkeus er toe deze aansprakelijkheid met die theorie te verklaren en daaruit de consequentie's te trekken. [1]) Is dit een theoretisch bezwaar, van practischen aard is de moeilijkheid, als men bepalen wil, wie organen zijn. Dat is een punt van groot belang, want voor hen, die niet als orgaan zijn te beschouwen, gelden § 831 B. G. B. en art. 55 S. O. R., die — anders als ten aanzien van organen — toestaan het bevrijdend bewijs van voldoende toezicht. Hierin ligt dan ook de groote fout van deze regelingen; ze rekenen niet voldoende met de gedachte, dat in de verhouding van ondergeschiktheid aan den rechtspersoon de grond voor diens onbeperkte aansprakelijkheid is gelegen, welke verhouding evenzeer bij medewerkers van lagere als bij die van hoogere orde (organen) aanwezig is.

---

[1]) Zoo Oertmann, Dernburg.

HOOFDSTUK III.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR WANPRAESTATIE, ONTSTAAN DOOR DADEN VAN DERDEN.[1])

A. Evenals bij onrechtmatige daad berust bij wanpraestatie de aansprakelijkheid van den debiteur op schuld: gebrek aan zorg, welke een redelijk mensch behoort te betoonen. Zooals Asser-van Goudoever blz. 118v., zegt, er is wanpraestatie „zoo het niet-, niet-behoorlijk, niet-tijdig nakomen van de verbintenis het gevolg is van een doen of laten van den schuldenaar, terwijl hij dit gevolg had behooren te voorzien en voorkomen." Het groote verschil met aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad betreft de regeling van het bewijs. Niet de crediteur, — de benadeelde — heeft de schuld van den debiteur te bewijzen, maar de laatste moet aantoonen gehandeld te hebben „als een goed huisvader", art. 1280 j° art. 1271 B. W.; „dat hij door overmacht of toeval verhinderd is geworden", art. 1281 B. W. Overmacht is iedere gebeurtenis, welke den schuldenaar niet kan worden toegerekend, welke niet door de op hem rustende zorg is te voorkomen. Welke de zorg is, die de debiteur moet aanwenden, dient afgeleid te worden uit den

[1]) Het betreft hier alleen aansprakelijkheid voor daden van derden, welke invloed uitoefenen op de vervulling van de verbintenis van den debiteur. Niet juist is de term contractueele aansprakelijkheid voor derden, want daaronder vallen gevallen, waarin de debiteur op zich heeft genomen voor derden in te staan b.v. verzekering tegen daden van derden. Zoo Becqué, Revue Trimestrielle XIII (1914) blz. 253, die spreekt van „Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle" (ook: bl. 290).

inhoud van de verplichtingen, welke op hem rusten. Deze worden bepaald door de afspraken van partijen, de bepalingen der wet, door wat het verkeer vordert. In hoever kan de schuldenaar, als een derde door zijn handelen wanpraestatie veroorzaakt, zich op die daad als op overmacht beroepen? Ook hier bestaat alleen aansprakelijkheid, indien de debiteur schuld heeft, niet heeft gezorgd, zooals een redelijk mensch past. Asser-van Goudoever blz. 123 behandelt deze aansprakelijkheid als eene „zonder schuld van den debiteur", maar art. 1427 B. W. dwingt niet tot die opvatting, want het beperkt slechts de gevallen, waarin de debiteur zich op overmacht kan beroepen, door hem in sommige gevallen ook voor derden aansprakelijk te stellen [1]). Bij den schuldenaar moet steeds schuld aanwezig zijn, het bijzondere is, dat niet hij door zijn daad of niet doen wanpraestatie veroorzaakt, maar het schadetoebrengende feit van een derde uitgaat.

In het algemeen kan iedereen als derde optreden, want ieder kan invloed uitoefenen op de totstandbrenging en de hoedanigheid van de praestatie. Het kan zoowel zijn iemand, die den debiteur helpt om tot praestatie te komen, als een geheel aan den schuldenaar vreemde persoon. De vraag of de daad van den derde overmacht vormt, rijst evenzeer in geval de knecht van den debiteur het herstelde kostuum bij het opstrijken verschroeit, als in het geval, waarin een inbreker uit het gehuurde huis de koperen kranen steelt. De leverancier, van wien de debiteur onderdeelen betrekt en die niet of geen behoorlijke waar levert, een vriend van den huurder, die het huis, als hij bij hem logeert, beschadigt, de schipper, die het schip van den vervoerder overvaart, zij allen plegen als derden daden, die den schuldenaar in verzuim brengen. Zoo rijst de vraag, in welke gevallen is de debiteur aansprakelijk, als hij niet-, niet-behoorlijk, niet-tijdig praesteert, doordat de daad van

[1]) Zie Inleiding.

een derde hem hierin verhindert. M. a. w. hoever reikt in een dergelijk geval de zorg van den schuldenaar, wanneer vormt de daad van den derde overmacht?

B. Nooit kan de debiteur volstaan met te stellen, dat een daad van een derde oorzaak was van zijn wanpraestatie. Op zichzelf vormt de handeling van den derde nooit overmacht. Altijd zal de debiteur moeten aantoonen, dat hij voldoende zorg heeft besteed om tot praestatie te komen. Hij moet bewijs leveren, dat door de op hem rustende zorg de daad niet was te voorkomen. Vgl. Asser van Goudoever blz. 128; Molengraaff (3e druk) blz. 412. Aanvaring, zinken, brand, vormen op zichzelf geen bevrijdende voorvallen[1]). Zoo is ook het afsnijden van de gasbuizen der gasmaatschappij door de gemeente op zichzelf geen overmacht: Rbk. Amsterdam 22 Febr. 1887 P. v. J. 1887 bijbl. 21. De debiteur kan niet volstaan met de bewering, dat hij niets van het handelen van den derde wist: Rbk. Utrecht 6 Jan. 1915 W. 9735 bev. Hof Amsterdam 2 Juni 1916 W. 9994. Ten onrechte besliste het Hof te Amsterdam, 10 Jan. 1913 W. P. N. R. 2279 bev. Rbk. Amsterdam 12 Mei 1911 W. 9281, dat de verkooper, aangesproken wegens nietlevering van het verkochte huis, kan volstaan met het beroep op zijn opdracht aan een notaris tot overdracht van het huis, als deze het aan een ander dan kooper heeft getransporteerd[2]). Altijd zal de debiteur meer moeten bewijzen n.l. dat hij geen schuld heeft, maar voldoende zorg heeft betoond om de daad van den derde te voorkomen. Kan hij dit bewijzen, dan is de daad voor hem overmacht en rust op hem geene aansprakelijkheid.

De handeling van den derde kan op de drie volgende manieren tot wanpraestatie van den debiteur leiden:

---

[1]) Zie jurisprudentie daarover bij Molengraaff blz. 413.

[2]) Cour de Cassation 13 Mei 1912 D. 13.1.476: brand door derde veroorzaakt geen overmacht op zich zelf.

1° de debiteur geeft den derde opdracht tot handelen en deze voert het hem opgedragene precies overeenkomstig den verstrekten last uit (C);

2° de debiteur handelt niet, terwijl hij de daad van den derde kon voorkomen (D);

3° de debiteur kan door geen handeling de daad van den derde voorkomen (E);

In het eerste geval is de wanpraestatie door een daad, in het tweede door een niet-doen van den schuldenaar veroorzaakt. Eerst in het derde geval kan men van aansprakelijkheid voor daden van derden spreken, omdat daar de wanpraestatie niet in een daad van den debiteur hare oorzaak vindt.

C. Nooit is de daad van een derde overmacht, indien hij gehandeld heeft, zooals hem was opgedragen, en de debiteur wist of behoorde te weten, dat wanpraestatie daarvan het gevolg zou zijn. In dit geval bestaat er geen aansprakelijkheid voor derden, want niet de daad van den derde, maar de opdracht daartoe is oorzaak van het niet of niet behoorlijk praesteeren. Is dus vastgesteld dat de schuldenaar de opdracht niet had behooren te geven, dat hij daardoor anders handelde, dan hij had moeten handelen, dan is hij aansprakelijk, want de wanpraestatie is een gevolg van zijn handelen en er is schuld bij hem. Met een paar voorbeelden moge die voorstelling worden toegelicht. A. komt met B. overeen, dat deze 10000 gekleurde prentbriefkaarten voor hem zal drukken; B. draagt aan C. op zwarte te drukken en levert deze aan A. Een verkooper draagt den notaris op het verkochte huis niet aan den kooper, maar aan een ander te transporteeren. Een fabrikant is met een stoombootondernemer overeengekomen uitsluitend door dezen te laten vervoeren; hij draagt een bediende op de waren met een andere gelegenheid te zenden. Of de derde schuld had, anders handelde dan hij

behoorde, doet niet ter zake. Zijn handeling is slechts in zooverre van belang, als zij de schakel vormt tusschen opdracht en schade. De basis waarop de aansprakelijkheid berust, is de opdracht tot handelen, terwijl de debiteur het gevolg daarvan behoorde te voorzien.

D. Evenmin is de daad van een derde overmacht, als de schuldenaar niet gehandeld heeft, terwijl hij wist of behoorde te weten, dat hij door te handelen de daad van den derde kon voorkomen. Ook in dit geval rust de aansprakelijkheid niet op de daad van den derde, maar op het niet-doen van den debiteur. Dit niet-verhinderen is de onrechtmatige daad, die wanpraestatie als gevolg heeft. Of de schuldenaar, toen hij niet handelde, schuld had, zal afhangen van den inhoud van zijn verplichtingen en de omstandigheden van het geval. De te beslissen vraag komt eenvoudig hier op neer, of een redelijk man, in de positie van den schuldenaar verkeerend, zou gehandeld hebben en de daad van den derde zou hebben voorkomen.

Ter zake van wanpraestatie is dus de schipper van een gesleept wordend schip aansprakelijk, als hij den sleepbootkapitein niet waarschuwt, dat zijn schip te hoog ligt om onder de brug door te kunnen, terwijl hij wist of behoorde te weten, dat de doorvaart onder deze brug de lading zou beschadigen. Betalen moet ook fabrikant, die met een stoombootmaatschappij is overeengekomen uitsluitend door haar te doen vervoeren, wanneer een tijdelijk waarnemend bediende in onbekendheid met die overeenkomst goederen per andere gelegenheid verzendt. De fabrikant had den bediende moeten waarschuwen: Hof Amsterdam, 1 Mei 1914 W. 9705. Tot vergoeding is ook de verkooper gehouden, indien hij den notaris een blanco volmacht tot overdracht geeft en deze niet aan kooper, maar aan een ander het huis overdraagt. De opdracht was immers verkeerd. Anders: Hof Amsterdam b.a. W 2279.

Tot dezelfde oplossing moet men komen indien er geen band tusschen debiteur en derde bestaat. De huurder van een huis laat dit onbewaakt en onafgesloten, hij is aansprakelijk voor den diefstal van koperen kranen, ten nadeele van den verhuurder gepleegd. Een voerman, die het vervoer van koffers heeft op zich genomen, is aansprakelijk wegens wanpraestatie, als op klaarlichten dag op den Velperweg een koffer gestolen wordt, want hij behoorde deze daad te voorkomen: H.R. 26 April 1907 W 8533.[1])

Dat een derde handelde is hier geheel onverschillig. Hij kan een willekeurige derde zijn, b.v. een dief, want de aansprakelijkheid berust op de nalatigheid van den schuldenaar zelf, die niet handelde, niettegenstaande hij had behooren te handelen. Hoogstens komt de persoon van den derde in aanmerking in dien zin, dat onderzocht moet worden of de zorg van den debiteur zoover moet gaan, dat hij had behooren te voorzien, dat van zijn niet-handelen de daad van dezen derde het gevolg kon zijn. Er bestaat geen aansprakelijkheid voor culpa in eligendo. Tegenover den schuldeischer is de keuze van geen belang. De debiteur mag in het algemeen laten werken door wien hij wil. Het zou bovendien den schuldenaar meestal niet lastig vallen aan te toonen, dat de wanpraestatie niet het gevolg was van deze keuze of dat hij bij de aanstelling van, de opdracht aan den derde met voldoende zorg heeft gekozen.

De al of niet-aanwezigheid van schuld bij den derde heeft

---

[1]) Cassation 24 avril 1901 D 1903.1.347: doorsnijding van den electrischen kabel bij het aanleggen van een ondergrondschen spoorweg, vormt voor de electriciteitsmaatschappij geen overmacht, want zij had dat kunnen voorzien en vooraf maatregelen kunnen nemen; Cassation 10 mai 1909 D 1912.1.16: Verkooper is mecanicien en verkoopt aan eischer een machine, die hij betrekt van een fabriek en levert zonder haar onderzocht te hebben. Voor de gebreken daarin wordt hij aansprakelijk gesteld, al wist hij het bestaan er van niet; Cassation 9 mai 1911 D 12.1.401: bij berooving van een postbode is de administratie der Posterijen aansprakelijk, indien zij wist dat in die stad een oproerige stemming was en dat een poging tot dien aanslag zou plaats hebben zonder dat zij voorzorgen nam.

geen invloed op de aansprakelijkheid van den schuldenaar, de daad van den derde is slechts van indirect belang. Bij opzet zal dus de schuldenaar evenzeer aansprakelijk zijn, indien hij de opzettelijke daad had behooren te voorkomen. Wel hangt van het al of niet aanwezig zijn van schuld bij den derde af, of de debiteur op hem verhaal kan nemen.

Het lijdt daarom geen twijfel of de debiteur, die niet levert, omdat zijn leverancier hem niet bedient, terwijl het hem mogelijk was en vrij stond van een ander te betrekken, moet zijnen schuldeischer schadeloos stellen. In dit geval is niet het nalatig blijven van den leverancier de oorzaak van de wanpraestatie, maar het niet-bestellen bij een anderen leverancier door den schuldenaar. De aansprakelijkheid berust dus op eigen nalatigheid en schuld van den debiteur. Zoo denkt daarover ook de jurisprudentie. Vgl. Arbiters Amsterdam Mei 1896 P. v. J. 1896 no. 54; Rbk. Dordrecht 18 Juli 1912 W. 9402; Rbk. Rotterdam 24 Juni 1914 W. 9727; idem 14 Oct. 1914 W. 9815. Slechts dan ligt de zaak anders, indien partijen hebben afgesproken, dat een bepaalde derde onderdeelen zal leveren. De schuldeischer heeft dan als het ware het risico van diens wanpraestatie op zich genomen. Vgl. hierover later. Intusschen kan de tusschen de partijen gesloten overeenkomst zoo geredigeerd zijn, dat men kan aarzelen of de schuldenaar zich achter het verzuim van zijn leverancier kan verschuilen. Vgl. Rb. A'dam, 21 Nov. 1913 W. 9581. (Debiteur moest goed leveren, waarbij conditie was, dat het verven door een bepaalde fabriek zou geschieden, tenzij dit onmogelijk was door Störung des Betriebes.) De debiteur die niet praesteert, omdat hij geen voldoende aantal werklieden ter zijner beschikking heeft, zal in het algemeen ook weer niet overmacht kunnen pleiten. Hij behoort door meer personeel aan te nemen of een gedeelte van het werk uit te besteden, te zorgen, dat hij praesteeren kan: Hof Amsterdam 11 Mei 1914 W. 9717. Ook in dit

geval is er bij den schuldenaar nalatigheid, niet-handelen, waardoor wanpraestatie wordt veroorzaakt. Evenzoo kan staking niet als overmacht gelden, indien de debiteur meer strike-breakers had kunnen laten overkomen en zoo aan zijn verplichtingen had kunnen voldoen: Rbk. Rotterdam 26 Mrt. 1913 W. 9512.

E. Kan de schuldenaar voor de daad van een derde aansprakelijk gesteld worden, als hij — niet zelf — de wanpraestatie veroorzaakt door een derde de schadebrengende daad op te dragen of door in strijd met zijn plicht niet te verhinderen, dat de derde wanpraestatie veroorzaakt? Het antwoord moet bevestigend luiden. Slechts zal den schuldenaar nooit eenige aansprakelijkheid treffen, indien de daad van den derde voor hem overmacht vormt, want steeds moet er bij den debiteur schuld, gebrek aan zorg zijn. Dit element mag bij hem niet ontbreken, ook al gaat de daad van een derde uit. Vastgesteld moet dus worden, wanneer de daad als overmacht mag worden beschouwd. Om dat te kunnen doen, dient men een onderscheiding te maken met het oog op den persoon van den handelenden derde.

1. Deze kan zijn: Een willekeurig persoon, d.w.z. iemand, die geheel buiten den wil van den dibiteur invloed op de vervulling van zijn verplichtingen uitoefent, die door zijn daden den schuldenaar verhindert behoorlijk te praesteeren, b.v. de te leveren zaak vernietigt. Mogelijk staat de derde in geenerlei verhouding tot den debiteur — men zou hem dan een wildvreemde kunnen noemen, zooals b.v. de dief die het geleende goed den leener ontsteelt of het huurhuis beschadigt. Maar de ondergeschikte van den schuldenaar, of hij, aan wien deze iets heeft opgedragen, handelt eveneens als willekeurig derde, indien het hem opgedragen werk in geenerlei verband staat met de verplichtingen, welke de schuldenaar niet is nagekomen. Ondanks de omstandigheid dat tusschen den schuldenaar en den derde

een relatie bestaat, blijft deze „wildvreemde," zoolang hij niet uit kracht van die relatie op de vervulling van de verbintenis vermag in te werken. Als A, de gelukkige bezitter van twee paarden, paard 1) verkoopt aan B, en aan C opdraagt paard 2) uit de weide te gaan halen, heeft men in de handeling van C. die paard 1) doodschiet, de daad van een willekeurig derde te zien. Zoo moet men ook aannemen, dat schip 1) van den reeder door een willekeurig derde overvaren is, al is het ongeluk veroorzaakt door een fout van den schipper J. van schip 2), dat aan denzelfden reeder toebehoort. Met het oog op de wanprestatie, terzake waarvan de eigenaar van paard 1) op grond van het koopcontract door den kooper en de reeder van schip 1) krachtens het vervoercontract door de eigenaars der daarin gestuwde lading zal worden aangesproken, handelde C en J als een „wildvreemde" derde. De als derde op de vervulling van de verplichtingen van den verkooper en den vervoerder inwerkende C en J greep in de verhouding tusschen den verkooper en den kooper en tusschen den vervoerder en den inlader in, onafhankelijk van de betrekking, tusschen hem en den debiteur bestaande. Zijne relatie tot den schuldenaar verschafte hem niet de gelegenheid de verschuldigde praestatie in gevaar te brengen. Hij trad op, onafhankelijk van, niet ter uitvoering of bij gelegenheid van een opdracht met betrekking tot het koopcontract of de vervoerovereen komst, aan hem door den schuldenaar verstrekt. (F.).

2 De daad, die tot het verzuim van den schuldenaar voert, kan echter ook uitgaan van iemand, die met den wil van den debiteur aan de uitvoering van de verbindtenis, aan het tot stand komen der praestatie meewerkt. Dat is o.a. het geval, als de knecht, dien de kleermaker het herstelde pak laat opstrijken het kleedingstuk verschroeit; als de besteldienst, die de koopman de verkochte goederen laat thuis bezorgen, ze beschadigt; als de leverancier, van wien men onderdeelen betrekt ze niet levert of als de

vriend, dien men in zijn huurhuis te logeeren heeft, dit beschadigt. (G.)

F. Willekeurige derde. Vormt de daad van iemand, die geheel buiten den wil van den debiteur handelend behoorlijke praestatie onmogelijk maakt, voor den schuldenaar overmacht, indien hij de daad niet door zijnerzijds te handelen kon en moest voorkomen? Van dit laatste zal de debiteur steeds bewijs moeten leveren. Slaagt hij daarin niet, dan is hij aansprakelijk wegens eigen nalatigheid. Maar de vraag is of zijn zorg niet grooter omvang moet hebben en hij ook schuld heeft, al handelde een derde, wiens daad hij niet kon voorkomen. Verschillende gevallen dient men uiteen te houden.

a) Het gaat om een bepaalde zaak. De vervoerder kan de lading niet uitleveren, doordat zijn schip door een ander vaartuig is overvaren. Door het boven omschreven bewijs te leveren bevrijdt zich de vervoerder, want de daad van den derde kan men gelijk stellen met ieder ander onheil, waartegen voldoende voorzorgsmaatregelen zijn genomen, als storm, het loopen op een mijn, enz. De huurder kan volstaan met bewijs, dat hij zijn huis behoorlijk heeft afgesloten en is dan niet aansprakelijk voor schade door een inbreker aan het huis toegebracht. In dezen zin Ktr. den Haag 18 Nov. 1912 W. 9576 [1]). Moet A. aan B. een paard, dat hij van dezen ten gebruike heeft, teruggeven en wordt het bij het overbrengen naar den stal van B. door een Zondagsjager doodgeschoten, dan is A. niet aansprakelijk, mits hij bewijst, dat hij het ongeluk niet kon voorkomen. Wel zal B schadevergoeding van hem kunnen verkrijgen, als A. het paard leidt over een weg, die onveilig is door militaire schietoefeningen, kenbaar door roode vlaggen. In dit geval berust de aansprakelijkheid van A. echter niet op

[1]) gebrek aan zorg bij den huurder is niet gebleken, de schade door de inbraak teweeggebracht is ontstaan buiten schuld van den huurder.

de daad van een derde, maar op eigen onvoorzichtigheid.

Hetzelfde zal gelden, indien de derde een ondergeschikte is van den schuldenaar of iemand, aan wien deze iets heeft opgedragen, aangenomen altijd, dat de opgedragen werkzaamheden met de verplichtingen van den debiteur niets hebben uit te staan. Voor zoover betreft de verplichting van den kleermaker om een pak te herstellen, bestaat er geen verschil tusschen het geval, dat de portier van den kleermaker brand sticht, waardoor het magazijn afbrandt en de kleermaker het pak niet kan teruggeven, en het geval, dat een anarchist door het werpen van een bom het huis verwoest met hetzelfde gevolg. De daad van beide derden dient met het oog op de contractueele verplichtingen, van den kleermaker op dezelfde wijze gewaardeerd te worden. De oplossing zou in anderen zin moeten luiden, indien het de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gold, maar daar gaat het hier niet om. Evenmin als de schuldenaar instaat voor de daad van den anarchist, staat hij, volgens zijn overeenkomst, in voor de handeling van den portier, als hij maar bewijst, dat hij voor het pak de noodige zorgen heeft gedragen. Zoo ook is A, indien hij twee paarden op stal heeft, waarvan hij no. 1) moet leveren aan B. en no. 2) door den veearts laat doodschieten, niet contractueel aansprakelijk ingeval de veearts ook paard 1) doodschiet en A. voldoende maatregelen heeft genomen om de vergissing te voorkomen. Slechts in zoover heeft het verstrekken van de opdracht invloed op A.'s aansprakelijkheid, als hij, naarmate de gevaarlijkheid van de verrichting, die in denzelfden stal zal plaats hebben, waar het te leveren paard staat, grooter is, des te meer voorzorgsmaatregelen moet nemen om misslagen te voorkomen. Nooit berust hier echter de aansprakelijkheid op de opdracht. Als de schuldenaar aansprakelijk is, rust zijn verantwoordelijkheid op het feit van de dooding in verband met de omstandigheid, dat hij de vereischte zorg niet

heeft betoond. Ook als de schuldenaar vergunt, dat een wildvreemde derde in den stal, waar het verkochte paard gestald is, zijn paard laat doodschieten, is dit een feit dat den schuldenaar tot grooter zorg verplicht.

b) De debiteur is generiek verbonden. Vernietigt de derde de zaak, welke de debiteur wil leveren, dan vormt dit geen overmacht. Werpt b.v. een straatjongen de glazen stuk, die die leverancier aan zijn klant wil bezorgen, zoo kan hij zich op dat feit niet beroepen, indien de glazen generiek bepaald zijn, want het is hem niet onmogelijk andere te leveren. Deze aansprakelijkheid berust dan ook niet op de daad van den straatjongen, maar op het feit, dat hij zelf niet levert, terwijl hij dit kan en nog moet doen. De daad van den derde is geheel onverschillig, want het komt niet op deze glazen aan, maar op levering van glazen. Tenzij de soort vergaan is, moet de debiteur leveren, hij kan zelfs niet volstaan met schadevergoeding.

De schuldenaar is dus voor daden van willekeurige derden, die de voorgenomen praestatie beletten, steeds aansprakelijk, tenzij zij tot vernietiging van de soort voeren.

G. De derde, wiens daad wanpraestatie veroorzaakt, treedt op met den wil van den debiteur, die niet door doen noch nalaten oorzaak van de schade is.

1. Wanneer werkt de derde met den wil van den debiteur, op de voldoening aan de overeenkomst in? Het onderscheid met den willekeurigen derde ligt daarin, dat de derde handelt met toestemming van den debiteur. Deze geeft hem opdracht tot geheele of gedeeltelijke praestatie, laat toe, dat hij invloed op de praestatie uitoefent. Het komt daarom aan op den wil van den schuldenaar[1]). Om

[1]) Becqué t.a.p. blz. 297 „Pour que le débiteur réponde de son auxiliaire, il est nécessaire que celui-ci agisse avec sa permission, conformément à sa volonté expresse ou tacite"; § 278 B.G.B. „deren er sich ... bedient"; Oertmann § 278 aant. 2 b β, Dernburg II 2 blz. 172; art 101 S. O.R.: „wer ... vornehmen läszt."

uit te maken of de wanpraestatie op rekening van den schuldenaar mag worden gesteld, dient te worden nagegaan, op welke wijze hij de praestatie bewerkt en daarvoor beslissend is of de debiteur de medewerking van den derde gewild heeft.

Of de vereischte wil bestaat, moet beoordeeld worden naar de omstandigheden. Het is een kwestie, welke uit de feiten beantwoord moet worden. Ook hier beslist de opvatting van het verkeer. Mag men, gelet op de feitelijke gegevens aannemen, dat een redelijk man, in de positie van dezen debiteur verkeerend, den wil heeft, dat de derde voor hem optreedt, hem bij praestatie helpt? De vereischte wil bestaat bij den schuldenaar, die een onderdeel van een derde betrekt, een derde het herstelde voorwerp bij den schuldeischer laat bezorgen, zijn knecht het huurhuis laat schoonmaken, den gast in dit huis in ontvangt. Geen bezwaar is, dat de schuldenaar de handeling zelf niet kan verrichten en zijn wil dus niet vrij is. Al is hij genoodzaakt een derde te gebruiken, hij heeft de praestatie op zich genomen en wil dan ook de inwerking van den derde, dien hij daartoe niet missen kan. De aannemer kan b.v. zelf het huis niet bouwen, maar heeft daartoe werklieden noodig, de fabrikant is niet in staat de machine te vervaardigen [1]). De debiteur behoeft niet te weten, welke derde het werk uitvoert. Voldoende is, dat hij een van zijn bedienden het opdraagt, dat hij de administratie van de fabriek de opdracht geeft en deze het een werkman opdraagt. Maar niet kan men zeggen [2]), dat de tramwegmaatschappij bij het vervoer van personen ook den bestuurder van een harer andere wagens, die het rijtuig aanrijdt, waarin de passagier zich bevindt, gebruikt om diens ver-

[1]) Zoo: ziekenhuis laat een chirurg de operatie verrichten, R. G. 30 Oct. 1906 E. Bnd. 64 blz. 231: toepasselijkheid van § 278 hangt alleen daar van af, dat hij zich tot praestatie heeft verplicht.

[2]) zooals R. G. 9 Dec. 1913 E Bnd. 83 blz. 343.

voer te bewerkstelligen. De zorg voor het behoorlijk vervoer is alleen aan het personeel van den vervoerenden wagen opgedragen. Voor zoover het personeel van den aanrijdenden wagen betreft, bestaat er delictueele aansprakelijkheid.

Daarentegen bestaat de vereischte wil nooit ten aanzien van de handelingen van den zaakwaarnemer, voor wien de debiteur dan ook niet aansprakelijk te stellen is, tenzij hij de handeling achteraf goedkeurt [1]).

De wil van den derde is van geen belang. Het doet er niet toe, of hij voor den schuldenaar wil werken, want tegenover den crediteur komt het er alleen op aan, hoe de debiteur handelt. Daarvan zal afhangen of er overmacht is. Men gaat, door een wil bij den derde te vereischen, beteekenis hechten aan het motief, waarom hij werkte (fabrikant maakt machines ten verkoop, later koopt de debiteur een daarvan) en dat doet niet ter zake.

Is de debiteur een rechtspersoon, dan zal hetzelfde gelden. Bij den rechtspersoon, de gezamenlijke leden, bestaat de wil, dat de derde voor hen handelt. Het bestuur is, zooals boven werd uiteengezet, eenvoudig derde, die de verbintenissen van den rechtspersoon voor hem en dus met zijn wil uitvoert. Hetzelfde geldt voor de andere personen, die hij in zijn dienst laat werken. In zoover bereidt de rechtspersoonlijkheid hier geenerlei moeilijkheden.[2])

De wilsverklaring van den schuldenaar, op grond waarvan de derde op de praestatie vermag in te werken, kan verschillenden invloed hebben. Vooreerst kan de debiteur aan den derde bepaalde handelingen opdragen. De schuldenaar laat b.v. een derde voor zich werken, de praestatie geheel of ten deele door een ander uitvoeren. Een timmerman laat zijn knecht de bestelde kast maken, een verkooper laat den notaris het huis aan den kooper overdragen, een

---

[1]) Oertmann § 278 aant. 3, Dernburg II 2. blz. 172, die echter zelfs bij bekrachtiging aansprakelijkheid ontkent.

[2]) Becqué t. a. p. blz. 298.

expediteur laat een tusschenexpediteur het vervoer bezorgen. Een debiteur besteedt het werk geheel of ten deele uit. Een aannemer van een huis laat door een ander het heiwerk verrichten, een juwelier laat het hem opgedragen zetten der diamanten in een fabriek bewerkstelligen, een vervoerder laat zijn schip door een sleepboot sleepen. Of de debiteur betrekt van een ander materialen om te kunnen praesteeren. Een automobielhandelaar bestelt een motor aan een fabriek, een scheepsbouwer koopt stalen platen om het schip te kunnen bouwen. Het kan echter ook heel goed zijn, dat de schuldenaar zich ertoe bepaalt aan den derde inwerking op de vervulling van zijn verplichtingen toe te staan. Dit zal bepaaldelijk kunnen voorkomen, als de schuldenaar gehouden is zorg te dragen voor zekere voorwerpen. Zoo is de huurder verplicht om het gehuurde behoorlijk te gebruiken; de bruikleener, de bewaarnemer om de geleende of in bewaring genomen zaak niet te beschadigen. Als de knecht van den huurder in het gehuurde huis woont, als de vrouw van den huurder met het gehuurde paard rijdt, laat de schuldenaar toe, dat zij op het volbrengen der praestatie inwerken. Gaarne zij toegegeven, dat deze tegenstelling tusschen „opdracht" en „vergunning" niet principieel is. Zij vergunt echter de onderscheiden hier in aanmerking komende gevallen te groepeeren, en vergemakkelijkt het overzicht. Terloops mag hier eindelijk worden opgemerkt dat deze groepeering niet samenvalt met die van Nussbaum (in echte en unechte Verbindlichkeiten), want deze onderscheidt naar den aard van de verplichtingen, terwijl het hier betreft de wijze waarop de debiteur wil dat de derde meewerkt.

De kwaliteit van den derde doet niet af. Hij kan zijn ondergeschikte, in dienst van den debiteur, maar ook iemand die slechts in opdracht van hem handelt; zelfs ook enkel huisgenoot, vriend, gast. Onder de hier bedoelde derden valt ieder aan wien de debiteur toestaat, op de vervulling

van zijn verplichtingen in te werken. Terecht bevatten § 278 B. G. B. noch art. 101 S. O. R. [1]) in dezen geen beperking [2]) Ook een rechtspersoon kan derde zijn. Een debiteur betrekt b.v. grondstoffen van een naamlooze vennootschap.

Het gaat hier alleen om materieele daden. De derde verricht bepaalde handelingen voor den schuldenaar, waardoor deze in staat gesteld wordt den crediteur de praestatie aan te bieden. Hij handelt niet in diens naam met den schuldeischer, want zijn verrichting bestaat niet in het afleggen van een wilsverklaring tegen dezen, maar in een daad, welke buiten den schuldeischer om wordt verricht. [3]) Mag misschien al de derde de hoedanigheid van vertegenwoordiger ten opzichte van den debiteur bezitten, als zoodanig treedt hij hier niet tegenover den crediteur op. Ook doet de aard of het tijdstip van de handeling van den derde niet ter zake. Het is den crediteur in het algemeen onverschillig, wanneer en hoe de praestatie bewerkt is, mits hij maar behoorlijk praestatie ontvangt. Op dit laatste komt het aan. De derde veroorzaakt dus ook wanpraestatie, als hij een daad verricht, die onvereenigbaar is met de op den debiteur rustende verplichting tot niet-handelen. In verzuim komt dus b.v. een winkelier die zich verbonden heeft Sanatogen voor bepaalden prijs te verkoopen op grond van het feit, dat zijn bediende Rabattmarken uitgeeft [4]) In dit geval staat de winkelier toe, dat de derde invloed op zijn verplichting, niet te verkoopen beneden den bepaalden prijs, invloed uitoefent.

2. Geoorloofdheid van het gebruik van een derde. De debiteur kan zich niet op overmacht beroepen, indien het hem niet vrijstond een derde tot het bewerkstelligen van de

---

[1]) anders art. 97 (oud).
[2]) Zoo Becqué t.a.p. blz. 291 v. 296.
[3]) Becqué t.a.p. blz. 263.
[4]) R. G. 29 Maart 1906 E Bnd. 63 blz. 116.

praestatie te gebruiken en het ontbreken van de praestatie of de slechte hoedanigheid daarvan het gevolg van het verstrekken van een opdracht aan een derde is. Hier berust de aansprakelijkheid niet op de daad van den derde, maar op de opdracht, welke de schuldenaar niet had mogen geven. In beginsel is de schuldenaar hier dus steeds aansprakelijk. Slechts dan gaat hij vrij uit, indien de wanpraestatie niet een gevolg van de opdracht is. De schuldenaar bevrijdt zich dus door het bewijs, dat de schade ook zou zijn ontstaan, indien hij geen derde had gebruikt, aangenomen altijd dat hij niet uit anderen hoofde voor de wanpraestatie moet opkomen [1]).

Indien de debiteur zich niet van een derde tot vervulling van zijne verplichtingen mag bedienen, verkeert hij in eene veel ongunstiger positie dan wanneer hem dit vrijstaat. Daarin brengt de omstandigheid, dat de schuldenaar in dit laatste geval — afgezien van overmacht — aansprakelijk is, ook al heeft de derde geen schuld, geene verandering. Vgl. Becqué t.a.p, blz. 268, die aanhaalt Poitiers 12 déc. 1904 D 1905 2.454 (hout van een bosch verkocht met het oog op den persoon van den kooper, die het zelf moest hakken; de kooper draagt het een derde op, die brand veroorzaakt.) Daarom is het van groot belang vast te stellen, wanneer het geoorloofd is een derde te gebruiken.

Om het antwoord te vinden, maakt men wel onderscheid tusschen Gehülfe en Substitut. De eerste is een derde, die gedeeltelijk de praestatie bewerkt, aan wien bepaalde handelingen, tot de praestatie noodwendig, worden opgedragen. Substitut is hij, aan wien de debiteur de geheele praestatie opdraagt. B.v. de timmerman moet een kast leveren en draagt de vervaardiging daarvan aan zijn

---

[1]) Oertmann § 278 aant. 2, b γ.: aansprakelijkheid berust in dit geval op § 276, niet op § 278 B. G. B.

knecht op.[1]) De tegenstelling bezit niet veel waarde, want het doet er tegenover den schuldeischer niet toe, hoever de debiteur wil gaan in zijn opdracht. Het is voor dezen hetzelfde, of de helft, $^3/_4$, $^{99}/_{100}$ of het geheele werk door een ander wordt verricht, mits de debiteur maar behoorlijk praesteert. Dat de debiteur voor den substituut niet, althans in mindere mate aansprakelijk zou zijn, is daarom onjuist, omdat de debiteur altijd de aansprakelijke persoon blijft. Tusschen den derde en den schuldeischer bestaat geen rechtsband; deze kan alleen geschapen worden met den wil van den crediteur, die den derde als aansprakelijk persoon aanvaardde. Hoe belangrijk ook genoemd[2]), practische beteekenis bezit de onderscheiding niet. Ten aanzien van de geoorloofdheid van het gebruik van een derde kan tusschen helper en plaatsvervanger, geen onderscheid gemaakt worden.

Men kan zeggen, dat de schuldenaar zich in het algemeen van een derde mag bedienen, want den schuldeischer interesseert alleen, dat hij behoorlijke praestatie ontvangt, en het laat hem koud, hoe en door wien deze tot stand is gekomen. Vgl. art. 1418 lid 2 en 1419 B. W.: geen praestatie door derden „indien (de schuldeischer) belang heeft dat de daad door den schuldenaar zelven verricht worde." Uitdrukkelijk zal dus moeten blijken, dat het op de persoonlijke eigenschappen van den debiteur, als bekwaamheid, betrouwbaarheid, vakkennis aankomt, zal de medewerking van een derde uitgesloten geacht moeten worden. Het verbod zal moeten volgen uit de bepalingen van het contract, waarbij de schuldeischer zich persoonlijke praestatie bedingt, uit de wet (artt. 1595, 1639a, 1780, 1840 1° B.W.; vgl. § 664 B. G. B.) of uit den aard van de overeenkomst. A, die zich

[1]) Buiten beschouwing moet blijven de substituut, die geheel in de plaats van den debiteur treedt; de crediteur moet daartoe zijn toestemming geven, maar daardoor houdt de substituut op derde te zijn, en wordt hij zelf tegenover den crediteur verantwoordelijk voor de praestatie.

[2]) Becqué t.a.p. blz. 266. die daaruit echter geen conclusie's trekt.

een portret bij een beroemd schilder bestelt, behoeft niet tevreden te zijn met een conterfeitsel, dat de debiteur door een minder gewaardeerd kunstbroeder laat vervaardigen. (Land blz. 370 v.) Vgl. voor den advokaat: R. G. 8 Mrt 1901 E Bnd. 48 blz. 59: „in allen Angelegenheiten, die eine rechtliche Beurteilung erfordern, und namentlich bei der Entgegennahme wichtiger Aufträge, zu deren Verständnis und Ausführung Rechtskentnisse gehören, musz der Anwalt selbst thätig werden."

3. Is de debiteur aansprakelijk, als het optreden van den derde, wiens medewerking niet is uitgesloten, tot wanpraestatie voert? Generieke verbintenissen vallen buiten bespreking. Voor zoover deze betreft, is zelfs de daad van een „wildvreemden" derde geen overmacht, dus zeker niet de handeling van iemand, die in opdracht van den schuldenaar handelde. Laat de kruidenier zijn loopjongen de 10 K.G. bestelde suiker bezorgen en rijdt deze daarmee in het water, zoo kan de kruidenier zich onder geen voorwaarde op dit ongeval beroepen. Evenzeer is het bestaan van opdracht onverschillig ten aanzien van handelingen van derden, welke de schuldenaar door eigen daad had kunnen en behooren te voorkomen. [1])

Afgezien van deze gevallen komt in de eerste plaats de vraag aan de orde, of het voor den debiteur overmacht vormt, dat hij zelf niet goed wordt bediend. Kan hij zich te zijner bevrijding beroepen op het feit, dat zijn knecht de deuren van het bestelde kastje scheef maakte, dat de sleepboot, door welke hij zijn schip laat sleepen, verkeerd manoeuvreerde en daardoor de lading beschadigd werd, dat de hem geleverde machine een fout had? Moet de debiteur schade vergoeden, als zijn knecht, zijn kind het gehuurde huis beschadigt, als de besteller, dien hij het geleende goed laat terug bezorgen, dit beschadigt? Het

---

[1]) zie boven: D.

zou tegenover den schuldeischer onbillijk zijn, dezen onder die omstandigheden de schade te laten dragen. Het feit, dat de debiteur een derde gebruikt, gaat geheel buiten hem om. De debiteur moet de praestatie bewerken en is voor de wijze, waarop hij dat doet, aansprakelijk. Den schuldeischer gaat het niet aan, dat de debiteur zich van een derde bedient. Al weet hij, dat dit noodzakelijk is, hij heeft daar verder niets mee te maken, want de debiteur heeft de praestatie beloofd en aan hem moet hij zich houden. Van den derde zal de schuldeischer ingevolge het contract niets kunnen krijgen; er bestaat geen band tusschen hem en den derde. Indien de crediteur zich op den derde wilde verhalen, zou hij dezen wegens onrechtmatige daad moeten aanspreken, wat — behalve dat er dikwijls niet, in den zin van art. 1401, een onrechtmatige daad zal zijn gepleegd, omdat de handeling alleen met het oog op het contract onrechtmatig was — het bezwaar voor hem meebrengt schuld bij den derde te moeten bewijzen. Ook zal de derde veelal insolvabel zijn. Terecht zegt ook Tichelaar, Themis 1890, blz. 52, die den schuldenaar voor de daden der door hem gebruikte derden laat opkomen: „hetgeen zijn personeel daartoe (d. i. om de praestatie te bewerken) verricht, wil hij beschouwd zien als door hem zelf gedaan, hij levert het werk af, hij wordt er voor betaald, het wordt beschouwd als zijn werk". Vgl. in denzelfden zin Molengraaff, Leidraad blz. 416: „De daden van zijn personeel zijn *zijne* daden"; Becqué, t. a. p. blz. 282 v.: „La responsabilité du débiteur pour le fait de ses auxiliaires constitue en effet une impérieuse nécessité économique".

Daarom is B, bij wien A zijn jas laat repareeren, aansprakelijk, als de knecht van B er bij het opstrijken een gat in brandt, want hij (B) moet den jas in behoorlijken staat teruggeven. Niet anders staat het met de aansprakelijkheid van den juwelier, door wien A diamanten laat zetten. Als de juwelier het pakket met de kostbare steenen naar

een fabriek zendt en deze ze in onvoldoende verpakking terugstuurt, zoodat de diamanten verloren gaan, moet hij aan A schadevergoeding geven, want hij moet voor het behoud van de hem toevertrouwde steenen zorgen en is dus aansprakelijk, indien hij de zorg ervoor aan een ander overlaat en deze daarin nalatig is. Zoo moet ook B tegenover zijnen kooper A opkomen voor de fouten van de machine, die hij (B) op zijne beurt weer van een ander (C) betrekt. B is verantwoordelijk, want hij heeft niet behoorlijk gepraesteerd, hij moet zorgen, dat de fabriek hem een behoorlijke machine levert.

Ten aanzien van het laatste voorbeeld hebben enkele schrijvers bezwaren. Brodmann [1]) acht de aansprakelijkheid van B in dit geval zeer onbillijk. [2]) Hij brengt tegen de hier verdedigde oplossing in, dat uitgemaakt zou moeten worden, of de machine na de bestelling vervaardigd is of er vóór, of dat de debiteur (B) haar op zijne beurt besteld had juist om te kunnen leveren of al eerder, en of de fabrikant (C) wist, dat de machine aan een ander (A) geleverd moest worden. Maar dit is geheel overbodig, want op den wil van den derde komt het geheel niet aan, terwijl onder „gebruiken" van een derde ieder „gebruiken" of „gebruikt hebben" valt, onverschillig welk motief de derde of de debiteur leidde, want niet op het motief komt het aan, maar op de bedoeling van den debiteur om te „gebruiken" en die is in alle bovengenoemde gevallen aanwezig. Verder ontwikkelt hij het bezwaar, dat het bewijs voor den debiteur (B) zoo moeilijk en zwaar is, de fabrikant (C) kan licht zeggen, dat hij uitstekend staal van een ander (D) betrok, die leverancier (D), dat hij goede grondstoffen ontving, enz. Dit is zeker juist, maar in de eerste plaats stuurt

---

[1]) Ihering's Jahrbücher 58, blz. 232.

[2]) „Wer seine Unbefangenheit noch besitzt, wird einen solchen Versuch (n.l. dit geval onder § 278 B. G. B. te brengen) mit mir auch als unerträglich bezeichnen"; vandaar zijn beperking van § 278 tot ondergeschikten.

men bij niet-aansprakelijk-stelling van den debiteur (B) den schuldeischer (A) denzelfden weg op, terwijl hij dan bovendien nog bij ieder (C, D, enz.) bewijs van schuld zal moeten leveren, want hij moet zijne actie op onrechtmatige daad gronden. Practisch komt dit hierop neer, dat de schuldeischer B, op een enkele uitzondering na, de schade zal moeten dragen. Bovendien verkeert de debiteur (B) in zooverre in eene gunstigere positie dan de crediteur (A) dat hij, na A schadeloos gesteld te hebben, een regresvordering tegen den fabrikant C, die hem geen goed staal leverde, kan instellen, want deze kwam zijn contract tegenover hem (B) niet na; zoo ook deze op zijn leverancier, enz. [1])

Ook Heinsheimer [2]) past in dit geval § 278 B. G. B. niet toe en wel, omdat de derde geen handeling verricht, waartoe de schuldenaar zelf verplicht was. De derde levert niet aan den crediteur, maar levert aan den schuldenaar, die daardoor in staat wordt gesteld zelf te leveren. Hiertegen valt in te brengen, dat het er niets toe doet, wat voor handeling de derde verricht. 't Komt alleen aan op de verplichtingen van den debiteur en de wijze, waarop hij daaraan voldoet. Gebruikt hij daartoe derden, en dat doet hij, als hij van zijn leverancier de machine betrekt, dan staat hij daarvoor in. Ook § 278 maakt hiervoor geen beperking. Er staat heel ruim: „sich bedienen zur Erfüllung seiner Verbindlichheit", niet b.v.: „zich bedienen van een derde, dien hij laat praesteeren".

Moet dit alles nu gelden voor iedere daad van een derde, waardoor wanpraestatie veroorzaakt is? Dit zou te ver

---

[1]) Wat hij op blz. 235 zegt, dat het moet leiden tot aansprakelijkheid als iemand, die een toegangskaart voor een voorstelling heeft gekocht, deze aan zijn dienstbode heeft gegeven en de tribune stort in, waardoor zij wordt verwond, heeft hier niets mee te maken, want 1°. bestond er ten aanzien van het gaan naar de voorstelling geen contractsverhouding tusschen heer en dienstbode, en 2°. oefende zij zijn recht uit.

[2]) Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht 40, (1913) blz. 136.

gaan en het doel voorbij streven. Slechts in zoover is het billijk, dat de schuldenaar ook voor daden van derden aansprakelijk is, als de derden niet behoorlijk hebben gehandeld, als bij hen gebrek aan zorg aanwezig is.[1]) Op overmacht ten aanzien van den derde kan ook de debiteur zich beroepen, want de wijze, waarop dan de praestatie wordt bewerkt, is behoorlijk. Schuld bij den derde is voor aansprakelijkheid een vereischte. Daarom gaat de juwelier vrij uit, als de fabriek, waar hij de diamanten laat zetten, tijdens een revolutie verwoest wordt en de diamanten dientengevolge niet kunnen worden teruggegeven. Wordt de man van de dienstverrichting geheel buiten zijn schuld overreden, terwijl hij het voorwerp, dat A van B ten gebruike had, terugbezorgt, dan is A niet voor dien ondergang aansprakelijk. Indien is afgesproken, dat een bepaalde fabriek zal leveren en de debiteur niet kan praesteeren, doordat die fabriek in den oorlog wordt verwoest, dan vormt die omstandigheid overmacht voor hem. De huurder van een paard behoeft ook niet te betalen, als het dier tengevolge van zijn eigen schrikachtigheid, buiten schuld van dengeen, dien de huurder er mee laat rijden, door een auto wordt aangereden.

Het bovenstaande kan men in den volgenden regel samenvatten: draagt de schuldenaar de uitvoering van een of meer verplichtingen of een gedeelte daarvan aan een ander op, of laat hij een derde op zijn verplichtingen invloed uitoefenen, staat hij toe, dat een derde de zaak, voor welker behoud hij zorg moet dragen, gebruikt, dan is hij aansprakelijk, als hij die verplichtingen niet kan nakomen en dus niet- of niet-behoorlijk praesteert, doordat daden van den derde, niet in overmacht handelend, dit beletten.

---

[1]) Anders: Becqué, t. a. p. blz. 300, die echter van de objectieve overmachtstheorie uitgaat.

4. Vereischten voor de toepasselijkheid van den regel. Opdat de schuldeischer zich op dezen regel kan beroepen, moet er zijn wanpraestatie. Hij moet verder bewijs leveren, dat hij schade heeft geleden, doordat de verbintenis niet- of niet-behoorlijk is nagekomen. Vastgesteld moet dus vóór alles worden, welke verplichtingen volgens het contract, op den debiteur rusten, waartoe hij zich verbonden heeft. Is b.v. de debiteur, die aangenomen heeft briefkaarten naar hem door den crediteur ter hand gestelde cliché's te drukken, niet verplicht te voorkomen, dat misdrukken in den handel komen, dan is hij niet aansprakelijk, indien de derde, aan wien hij dat drukken heeft opgedragen, de misdrukken verkoopt. Volgt het tegendeel uit de bepalingen van de overeenkomst of brengt de opvatting van het verkeer mede, dat de schuldenaar uit een dergelijk contract daartegen waakt, dan is er wanpraestatie en kan hij zich niet op overmacht beroepen, als de derde ze in den handel brengt. De verhuizer, die aan een besteldienst opdraagt een spiegel van den door hem te vervoeren inboedel over te brengen, is contractueel aansprakelijk, indien deze onvoorzichtigerwijze bij het weghalen van den spiegel een schilderij beschadigt, want hij heeft den inboedel niet behoorlijk verhuisd. Dat met betrekking tot dergelijke gevallen verschil van gevoelen bestaat, blijkt uit het voorbeeld van Heinsheimer t. a. p. blz. 129, ontleend aan R. G. 29 Maart 1906 E. Bnd. 63 blz. 341: een knecht van een schilder laat in het huis, waar hij werken moet, de kraan van de waterleiding openstaan, nadat hij zijn handen gewasschen heeft. Heinsheimer stelt evenals het R. G. den schilder krachtens § 278 B. G. B. aansprakelijk op grond, dat op den schilder niet alleen rust de plicht behoorlijk zijn werk te volbrengen, maar zijn „allgemeine Diligenzpflicht ex contractu" ook omvat het werk zoo te verrichten, dat het huis daarbij geen schade lijdt. Het gaat echter niet aan alles tot contractueele verplichtingen

terug te brengen. Men zal toch niet kunnen volhouden, dat de schilder, als hij zelf de kraan heeft laten openstaan, ex contractu aansprakelijk is. Maar dan kan hij ook moeilijk contractueel aansprakelijk zijn, omdat zijn knecht dit verzuim pleegde. De reden, waarom men dit niettemin, voor het Duitsche recht, aannemelijk tracht te maken, verklaart, waarom men hier de werkelijkheid geweld aandoet. De aansprakelijkheid voor de door een derde gepleegde onrechtmatige daad, zooals § 831 D. B. G. B. die regelt, gaat eigenlijk niet ver genoeg. Daarom tracht men tot contractueele gehoudenheid te maken en als — onder het scherpere voorschrift van § 278 D. B. G. B. geplaatste — wanpraestatie voor te stellen, wat in waarheid niet als contractueele verbintenis noch als onvoldoende praestatie kan gelden.

Tot onderscheiden opvattingen geven ook de verplichtingen van den hotelier of den cafehouder aanleiding. Moet deze den gast een veilig verblijf in het gebouw waarborgen? En staat hij daarbij voor derden in? Josef [1]) antwoordt bevestigend: „Durch den Gasthausbetrieb macht der Wirt jedem, der das Grundstück betritt in der Absicht den „Wirthausvertrag" abzuschliesen, stillschweigend den Antrag auf Gewährung gefahrlosen Aufenthalts, also der Haftung für seine Angestellten". [2]) Het R. G. huldigde aanvankelijk (24 Juni 1904 E Bnd. 58 blz. 333) deze opvatting alleen voor de „Gasthausräume", niet voor toegangswegen. Later liet het die beperkingen vallen. (11 Nov. 1904 D. J. Z. 1905, kolom 122, 11 Dec. 1906 E. Bnd. 65 blz. 11). Eenzelfde kwestie rijst voor den winkelier ten aanzien van den kooper die in zijn winkel vertoeft. Vgl. R. G. 14 Juni 1910, E. Bnd. 74 blz. 124 (past § 278 niet toe); anders R. G. 7 Dec. 1911 E. Bnd. 78 blz. 239 (een bediende laat een klant rollen linoleum zien, waarbij hij deze zoo onvoor-

1) in Grüchot's Beiträge 52 (1908) blz. 535.
2) Zoo ook: Heinsheimer, Grünhut 40 (1914) blz. 130].

zichtig wegzet, dat ze omvallen en den klant wonden; uit de verbintenis volgt de verplichting in te staan voor leven en eigendom van de tegenpartij, al heeft deze plicht „mit der rechtlichen Natur des Verhältnisses im engeren Sinne nichts zu tun", het volgt noodzakelijk „aus seiner tatsächlichen Verhältnis".) Deze voorstelling staat met de werkelijkheid op gespannen voet. In al deze gevallen belooft de debiteur, de caféhouder of de winkelier, den schuldeischer (dat hij dit soms nog niet eens is, schijnt geen bezwaar het bestaan der contratueele verhouding toch aan te nemen) niet ongedeerd verblijf in zijn lokalen. Volgens zijn contract rust op hem niet de verplichting den gast of den kooper heelhuids af te leveren. Zeker moet hij zorgen, dat het verblijf in goeden toestand verkeert, dat geen kapstokken naar beneden kunnen vallen enz., maar die verplichtingen heeft hij, onafhankelijk van het bestaan van eene overeenkomst, in het algemeen na te komen. Indien hij ze niet vervult, treft hem aansprakelijkheid op grond van de regelen omtrent onrechtmatige daad. Voor daden van zijn personeel kan hij daarbij ook moeten opkomen. Deze verantwoordelijkheid gaat echter geheel buiten de aansprakelijkheid voor wanpraestatie om.

Tot dezelfde conclusie moet men komen voor den schouwburgondernemer. Deze garandeert ook niet veilig verblijf, maar belooft slechts het geven van een voorstelling. Valt een bezoeker in een opening, omdat het rooster niet goed gelegd is, dan berust de aansprakelijkheid daarvoor niet op zijn contract (anders R. G. 4 Febr. 1907 D. J. Z. 1907 kolom 481), want hij is evenzeer aansprakelijk, indien het een rooster geldt buiten den schouwburg en een voorbijganger er in valt. Ook voor daden van degenen, die de voorstelling geven, is de ondernemer niet contractueel aansprakelijk, indien een toeschouwer daardoor, b.v. tengevolge van het springen van een zuurstofapparaat, wordt verwond (anders R. G. 27 Sept. 1904 E Bnd 59 bl. 22.)

Daarentegen is het ziekenhuis contractueel aansprakelijk voor gebrek aan zorg bij het personeel. De verpleging der patienten neemt het ziekenhuis op zich; het laat die verplichting door zijn personeel uitvoeren. Indien onder verpleging geneeskundige behandeling is begrepen, staat het ziekenhuis ook voor fouten van den dokter ingevolge het contract in. Vgl. Dyon 18 mars 1903 D. 1904. 2. 134. Indien het ziekenhuis ook de zorg voor de operatie op zich neemt, niet alleen de operatiekamer beschikbaar stelt, maar tegen extra-betaling zich verbindt de operatie te doen uitvoeren, is het voor daden van den operateur aansprakelijk, als deze schuld heeft, gelijk ook voor die van de verpleegsters, die assisteeren (Vgl. R. G. 30 Oct. 1906 E. Bnd. 64 blz. 231; 9 Juli 1913 E. Bnd. 83 blz. 71). Hetzelfde geldt voor hem, die op zich heeft genomen voor behandeling bij ziekte te zorgen, b.v. voor de verzekeringmaatschappij, die de behandeling der verzekerden aan een ziekenhuis overdraagt. (Vgl. R. G. 3 Oct. 1904 E Bnd 59 blz. 197 en 1 Oct. 1910 E bnd. 74 blz. 163, waarbij § 278 niet werd toegepast op grond van publiekrechtelijke verhouding.) Door het Cours d'appel de Paris 30 juin 1913 D. 1915. 2.49 werd de aansprakelijkheid in een dergelijk geval ten onrechte uit art. 1384 C.c. afgeleid. Een spoorwegmaatschappij verschafte hare beambten kostelooze geneeskundige behandeling en had daarvoor een dokter in haar dienst. Niettegenstaande herhaalde oproepen verscheen deze niet, en zijn verzuim had den dood van een beambte ten gevolge. De maatschappij was contractueel verbonden tot behandeling en gebruikte een derde daartoe. Voor de gevolgen van zijne nalatigheid moest zij dus contractueel opkomen. [1])

Bestaat er geen wanpraestatie en heeft de derde, handelend voor den debiteur, den schuldeischer niettemin

---

[1]) Over aansprakelijkheid van den patroon voor ongelukken, den werkman overkomen, en de verplichtingen van den vervoerder van personen hieronder blz. 103 en 114.

schade toegebracht, dan geldt de regel niet, want in dit geval moet de benadeelde zich beroepen op art. 1403 B. W. Van aansprakelijkheid uit contract kan men dan niet spreken. [1]) De regel is daarom niet toepasselijk ten aanzien van derden, die hulp verleenen bij het tot stand komen van een overeenkomst (z.g. culpa in contrahendo). Dan bestaat er nog geen contract en is wanpraestatie dus uitgesloten.

De vraag of ook schade, door den derde, den schuldeischer *bij gelegenheid van de uitvoering* toegebracht, onder den regel valt, is hiermee tevens beantwoord. Zij biedt geen moeilijkheden meer, als men slechts bedenken wil, dat ook hier geen wanpraestatie plaats heeft. Contractueele aansprakelijkheid is daarom uitgesloten. De crediteur zal den schuldenaar krachtens de artt. 1401 vlg. voor de onrechtmatige daad van zijn helper moeten aanspreken.

Het tweede vereischte voor de contractueele aansprakelijkheid van den debiteur is, dat de derde schuld heeft. De crediteur zal die schuld echter niet behoeven te bewijzen, hij kan volstaan met het bewijs van de wanpraestatie en zijn schade. Te zijner bevrijding moet de schuldenaar hiertegen overmacht aantoonen. [2]) Dat kan hij doen door het bewijs van ontbreken van schuld bij den derde te leveren. Of deze schuld heeft, moet beoordeeld worden naar de omstandigheden van het geval. Hoe zou een redelijk mensch in de positie van dezen derde gehandeld hebben? Dat is de kwestie, die beantwoording vordert. Ook hier vindt dus objectieve beoordeeling van een subjectieve positie plaats. De omstandigheden, die daarbij in aanmerking komen zijn de verplichtingen, welke op den schuldenaar rusten, deze zijn tegenover den crediteur alleen van invloed. Geen belang heeft de rechtsverhouding tusschen debiteur en derde, want deze raakt den schuld-

[1]) Becqué t.a.p. blz. 304, anders voor § 278 blz. 307.

[2]) Zie Inleiding.

eischer niet. Het komt dus alleen op de voor den debiteur geboden zorg aan. Dat erkent ook § 278 B. G. B. Toch is de daar gegeven omschrijving „in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden" minder gelukkig, omdat die woorden aan bepaalde soorten schuld (lichte schuld, culpa lata) doen denken. Die onderscheiding is verwerpelijk. Zeker is de schuldenaar, naar gelang van de omstandigheden, tot meer of minder zorg gehouden. Tekortkoming in de vervulling van die verplichting vormt echter steeds de een en dezelfde schuld. Ook voor opzet zal de schuldenaar instaan, want de derde, die opzettelijk handelt, verkeert zeker niet in overmacht. [1]) Het geeft geen moeilijkheden, mits men wanpraestatie als voorwaarde voor de aansprakelijkheid van den schuldenaar eischt. Acht men het voldoende, dat de schade ontstond *in de uitvoering* van het contract, dan wordt het een lastig uit te maken vraag, of men nog spreken kan van handeling *in uitvoering,* indien de derde opzettelijk de uitvoering niet bewerkt.

De wanpraestatie kan veroorzaakt worden door een handeling van een derde, optredend voor een debiteur, die niet mocht handelen. De derde moet schuld hebben, hij moet weten, dat de debiteur verplicht was niet te handelen, zal deze tot vergoeding gehouden zijn. Zoo oordeelde het R. G. 29 Mrt. 1906 E Bnd. 63 blz. 116. Anders dacht het daarover in zijn arrest van 8 Mrt. 1912 E Bnd. 79 blz. 36. De gedaagde had zich verbonden geen melk te betrekken uit een bepaalde streek. Hij doet dit toch, doordat de vereeniging, waarvan hij de melk betrekt, deze uit de verboden streek laat komen, niettegenstaande haar was medegedeeld, dat dit niet mocht. Het R. G. ontkent de aansprakelijkheid van den schuldenaar, omdat de door de vereeniging aan haar contract gegeven uitvoering niets met de verplichtingen van den debiteur tegenover diens

[1]) Becqué t.a.p. blz. 300.

schuldeischer had uit te staan. Die opvatting verliest echter uit het oog, dat de overeenkomst tusschen schuldenaar en schuldeischer de wijze bepaalt, waarop de debiteur zijn verplichtingen had na te komen. Hij liet de vereeniging daarop invloed uitoefenen en staat dus voor haar daden in. Had de vereeniging geen schuld gehad, doordat zij van de verplichtingen van den debiteur niets wist, zoo zou bij dezen zelf de nalatigheid (schuld) bestaan hebben, want hij had moeten waarschuwen, [1]) en zou hij dus op grond van zijn eigen verzuim verantwoordelijk zijn geweest.

5. Grondslag der aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid voor derden berust op schuld, want voor den debiteur vormt de daad van den derde geen overmacht. Hieruit volgt, dat, uitgaande van de opvatting, dat schuld en overmacht aan elkaar grenzende begrippen zijn, de debiteur schuld heeft, indien de derde de wanpraestatie veroorzaakt, doordat hij anders handelt dan behoorlijk is. Het zou verkeerd zijn te spreken van den derde als vertegenwoordiger van den debiteur; [2]) te zeggen dat hij is „faktischer Stellvertreter". [3]) Met dergelijke formules geeft men slechts een beeld, een vergelijking, maar verklaart men niet, waarop de aansprakelijkheid steunt. De daad van den derde is geen overmacht — de gronden voor deze opvatting werden onder 3 uiteengezet — dus bestaat er schuld bij den schuldenaar. Zoo zegt ook Heinsheimer t.a.p. blz. 126, dat het hier gaat om „nähere Bestimmung des Verschuldungsprinzips für Obligationsverhältnisse", want de handeling van den derde is geen toeval, maar „eine in diese (Schuldner-)Sphäre fallendes Verschulden einer kraft seines Willens zu dieser Sphäre gehörenden Person", „Sie (de aansprakelijkheid) fällt nicht aus dem Verschuldungsprinzip heraus, sondern offenbart erst dessen

---

1 Zie Hof Amsterdam 1 Mei 1914 W. 9705.

2) Tichelaar Themis 1890 blz. 52.

3) Dreyer, Verhandlungen des XVIIten deutschen Juristentages I blz. 95.

wahre Bedeutung". Ten onrechte motiveert hij deze opvatting echter met de bewering, dat in plaats van den schuldenaar treedt „sein Unternehmen". Maatschappelijk is dat wel zoo, maar juridisch komt het toch steeds op schuld in den persoon van den schuldenaar aan. Deze staat tegenover den crediteur, niet de onderneming.

Becqué t.a.p. blz. 285 v. grondt de aansprakelijkheid op de „extériorité" van de daad van den derde. Hij gaat uit van de objectieve overmachtsleer. De schuldenaar moet niet alleen vrij van schuld zijn, de daad moet ook van buiten aankomen. Handelt een derde met den wil van den debiteur, dan kan men niet van extériorité spreken en is dus beroep op overmacht uitgesloten. De objectieve overmachtsleer dient echter te worden verworpen. De omvang van de zorg, tot welke de schuldenaar in ieder bijzonder geval is gehouden, bepaalt telkens, waar de overmacht begint. Er zijn geen feiten aan te wijzen, die op zichzelf steeds overmacht vormen. Bovendien leidt Becqué's leer tot de opvatting, dat de debiteur voor alle daden van den derde in moet staan, ook voor die welke buiten zijn schuld plaats hebben. Vgl. a. w. blz. 303. Dit streeft, zooals werd uiteengezet, de billijkheid voorbij.

6. Verhaal op den derde. De crediteur kan ook rechtstreeks den derde aanspreken, maar hij zal dan moeten bewijzen, dat hij schade leed door een onrechtmatige daad van den derde en dat deze anders handelde, dan hij behoorde. De daad zal dus afgezien van het contract onrechtmatig moeten zijn. Immers tegenover den derde kan hij zich op de overeenkomst met den schuldenaar niet beroepen. Zie art. 349 K.

Belangrijker is de vraag of de debiteur verhaal heeft op den derde.[1]) Het hangt af van de verhouding tusschen debiteur en derde. Bestaat er tusschen hen een contract,

[1]) zie Becqué t.a.p. blz. 320.

dat den derde tot praestatie verplicht, dan zal de schuldenaar zich daarop als schuldeischer kunnen beroepen, indien de derde zijn verplichtingen daaruit niet is nagekomen. Een leverancier heeft b.v. slechte waar geleverd; een onderaannemer heeft verkeerd gebouwd; een sleepboot heeft verkeerd gemanoevreerd (Vgl. art. 345 l. i. K.) Dat sluit niet uit, dat de debiteur misschien toch de geheele schade of een gedeelte daarvan moet dragen, omdat de omvang van de aansprakelijkheid van den derde kleiner is dan de zijne. Dat is o.a. het geval, als een huurder het gehuurde om niet in bewaring geeft aan een vriend (voorbeeld van Becqué). Deze laatste zal zich immers eerder op overmacht kunnen beroepen dan de debiteur zelf, want de omstandigheden, welke ter bepaling daarvan in aanmerking komen, zijn verschillend. Dergelijke beperkingen van het regres van den schuldenaar, die ook op uitsluiting van aansprakelijkheid voor den derde kunnen berusten, hebben ten aanzien van het den crediteur toekomend verhaalsrecht geen invloed. Deze kan volledige vergoeding vragen van den schuldenaar, al moet die de schade geheel of gedeeltelijk zelf dragen. Bestaat er geen contractueele verhouding tusschen den schuldenaar en den derde, die met toestemming optreedt (b.v. kinderen, gasten, die het huurhuis bewonen of gebruiken) of schendt de derde door zijn schade toebrengende daad niet zijn contractueele verplichtingen jegens den debiteur (b.v. iemand in dienst bij den debiteur beschadigt een door dezen gehuurd voorwerp, waarvan het gebruik hem is toegestaan), dan zal de schuldenaar den derde alleen kunnen aanspreken, als deze onrechtmatig handelde en schuld heeft. De debiteur zal zijn actie in dit geval op art. 1401 B.W. moeten baseeren, want de derde was niet in wanpraestatie.

7. Is de hiervoor geformuleerde regel in de wet uitgesproken? De aansprakelijkheid van den schuldenaar wordt in den aangegeven zin niet met zooveel woorden erkend, maar

de wet bevat toch eenige artikelen, welke een toepassing van het beginsel inhouden. In artt. 1280 en 1281 B.W. gaat de wet uit van de aansprakelijkheid voor schuld, d.w.z. de schuldenaar moet de geleden schade vergoeden, indien hij niet heeft gezorgd als een goed huisvader (art. 1271 B.W.). Hoever ten aanzien van derden die zorg zich uitstrekt, wordt evenwel niet gezegd. Ten aanzien van den schuldenaar van een zekere en bepaalde zaak bepaalt echter art. 1427 B.W., dat hij aansprakelijk is voor verminderingen daaraan veroorzaakt „door de schuld of het verzuim van zoodanige personen, voor welke hij verantwoordelijk is." Wie zijn deze personen, waarvoor de debiteur aansprakelijk is? Zooals boven bleek, gebruikt de wet eenzelfde uitdrukking in art. 1403 l. 1. B. W. Volgens art. 1427 B.W. zal dus de schuldenaar voor dezelfde personen contractueel aansprakelijk zijn, als voor welke art. 1403 hem aansprakelijk stelt wegens onrechtmatige daad van derden. Niet art. 1403 (waartegen Karsten Themis 1873 blz. 423) wordt dus toegepast op de aansprakelijkheid uit overeenkomst — al zou daartegen geen overwegend bezwaar behoeven te worden gemaakt (Zie Inleiding) — maar het in art. 1427 erkende principe der tot daden van derden uitgebreide aansprakelijkheid. Zeker vallen zoo onder art. 1427 ondergeschikten, ter uitvoering van een contract optredend (art. 1403 l. 3) Vgl. Asser-van Goudoever blz. 124. Men dient echter verder te gaan, zooals P. S. in zijn onderschrift in W. P. N. R. no. 2279 terecht opmerkt. Behalve de aansprakelijkheid voor ondergeschikten regelt art. 1403 ook die voor andere personen: voor hen, die met den wil van den aansprakelijk te stellen persoon hebben gehandeld, voor hen, die, in zijn opdracht of met zijn toestemming handelend, in het kader daarvan een ander schade hebben toegebracht. Ook voor deze personen geldt art. 1427. Ook voor hen is de schuldenaar dus aansprakelijk, indien zij met zijn wil op de vervulling van zijn verbintenis inwer-

ken en daarbij door hun schuld wanpraestatie veroorzaken.

Wat in art. 1427 B. W. gezegd wordt omtrent den schuldenaar van een bepaalde zaak, is een toepassing van den hierboven geformuleerden algemeenen regel, dat de debiteur instaat voor derden, aan wie hij inwerking op de voldoening van zijn verbintenis vergunt. Dat het ook voor verplichtingen, niet bestaande in de levering van een bepaalde zaak, geldt, blijkt uit eenige andere wetsartikelen, waarin de schuldenaar voor daden van derden wordt aansprakelijk gesteld. Zoo is de huurder verantwoordelijk voor schade door huisgenooten aan het gehuurde huis toegebracht. De huurder laat toe, dat de huisgenooten het gehuurde gebruiken. Daartoe is hij gerechtigd, maar hij staat daarom ook ervoor in, dat zij niet door hun schuld schade toebrengen (art. 1602 B. W.). Op soortgelijke wijs is de aannemer verantwoordelijk voor de daden van degenen, die hij in het werk stelt (art. 1649 B. W.). Dit artikel ziet geenzins op de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden door deze personen bedreven [1]). Die is geregeld in art. 1403 en art. 1649 zou daardoor overbodig zijn. Deze bepaling regelt de aansprakelijkheid van den aannemer als zoodanig d.i. dus tegenover den aanbesteder [2]) Hij moet vergoeding geven, indien hij zijn verplichtingen niet nakomt, ook als dit een gevolg is van daden van degenen, die hij aanwendt om het werk uit te voeren. Vgl. Tichelaar Themis 1890 blz. 52; Molengraaff blz. 416. De woordenkeus van het artikel is zeer ruim. Daarom gaat het niet aan het voorschrift enkel te laten slaan op de personen, in art. 1403 lid 3 bedoeld.

---

[1]) zoo: Diephuis XII blz. 369; Opzoomer op art. 1649; voor 1797 C.c. Baudry Lacantinerie-Wahl XIX no. 2959.

[2]) Rbk. Amsterdam 26 Mrt. 1880 W. 4501: art. 1649 behandelt alleen de verantwoordelijkheid van den aannemer tegenover den aanbesteder; Rbk. Rotterdam 19 Juni 1882 W. 4802: art. 1649 heeft betrekking op de contractueele verbintenissen, voortspruitende uit aanneming van werk.

Ook de herbergier is contractueel verantwoordelijk voor schade, door den reiziger in zijn goederen geleden door daden van bedienden van den herbergier (art. 1747 B. W.). Daarentegen maakt art. 1840 B. W. een uitzondering. Heeft de lastgever toegestaan, dat de lasthebber een ander in zijn plaats stelt, dan is deze voor den plaatsvervanger niet aansprakelijk, tenzij de lasthebber een onbekwaam persoon heeft gekozen. In dit laatste geval berust, evenzeer als in het in art. 1840 1° genoemde geval van opdracht aan een derde, terwijl dit niet toegestaan was, de aansprakelijkheid van den lasthebber op eigen daad. Dat de lasthebber niet verder instaat dan voor behoorlijke keuze, vindt daarin zijn grond, dat de lasthebber in het algemeen persoonlijk zijn verplichtingen moet nakomen, en dat daarom, indien de lastgever veroorlooft, dat een derde de verbintenis volbrengt, ook deze als alleen praesteerend tegenover hem geldt. De derde wordt aansprakelijk rechtstreeks jegens den eersten lastgever, en kan dus door dezen contractueel worden aangesproken (art. 1840 l. l.).

De expediteur moet instaan voor den tusschenexpediteur (art. 89 W. v. K.). In tegenstelling tot art. 1840 B. W. is hier de aansprakelijkheid veel strenger. De verklaring ligt voor de hand. Het komt in dit geval niet op den persoon van den debiteur aan, maar op het bezorgen van het vervoer; het staat den expediteur geheel vrij dit een tusschenexpediteur op te dragen, maar hij moet dan voor zijn fouten opkomen. Iets dergelijks geldt ook voor den reeder, die voor nalatigheid van den schipper, ook ten aanzien van zijn contractueele verplichtingen, verantwoordelijk is (art. 321 K.).

8. De jurisprudentie bevat weinig beslissingen over de aansprakelijkheid voor daden van derden. Als zij den schuldenaar al aansprakelijk stelt voor deze daden, laat zij bovendien nog dikwijls na haar gevoelen te motiveeren. Zoo Prov. Hof Zuid-Holland 31 Maart 1847, W. 876: „de

debiteur, die op zich genomen heeft de dekking van een gebouw en het onderhoud daarvan gedurende bepaalden tijd, is aansprakelijk, indien er lekken komen, en het baat hem niet een beroep op het feit te doen, dat hij het onderhoud aan een ander heeft opgedragen, „vermits hij voor de nalatigheid van dien persoon alsdan naar regten moet instaan"; Rbk. Rotterdam, 10 Mei 1875, W. 3885: het is onverschillig, of de schuldenaar al of niet in de handeling heeft toegestemd, want het geschiedde door den tusschenexpediteur, voor wiens schuld hij volgens art. 89 W. v. K. instaat; Rbk. Amsterdam, 12 Dec. 1905, W. 8437, en Hof Amsterdam, 19 Nov. 1915, W. 9897: de huurder is aansprakelijk voor het feit, dat het gehuurde paard schade heeft beloopen tijdens den huurtijd, al mag een derde het paard gebruikt hebben, toen de schade ontstond. (Art. 1600 vindt dus toepassing, zonder dat de rechter onderzoekt of het feit, dat een derde handelde, niet overmacht zou kunnen vormen); Rbk. Rotterdam 5 Jan. 1910, W. 9060: de schuldenaar moet de schade vergoeden „wanneer deze de taak, die hij bij overeenkomst op zich heeft genomen, laat verrichten door een ander, die dit doet op een onbehoorlijke en voor eischer schadelijke wijze".

Uitvoeriger en goed gemotiveerd is de uitspraak van Rbk. Utrecht 6 Jan. 1915, W. 9735: de debiteur mag de uitvoering aan een derde opdragen, maar zulks doende, handelt hij op eigen risico en wordt niet ontslagen van zijn verplichting tegenover den schuldeischer voor de richtige uitvoering zijner verbintenis te zorgen en de daarvoor noodige maatregelen te nemen; het doet niets ter zake, dat de handeling buiten zijn weten geschiedde; deze daad is niet een vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend, bev. door Hof Amsterdam 2 Juni 1916, W. 9994: pleegt de derde een tegen de opdracht indruischende handeling, dan is de debiteur er voor verantwoordelijk, nu tegenover den crediteur de overeenkomst niet behoorlijk

werd uitgevoerd; Hof Arnhem 1 Mei 1917, W. 10187: de schuldenaar is aansprakelijk, als een knecht de kist, waarin het goed zich bevindt, dat de schuldenaar in zijn opslagplaats zal bewaren, laat vallen en het daarin verpakte goed daardoor breekt „wijl hij bedoelden man op dat oogenblik in zijn dienst had en bedoeld werk liet verrichten".

Daarentegen werd door Hof Amsterdam 10 Jan. 1913, W.P.N.R. n° 2279, bev. Rbk. Amsterdam 12 Mei 1911, W. 9281, de aansprakelijkheid van den verkooper ontkend voor de fout van den notaris, aan wien hij opdroeg het verkochte huis aan den kooper over te dragen en die dit aan een ander transporteerde, want „verkoopers mochten er zich op verlaten, dat de last zou worden ten uitvoergelegd, zij hebben dus alles gedaan wat, in het verkeer gebruikelijk, redelijkerwijze kon verlangd worden". Terecht wordt die beslissing in een onderschrift door P. S. bestreden, want zoo komt de kooper er kaal af. Aan hem is het huis verkocht, echter krijgt hij het niet alleen niet, maar derft hij zelfs iedere schadevergoeding. Verstoken van verhaal op den verkooper, die zoogenaamd „goed" heeft gezorgd voor de vervulling van zijn verplichtingen, mist hij immers ook het recht tegen den notaris op te treden. [1])

Evenmin is juist de uitspraak van Rbk. Rotterdam 14 Jan. 1914, W. 9677, in de aanvaringszaak Tasso—Morgenröthe gewezen. De aansprakelijkheid van den vervoerder werd hier ontkend, niettegenstaande de sleepboot, door welke hij zijn schip laat sleepen aan de aanvaring schuld heeft, omdat aansprakelijkheid voor hem, dien de debiteur voor de uitvoering van zijn verbintenis gebruikt, alleen mag worden aangenomen, indien de overeenkomst geheel onder leiding van den schuldenaar moet worden uitgevoerd.

Ook in de Fransche jurisprudentie treft de karigheid der

---

[1]) Vgl. ook Carsten in W. 9349; Asser-van Goudoever blz. 136 noot, die verwijst naar art. 1427 B.W.

motiveering. Zoo bepaalt Cours de Dyon 18 mars 1903, D. 1904. 2. 134 zich tot de verklaring: een hospitaal is aansprakelijk voor het gebrek aan zorg van zijn dokter, die gedurende eenige dagen nalaat een zieke te bezoeken, omdat die handelingen voor het hospitaal niet vormen „une cause étrangère". En Besançon 27 janv. 1911, D. 1913. 2. 114 bepaalt zich eveneens tot de uitspraak: de juwelier, die edelsteenen aan een ander geeft om deze te bewerken, is aansprakelijk voor het verloren gaan door schuld van dezen, want dit feit vormt geen overmacht voor hem, daar hij „est responsable des actes de ce tiers".

H. Bedingen omtrent aansprakelijkheid voor derden. In hoever is het geoorloofd, dat partijen overeenkomen, dat de schuldenaar de aansprakelijkheid voor derden op zich neemt, of daarvan zal bevrijd zijn?

1. Uitbreiding der aansprakelijkheid. Dat de debiteur op zich kan nemen voor schade in te zullen staan door daden van derden, zelfs door willekeurige derden veroorzaakt, behoeft geen nadere uiteenzetting. Het contract wordt dientengevolge als het ware een verzekering tegen de gevaren, welke de belangen van den schuldeischer loopen. Zelfs voor toeval kan de debiteur instaan, dus ook voor daden van derden. Vgl. artt. 1480 l.2, 1631, 1632 B.W. Asser- van Goudoever, blz. 128, Becqué t. a. p., blz. 261.

2. Uitsluiting van aansprakelijkheid voor derden. De schuldenaar bedingt, dat hij niet aansprakelijk zal zijn, indien hij niet- of niet behoorlijk praesteert, doordat een daad of bepaalde daden van derden, die hij tot het bewerkstelligen van de praestatie gebruikt, hem daarin verhinderen. Opdat de debiteur zich op een dergelijk beding kan beroepen, dient hij echter te bewijzen, dat de wederpartij die stilzwijgend of duidelijk heeft aanvaard. Een eenzijdige verklaring van den schuldenaar (b.v. de enkele aanplakking in de kamer van den gast door den hotelier) is niet voldoende.

a.) Is zulk een beding echter onder alle omstandigheden geoorloofd? Voor eigen daad kan de debiteur zich dit beding maken, tenzij het in strijd zou zijn met de goede zeden. Daarom kan hij niet geldig bedingen, dat hij niet in zal staan voor opzettelijke daden. Men kan zich toch niet verplichten — en daarop komt de zaak neer — onder voorwaarde dat men, als men daarin lust heeft, de praestatie ook mag nalaten. Dit beding is wegens strijd met de goede zeden als nietig te beschouwen.[1]) Ten aanzien van daden van derden zal in het algemeen hetzelfde gelden. Ook daarvoor mag de schuldenaar zijne aansprakelijkheid uitsluiten, mits de clausule niet in strijd met de goede zeden komt. Zeker zal de uitsluiting geoorloofd zijn ten aanzien van daden door derden tengevolge van schuld gepleegd,[2]) want in beginsel zijn partijen vrij te bedingen, wat zij willen. Vgl. Lyon-Caen et Renault 3 No. 626, Josserand, Les tranports No. 625, die beide de leer van het Cour de cassation, dat de bedingen langen tijd ongeldig verklaarde, bestrijden. Anders nog: Cassation 31 déc. 1900 D. 1903.1.17, 27 nov. 1911 D. 1913.1.111: „Attendu qu'il n'est pas plus permis de s'exonérer par avance par convention des fautes de ses préposés que de ses propres fautes."

Soms bepaalt de wet, dat het beding niet zal mogen worden gemaakt. Vgl. Spoorwegwet 1875 art. 3; loi Rabier (1905), die aan art. 103 C. de commerce een 3e lid toevoegde.[3]) In strijd met de openbare orde zal het beding eindelijk zijn, indien het schade betreft, niet aan goederen, maar aan den persoon van den crediteur toegebracht. Men mag zich ten aanzien van de persoonlijke veiligheid niet zorgeloosheid bedingen.[4])

[1]) Anders: Diephuis X blz. 105: Men kan aansprakelijkheid voor opzet uitsluiten.

[2]) Rahusen, Praeadvies N. J. V. 1886 blz. 254, Molengraaff blz. 598, Sanders, Het Cognossement blz. 190.

[3]) Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture . . . est nulle.

[4]) Sainctelette blz. 25, 103, Josserand No. 627.

Met betrekking tot het opzet van den derde bestaan bezwaren. Toch mag men ook ten aanzien daarvan de uitsluiting der aansprakelijkheid niet in het algemeen ongeoorloofd achten, want in dit geval geldt niet de overweging, welke beperking van aansprakelijkheid voor eigen opzet van den schuldenaar verbiedt. Men mag niet opzet van derden met opzet van den debiteur gelijk stellen. De schuldenaar is aansprakelijk voor opzettelijke daden van den derde, omdat hij te dien aanzien geen overmacht kan bewijzen en hij dus schuld heeft. Uitsluiting van de aansprakelijkheid voor het opzet van derden heeft dan ook niet ten gevolge, dat het geheel van den vrijen wil van den debiteur af zal hangen, of er gepraesteerd zal worden of niet, want de wil van den derde is niet de wil van den debiteur. Vgl. Becqué t. a. p. blz. 312 „Le dol de l'auxiliaire n'implique pas dol du debiteur"; Sanders t. a. p. blz. 190; § 278 l. 2. B. G. B., [1]) en art. 101 l. 2. S. O. R., [2]) Anders: Josserand t. a. p. No. 624; Cassation 7 janv. 1907 D. 1908, 1.423, waarin opzet van den bediende geassimileerd wordt aan opzet van den debiteur.

De uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet van derden zal echter niet gelden ten aanzien van handelingen, door den debiteur den derde opzettelijk opgedragen. Dan berust de aansprakelijkheid immers op opzet van den schuldenaar zelf. De door hem gegeven opdracht was de oorzaak van de schade en de daad van den derde is daarom verder onverschillig.

b) Wat is het gevolg van het beding? Men heeft wel beweerd, dat het enkel den bewijslast zou omkeeren. Door het beding zou men namelijk wel de contractueele aan-

---

[1]) Op aansprakelijkheid voor derden is niet toepasselijk § 276 l. 2.: „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden."

[2]) „Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden"; lid 3 verbiedt uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet ten aanzien van in dienst van den debiteur staande personen.

sprakelijkheid uitsluiten, maar de debiteur zou nog aansprakelijk zijn uit art. 1401 vlg. Bewijst dan de benadeelde schuldeischer schuld bij den debiteur, dan moet hij schade vergoeden. Langen tijd stond de Fransche jurisprudentie op dit standpunt. Vgl. hiertegen Sainctelette t. a. p. blz. 54 v.; Josserand t. a. p. no. 628. Deze leer gaat uit van de verkeerde opvatting, dat na uitsluiting van de contractueele aansprakelijkheid, die voor onrechtmatige daad nog blijft bestaan, omdat deze, als van openbare orde, niet uitgesloten kan worden. Zij vergeet tevens, dat in hetzelfde geval de beide soorten aansprakelijkheid een geheel verschillenden omvang kunnen hebben. Of er onrechtmatigheid (in den zin van art. 1401) en schuld bestaan, en de plaats gehad hebbende feiten deze elementen opleveren, moet uitgemaakt worden naar de omstandigheden [1]). Is er dus een contract, dan bepaalt dit de onrechtmatigheid, en sluit het aansprakelijkheid voor bepaalde handelingen uit, dan vormen die daden tegenover den crediteur in contractueelen zin geen onrechtmatigheid. Zoo kan het gebeuren, dat een feit ingevolge art. 1401 aansprakelijkheid vestigt, niettegenstaande zij volgens het contract ontbreekt. Of de uitsluitingsclausule nu enkel zgn. omkeering van den bewijs last meebrengt of ook de delictueele aansprakelijkheid uitsluit, is een vraag van uitleg. Aangenomen, dat de uitsluitingsclausule beperkt is op te vatten, in ieder geval drukt men zich niet geheel correct uit, als men daarin niet meer dan een bewijsclausule ziet. De contractueele aansprakelijkheid is toch geheel uitgeschakeld. Dat de crediteur ageeren kan, mits hij schuld bewijst, vindt toch enkel zijn grond in het toevallige feit, dat de — ditmaal door de clausule in het geheel niet getroffen — delictueele aansprakelijkheid verder reikt dan de uitgesloten contractueele verantwoordelijkheid. Vgl. Molengraaff, blz. 420, 599 vlg.

---

[1]) Zie Inleiding.

3. Er is overeengekomen, dat een bepaalde derde zal worden gebruikt. Een crediteur spreekt b.v. af, dat een bepaalde monteur de te leveren machine zal opstellen; een schilder belooft met een bepaalden knecht het plafond te zullen schilderen; een schuldenaar neemt op zich van een bepaalde fabriek een onderdeel te betrekken. Hierdoor wordt in het algemeen de aansprakelijkheid geenzins beperkt. De bedoeling is niet beperking van het recht van den crediteur (voor het geval van wanpraestatie), maar juist versterking van zijn positie (door het gebruik van dezen bekwamen, betrouwbaren derde). De debiteur blijft degeen die praesteeren moet, hij blijft verantwoordelijk persoon. Ook al kan de derde, wiens hulp bedongen is, niet meewerken, dan is de schuldenaar van zijn verplichtingen niet ontslagen, want hij blijft tot praestatie verplicht, tenzij blijkt dat praestatie onmogelijk is, dat het den schuldeischer om de persoonlijke eigenschappen van dezen derde te doen was en dus praestatie door een ander geen praestatie zou zijn. Het ligt anders, indien de crediteur zelf den derde aanstelt, hem opdraagt het werk te verrichten. In dat geval is hij niet een derde, dien de debiteur gebruikte om tot praestatie te komen: Een bevrachter huurt b.v. de sleepboot om het schip van den vervoerder van zijn goederen te sleepen. De uitvoering van het sleepcontract gaat dan geheel buiten den wil van den debiteur om. Zijn verplichtingen zijn gewijzigd; de vervoerder moet zijn schip ter beschikking stellen om geladen te worden en toestaan dat het gesleept wordt. De derde staat hier in contractueele verhouding tot den crediteur, is diens schuldenaar geworden en kan door hem, als hij zijn verplichtingen niet nakomt, op grond van de sleepovereenkomst worden aangesproken.

HOOFDSTUK IV.

TOEPASSING OP EENIGE SPECIALE CONTRACTEN.

A. *Huur en Verhuur.* Om te weten, hoe een derde bij verhuur van een zaak invloed kan uitoefenen op de verplichtingen van den huurder, is het noodig vast te stellen, wat deze op zich neemt. Zoo kan men nagaan, wanneer er wanpraestatie is en in hoever de daad van den derde voor den huurder overmacht vormt. Asser-Limburg blz. 589 noemt als verplichtingen op: 1 huur betalen, 2 niet wederverhuren, 3 het gehuurde gebruiken als een goed huisvader en overeenkomstig de bestemming der zaak, 4 het huis meubelen, 5 de zaak na afloop van de huur teruggeven. Van deze verplichtingen komt alleen de derde voor inwerking daarop door een derde in aanmerking. Artt. 1600 en 1602 B. W. werken deze verplichting nader uit en bepalen de aansprakelijkheid van den huurder voor schade aan het gehuurde toegebracht, indien hij niet kan bewijzen, dat deze ontstaan is buiten zijn schuld of die zijner huisgenooten. Ze behoort niet tot de verplichting tot teruggave, waarbij Baudry-Lacantinerie [1]) ze behandelt. Deze legt den huurder de verplichting op de zaak terug te geven in goeden toestand, tenzij hem dit onmogelijk is door „vétusté ou force majeure". Geen force majeure zou dan zijn schuld bij de in art. 1735 C.c. (1602 B. W.) genoemde

---

[1]) Contrat de Louage I no. 710 v.

derden. Ten onrechte mengt hij aldus twee verplichtingen van den huurder door elkaar: die om de zaak terug te geven en die om de schade, aan het gehuurde voorwerp toegebracht, te vergoeden. Die laatste verbintenis is de onder 3 genoemde verplichting. Gebruikt de huurder de zaak als een goed huisvader, dan zal hij niet aansprakelijk zijn, want als er toch schade ontstaat, moet deze het gevolg van overmacht wezen. Dat blijkt ook uit het voorbeeld, dat Baudry in no. 708 geeft. Hij bestrijdt daar de opvatting, dat de verplichting om het huis met gewasschen glazen terug te geven, zou voortvloeien uit die „de jouir en bon père de famille", want de ware reden is „que l'état des vitres provient de l'usage de l'immeuble par le locataire et, par conséquent, de sa faute". Maar wat is dat gebruik, niet als goed huisvader — want er is schuld — anders dan het niet voldoen aan de verplichting tot behoorlijk gebruik, onder 3 hierboven genoemd? Ook de verplichting om het huis te doen desinfecteeren na besmettelijke ziekte volgt uit den plicht tot gebruik als goed huisvader. Ontruimt de huurder het niet ontsmette huis, dan is hij aansprakelijk, niet omdat hij niet behoorlijk teruggeeft, maar omdat hij niet behoorlijk gebruikt heeft. Terecht noemt Asser- Limburg, blz. 608, dan ook het behoorlijk teruggeven een onderdeel van de verplichting tot gebruik als goed huisvader. Nog beter is het echter de beide verplichtingen geheel te scheiden. Teruggeven moet de huurder en als het gehuurde beschadigd is, d. w. z. als hij het niet als goed huisvader heeft gebruikt, de schade vergoeden.

Art. 1602 B. W. stelt den huurder voor alle schade aansprakelijk, door de daar genoemde derden aan de gehuurde zaak toegebracht. Deze aansprakelijkheid berust niet op het feit, dat de huurder den derde heeft gekozen en op hem toezicht moet houden. [1]) De leer der culpa in eligendo werd boven reeds bestreden. Ook op gebrek aan toezicht

[1]) Zoo Baudry-Lacantinerie t. a. p. No 717.

kan 's huurders verantwoordelijkheid niet gebaseerd zijn, want dan zou hem het bewijs moeten openstaan, dat hij daarin niet tekort geschoten is. Zij berust daarop, dat de huurder tegenover den verhuurder geldt als gebruiker van de zaak. Laat hij anderen daarvan gebruik maken, zoo geschiedt dit op zijn risico. Hij staat dus ook in voor schade, door deze aangericht, tenzij te hunnen aanzien overmacht aanwezig mocht zijn.

Voor welke derden is de huurder aansprakelijk?

De daad van een wildvreemde derde zal overmacht voor den huurder vormen, indien hij bewijs kan leveren, dat, niettegenstaande hij de vereischte zorg betoonde, de derde toch in de gelegenheid was de schade toebrengende daad te volvoeren. Misschien heeft de huurder echter stilgezeten. Dan kan men met reden staande houden, dat in dat niet-doen de oorzaak ligt van het ontstaan der schade. Zoo zal bij diefstal van koperen kranen, welke mogelijk was, doordat de huurder zijn huis niet heeft afgesloten, diens aansprakelijkheid berusten op dat niet-afsluiten, niet op den diefstal door den derde. Heeft hij voldoende zorg besteed en gedaan wat noodig was, dan drukt hem geen aansprakelijkheid: Ktr. den Haag 18 Nov. 1912 W. 9576.

Als personen, die met den wil van den huurder aan het gebruik van het huurobject deelnemen, noemt art. 1602 B. W.:

1. huisgenooten;
2. degenen, aan wie hij de huur mocht hebben overgedaan.

Die eerste uitdrukking wordt zeer ruim verstaan. Baudry-Lacantinerie blz. 390 somt op: vrouw, kinderen, verwanten of vrienden, die het huis tijdelijk of voor goed bewonen, gasten, bedienden, werklieden, commensalen. Zoo ook Diephuis XII blz. 86: niet alleen de gewone leden van het gezin „maar alle, die, toen zij de schade toebrachten, in het huis van den huurder waren opgenomen". In aansluiting aan deze opvatting zou men „huisgenooten" kunnen omschrijven als: al degenen, die met den wil van den huurder

van het gehuurde gebruik maken. Of die wil aanwezig is, moet in ieder geval vastgesteld worden. Wist of behoorde de huurder te weten, dat de betrekkelijke derde de gehuurde zaak gebruikte en liet hij dit toe. Dat is de vraag. Wegens eigen nalatigheid zal de huurder dus in ieder geval aansprakelijk zijn, indien hij had behooren te verhinderen, dat de derde op de gehuurde zaak invloed uitoefende. Maar zelfs in gevallen, waarin dit niet zijn plicht is, zal hij steeds aansprakelijk zijn, indien een derde door schuld schade aan het gehuurde toebrengt, mits aangenomen moet worden, dat de huurder zijn toestemming tot het gebruik heeft gegeven. In deze voorstelling past het onderscheid, dat Baudry maakt voor inkwartiering. De huurder is voor daden van soldaten van het nationale leger wel aansprakelijk, als er schade aan het huis ontstaat — al is zijn wil niet geheel vrij, deze bestaat bij hem —, maar niet voor vijandelijke militairen, in zijn land binnengevallen, die bij hem worden ingekwartierd, want deze wil hij niet ontvangen; zij worden hem thuis gestuurd. Ook zal de hotelhouder aansprakelijk zijn voor de gasten, die bij hem intrek nemen. Van weinig belang is, of men den gast als huisgenoot wil beschouwen of als onderhuurder, want in elk geval valt hij onder de personen, die met den wil van den huurder het gehuurde gebruiken en vindt art. 1602 op zijn daden toepassing. [1])

Opzoomer rekent ook onder de huisgenooten den bedelaar, die in het huis gelaten wordt. Daarover denkt Diephuis anders, en terecht. Onder het woord „huisgenooten" kan men hem moeilijk rangschikken. Dat sluit niet uit, dat, als de huurder hem wilde toelaten of niet verhinderd heeft, dat hij binnenkwam, niettegenstaande gevaar was te voorzien, deze eventueel tot vergoeding is gehouden, hetzij op grond van art. 1602, hetzij uit kracht van art. 1600.

[1]) Vgl. Huc § 329; Baudry No 717; anders: Pothier § 194.

Geen wil tot toelaten en geen verzuim, en dus geen aansprakelijkheid, bestaat er bij den huurder, indien de derde zich met geweld den toegang heeft verschaft. Zijn bezoek begeert de huurder niet alleen niet, hij kan 't ook niet voorkomen. Vgl. Besançon 28 déc. 1898 D. 99.2.104: geen aansprakelijkheid volgens art. 1735 C. c., indien de knecht met geweld het huis van zijn meester is binnengedrongen en het huis in brand heeft gestoken [1]); idem 23 juni 1909 D. 11. 2. 60 : geen aansprakelijkheid voor den zoon, die, door den vader uit het huis gejaagd, uit wraak binnendringt en brand sticht.

Brodmann [2]) noemt deze uitgebreide aansprakelijkheid een „Ungeheuerlichkeit". Men mag den huurder niet aansprakelijk stellen voor „ungebetene Gäste, Lieferanten und Bote", wien de huurder het gebruik van de vestibule toestaat. Ook is het onbillijk een mild man, die geen bedelaar kan afwijzen, aansprakelijkheid op te leggen voor schade, door dezen aan het gehuurde huis toegebracht. Maar de onbillijkheid daarvan is niet in te zien. Veel onredelijker zou het zijn den verhuurder de schade te laten dragen, niettegenstaande hij de bevoegheid mist den derde te weren en het hem nog veel moeilijker dan den huurder valt zijn verhaal op den derde te nemen. Voorzoover de huurder een derde toelaat op het gehuurde in te werken, daarvan gebruik te maken, sluit schuld aan diens zijde voor hem overmacht uit. Ook de gevolgen van zijn milddadigheid moet de huurder zelf dragen, hij mag deze niet op den verhuurder laden.

2. Dit zijn zij, aan wie de huurder geheel of gedeeltelijk de zaak heeft onderverhuurd. Is dit onbevoegdelijk door hem geschied — en in het algemeen staat hem dit niet

---

[1]) Art. 1733 C. c. stelt den huurder voor brand aansprakelijk.

[2]) Iher. Jahrb. 58 blz. 253.

vrij, art. 1595 l.l. [1]) — dan is hij op grond daarvan reeds krachtens art. 1600 voor schade, die zonder de verhuring niet zou zijn ingetreden, aansprakelijk. [2]) In geval van onderverhuur met toestemming van den verhuurder, is hij voor schade door schuld van onderhuurders aangericht, eveneens aansprakelijk, want tegenover den verhuurder geldt de eerste huurder als gebruiker van het huis, en laat deze het gebruik aan derden toe, dan is dat op zijn risico. Vgl. Asser blz. 590: „Met hem (den onderhuurder) heeft de verhuurder niets te maken, hij richt zich slechts tot den eersten huurder; wordt de huur niet betaald, hij is aansprakelijk, worden de reparatie's niet aangebracht, hij zal er voor moeten betalen: tusschen den verhuurder en den onderhuurder bestaat geen enkele rechtsband." [3])

Er moet bij den derde schuld bestaan; overmacht bij dezen werkt voor den huurder bevrijdend. Vgl. vonnissen Rbk. Amsterdam 12 Dec. 1905 W. 8437; Hof Amsterdam 19 Nov. 1915 W. 9897. Om van zijn verplichting tot vergoeding bevrijd te worden dient de huurder hier dus bewijs van overmacht te leveren. Voor opzet van den derde zal de huurder hebben op te komen. Vgl. Baudry No. 718 (brandstichting door een bediende); anders St. Flour 30 Oct. 1890 D 91.3.95, vern. door Riom 11 août 1891 D 92.2.175. Het is hier onverschillig of de bediende handelde in zijn werkzaamheden als zoodanig. Art. 1403 komt hier niet ter sprake, daarentegen moet, opdat de huurder aansprakelijk zij, de derde het gehuurde gebruiken met den wil van den debiteur. Vgl. Cassation 24 janv. 1883 D. 83.1.153 bev. Paris 9 févr. 1880 D. 81.2.7. De aansprakelijkheid van den huurder reikt toch niet verder dan het gebruik, dat hij van het huis maakt of laat maken.

[1]) In lid 2 wordt ten aanzien van een huis voor gedeeltelijke verhuring een uitzondering gemaakt.

[2]) Vgl. Asser-Limburg blz. 596.

[3]) Evenzoo Baudry t.a.p.

Art. 1602 staat in de afdeeling behandelend „de regelen, die gemeen zijn aan verhuringen van huizen en van landen" en het artikel spreekt zelfs van „huisgenooten". Toch zal men den regel niet tot het geval van verhuur van huizen en landerijen mogen beperken. Evenals de andere bepalingen van de tweede afdeeling, [1]) is art. 1602 ook op andere soorten van huur toepasselijk te achten. Dat geldt ook voor art. 1600. De huurder van een roerende zaak is verantwoordelijk voor schade daaraan door zijn schuld toegebracht. Gelijk iedere schuldenaar aansprakelijk is voor de daden van derden, die met zijn wil op de vervulling van zijne verplichtingen inwerken, zal dan ook de huurder van een paard overeenkomstig art. 1600 en 1602 ter verantwoording kunnen worden geroepen. Vgl. Rbk. Amsterdam 12 Dec. 1905 b.a. (krachtens art. 1600 wordt den huurder het bewijs opgelegd, dat zijn vrouw de gehuurde poney behoorlijk had gestuurd en met paarden om kon gaan). Zoo ook Hof Amsterdam b.a. (de huurder moet bewijzen dat zij, die hij liet sturen, geen schuld heeft aan den val van het gehuurde paard).

B. *Verzekering.* Art. 276 W. v. K. bepaalt, dat de verzekeraar geen schade behoeft te vergoeden, indien deze ontstaan is door eigen schuld van den verzekerde. Valt daaronder ook schuld ten aanzien van daden van derden? Kan op dit artikel ook de bovengenoemde regel worden toegepast? Kan men zeggen, dat er schuld is bij den verzekerde, dat hij dus geen vergoeding behoort te krijgen, als bepaalde derden, aan wie hij inwerking op de verzekerde zaak toelaat, door hunne schuld deze beschadigen? Kan in het algemeen de verzekeraar van een huis tegen zijn verzekeringnemer zeggen, dat de schade is ontstaan door

[1]) Diephuis blz. 12; Asser-Limburg blz. 567 „voor zooveel dat mogelijk is."

schuld van diens knecht, door de daad van den gast, dien hij in zijn woning heeft toegelaten, en dat hij dus geen recht op uitkeering heeft? Is er schuld bij den verzekerde, indien de kapitein van het schip, waarin het goed vervoerd wordt, de verzekerde lading beschadigt? Vgl. Molengraaff, blz. 717.

De beslissing over de toepasselijkheid van den regel omtrent de contractueele aansprakelijkheid voor derden, hangt af van de beantwoording van de vraag, of het tot de verplichtingen van den verzekerde behoort te zorgen, dat de verzekerde zaak behouden blijft. Vergelijkt men nu de positie van den verzekerde met die van den huurder — tusschen welke, schijnbaar althans, veel overeenkomst bestaat — dan blijkt toch een groot verschil. De huurder heeft het genot van eens anders zaak en moet voor het behoud daarvan, zoolang hij deze onder zich heeft, als goed huisvader zorgen. De verzekerde daarentegen heeft zijn eigen zaak onder zich. Van den assuradeur heeft hij enkel bedongen, dat deze de schade zal vergoeden, welke die zaak door een onzekere toevallige gebeurtenis zal lijden. Hij heeft niet op zich genomen te zorgen, dat de zaak onbeschadigd zal blijven. Tegenover den verzekeraar is hij niet aansprakelijk, als door zijn schuld de zaak beschadigd wordt. Minder juist zegt daarom Backer: [1]) „Het is de plicht van den reeder om het schip goed uit te rusten . . . heeft hij dit gedaan, dan is aan zijn verplichtingen tegenover assuradeuren voldaan." Vgl. Rbk. Amsterdam 11 Nov. 1910 W. 9210: „de verplichting van den verzekerde om voor het verzekerde object alle vlijt en naarstigheid in het werk te stellen." Integendeel, de verzekerde mag met de verzekerde zaak doen wat hij wil, hij mag haar zelfs vernietigen; aan den verzekeraar is hij daarvoor geenzins rekenschap verschuldigd. Als hij zijn zaak beschadigt, verkeert hij niet in wanpraestatie. De verzekeraar kan

[1]) Schuld des verzekerden, blz. 76.

dan ook geen ontbinding wegens niet-nakoming vragen, en de verzekering blijft dus doorloopen. Alleen dit gevolg brengt een dergelijk optreden van den verzekerde mede, dat de verzekeraar de schade daardoor ontstaan niet behoeft te vergoeden, want de schade veroorzakende gebeurtenis is niet meer toevallig. Is er hier dus geen sprake van wanpraestatie noch van een verplichting van den verzekerde, dan kan de opdracht tot beschadiging aan een derde of de aan een derde verleende vergunning op de verzekerde zaak in te werken ook onmogelijk tot wanpraestatie aanleiding geven. Het ontstaan van den vergoedingsplicht hangt enkel af van de toevalligheid van de gebeurtenis. Is er schuld bij den verzekerde, dan ontbreekt de toevalligheid, die voorwaarde is voor het ontstaan van zijn recht op uitkeering.

Den boven gevonden regel omtrent de aansprakelijkheid van den debiteur voor daden van derden zal men dus niet op verzekering kunnen toepassen. Ditzelfde zal gelden voor § 278 B. G. B., want de derde is geen persoon, waarvan de verzekerde „sich bedient zur Erfülling *seiner Verbindlichkeit*". Vgl. Schneider [1]) blz. 24: „Von einer solchen allgemeinen Pflicht (tot zorg) kann hier schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Versicherungsnehmer gar nicht für die Erhaltung der versicherten Sache aufzukommen braucht", „Diese „Pflichten" des Versicherungsnehmers bleiben immer nur Voraussetzung des eigenen Rechts"; R. G. 4 Juni 1913, E Bnd. 83, blz. 43: „Es gehört nicht zu den Verbindlichkeiten des Versicherungsnehmers, dasz er Fahrlässigkeit in Bezug auf das versicherte Risiko vermeidet". Ook Brodmann [2]) past § 278 niet toe, al neemt hij wel een verplichting van den verzekerde aan. Dit behoeft volgens hem echter niet te leiden tot toepassing van § 278, omdat het een bijzonder soort verbintenis is. Het bewijs

[1]) Ihering's Jahrb. 53, blz. 1 v.
[2]) Ihering's Jahrb. 58, blz. 270.

is anders geregeld en niet-vervulling sluit recht op schadevergoeding uit. Eenvoudiger is het echter te zeggen, dat hier geen verbintenis bestaat, vooral als men ontkenning van het bestaan daarvan noemt „einer der Sätze, die nicht wahrer sind, als ihr kontradiktorisches Gegenteil". Toch is hiermee het vraagstuk niet opgelost. Er moet immers nog onderzocht worden, in hoever de daad van den derde toeval vormt en of zij misschien niet als eigen schuld is te beschouwen. Ook hier gaat het weer om de bepaling van de grens tusschen schuld en overmacht, want toeval is gelijk aan overmacht. Geen overmacht, dus geen toeval is de handeling van den derde, welke uitgevoerd is, zooals zij hem door den verzekerde is opgedragen. Evenmin kan men de daad, welke de verzekerde had behooren te voorkomen, maar door nalatigheid liet geschieden, tot toeval brengen. Over deze beide gevallen bestaat geen strijd. Er is schuld bij den verzekerde; hij veroorzaakte door zijn optreden of nalatigheid de schade. [1])

Lastiger wordt de kwestie, als de daad verricht is in het kader van de opdracht of de toestemming, door den verzekerde verleend, en deze haar niet door toezicht kan voorkomen. Het belangrijkste argument tegen de bevrijding van den assuradeur door een dergelijke handeling is, dat de verzekeraar alleen ontslagen wordt, indien de schade veroorzaakt is door „eigen schuld" van den verzekerde (art. 276 K.), of door schuld van den verzekerde „zelven" (art. 294 K.). [2]) Dit gaat echter niet op, want men moet van de schuld van den verzekerde de daad van den derde, die de schade veroorzaakt, goed onderscheiden. Altijd zal er schuld moeten bestaan bij den verzekerde. In dit opzicht kan hem echter eene tekortkoming te last gelegd worden,

---

[1]) Vgl. Backer t. a. p. blz. 7; V. Ehrenberg, Versicherungsrecht I 1893, blz. 423; Danjon, Traité de droit maritime 4 nº. 1332, 1337; Nolst Trenité, Brandverzekering, blz. 42.

[2]) Vgl. Backer t. a. p. blz. 5 v.; Nolst Trenité, t. a. p. blz. 42.

al gaat de handeling van een derde uit, want het komt op de toevalligheid van de daad aan en die hangt niet van den persoon van den handelende af, maar hiervan, of de verzekerde de vereischte zorg betoond heeft. Ditzelfde geldt voor het andere bezwaar van Backer [1]), dat er altijd twee personen blijven en de handelende een ander individu is dan de verzekerde, zoodat men schuld van den derde niet mag overbrengen op den verzekerde. Dit is juist, maar de verzekerde heeft zelf noodwendig schuld, indien de daad van den derde niet toeval is. Slechts in zoover vertoont het geval iets bijzonders, dat de handeling niet door den verzekerde zelf wordt verricht. Een soortgelijke opmerking valt omtrent opzet te maken. Opzet van den derde is niet opzet van den verzekerde, maar daarom kan bij dezen wel degelijk schuld bestaan, n.l. als de opzettelijke daad van den derde niet als toeval is te beschouwen. Verzekert men zich tegen opzet van den derde, dan is dat dus geen verzekering van eigen opzet, maar tegen — mogelijke — eigen schuld. Backer [2]) begaat de fout, dat hij alleen veronderstelt, dat „de agent schelmachtige of schuldige daden pleegt, die *in geen enkel opzicht betrekking hebben op datgene, waarvoor hij aangesteld is*". Dat de verzekeraar schade, door dergelijke daden aan de verzekerde zaak toegebracht door den agent, moet vergoeden, lijdt geen twijfel. Daarover gaat het hier echter niet. Het is juist de vraag, of schuldige daden, die *wel* betrekking hebben op datgene, waarvoor hij is aangesteld, d. w. z. die vallen binnen het kader van de opdracht of de toestemming van den verzekerde, voor dezen toeval vormen. Ook Ehrenberg [3]) ontkent, dat de verzekerde voor bedienden in het algemeen aansprakelijk zou zijn, want alleen eigen schuld van den verzekerde ontheft den verzekeraar. Maar voor „Angehörige"

[1]) Blz. 130 v.
[2]) Blz. 12.
[3]) Blz. 423.

d. z. vrouw, kinderen maakt hij een uitzondering [1]) „wenn er selber durch die gleiche Handlung oder Unterlassung seinem Anspruch präjudiziert haben würde". De uitspraak van Danjon n°. 1334, dat de daad van een derde geen toeval is, omdat „d'après les principes généraux du droit la faute d'autrui constitue un cas fortuit pour ceux qui en sont victimes" gaat in haar algemeenheid te ver. Er zijn gevallen waarin dit niet waar is.

Er moet onderscheid gemaakt worden naar den persoon van den derde. Allereerst is nooit derde iemand, wiens belang is verzekerd, dat is niet alleen hij, die de verzekering sloot, maar ook hij, die daardoor recht op schadevergoeding krijgt, als de gebeurtenis plaats grijpt. Als b.v. de man het gemeenschapsgoed verzekert, is ten aanzien van die verzekering de vrouw niet derde. Beschadigt zij dat goed, dan is er eigen schuld bij den verzekerde, want haar belang is evenzeer verzekerd als dat van den man. [2])

De derden zijn te verdeelen in twee groepen: 1) personen, die geheel buiten den wil van den verzekerde optreden (b.v. art. 290 K.: buren, vijanden, roovers; art. 637 K.: kapers, roovers, aanhouding op last van hooger hand, enz); 2) zij, die met zijn wil de verzekerde zaak gebruiken: kinderen, bedienden, gasten, enz. Het doet hierbij niet af, dat de derde de verzekering voor den verzekerde heeft gesloten. Backer, blz. 8, verliest dit uit het oog. De opdracht tot de afsluiting van de verzekering ligt geheel buiten het gebied van de inwerking op het verzekerd object met den wil van den verzekerde, waarop het hier alleen aankomt.

Ten aanzien van de onder 1) genoemde personen geldt de daad als toeval, tenzij de verzekerde haar had moeten voorkomen. Daarover bestaat geen strijd. De vraag, wier oplossing interesseert, geldt bepaaldelijk de tweede groep.

---

[1]) Blz. 424.

[2]) Vgl. Backer t. a. p. blz. 24; Ehrenberg t. a. p. blz. 424; anders: Nolst Trenité, Brandverzekering, blz. 143.

Bij den rechtspersoon zal schuld van de organen, indien men hunne daad gelijk stelt met de daad van den rechtspersoon zelf, ook schuld van den rechtspersoon, dat is dus eigen schuld van den verzekerde vormen. In dien zin uitte zich de H. R. 24 Dec. 1914, W. 9818, vern. Hof Amsterdam 5 Dec. 1913, W. 9628 (dat wel dezelfde leer huldigde, maar een procuratiehouder niet als orgaan beschouwde) en het Hof te Amsterdam, 26 Mrt. 1915, W. 9877, cass. verw. H. R. 25 Febr. 1916, W. 10023 („procuratiehouder, door de verzekerde naamlooze vennootschap zelve met de leiding van het bedrijf aldaar belast, is het orgaan door hetwelk eischeres zelve handelend optreedt en wiens nalatigheid als de eigen schuld van eischeres moet worden aangenomen"). Verwerpt men deze leer, dán zal voor het orgaan hetzelfde gelden als voor iederen ondergeschikte. Backer, blz. 18, erkent ook hier geen aansprakelijkheid, want rechtspersoon en bestuur zijn voor hem altijd twee aparte personen, en het bestuur handelt als het een onrechtmatige daad pleegt, altijd buiten zijn last. Daarbij ziet hij echter over het hoofd, dat het bestuur als zoodanig wel onrechtmatige daden kan plegen.

Of de daad van den derde, die handelt in het kader van de opdracht of de toestemming, voor den verzekerde toeval vormt, zal afhangen van de bedoeling van partijen. In de eerste plaats komt ter bepaling daarvan in aanmerking de overeenkomst. Waar trekt zij de grens tusschen toeval en schuld? M.a.w., van welke gebeurtenissen neemt de verzekeraar de gevolgen op zich? De verzekeraar kan beloven schade door eigen schuld van den verzekerde te zullen vergoeden. De partijen zijn toch volkomen vrij te bepalen, dat ook de schade, door nalatigheid van den verzekerde ontstaan, vergoed zal worden, mits zij maar niet in strijd komen met de goede zeden. Zelfs opzet van den derde zal door verzekering gedekt kunnen worden, mits de verzekerde deze daad niet zou hebben verkomen, ware hij

niet verzekerd, zie artt. 640 en 641 K.[1]) Danjon t.a.p. No. 1331.

Hebben de partijen het punt niet geregeld, dan geldt de wet, die in art. 276 K. den verzekeraar ter zake van eigen-schuld van den verzekerde van aansprakelijkheid ontheft, maar niet verder zegt, waar de grens toeval-schuld loopt. In een paar bijzondere bepalingen zijn evenwel daaromtrent gegevens te vinden. De brandverzekeraar draagt alle verliezen en schaden, die aan de verzekerde voorwerpen overkomen zijn door . . . schuld of schelmerij van de bedienden van den verzekerde (art. 290 K.). Indien goederen tegen zeegevaar verzekerd zijn, vergoedt de verzekeraar alle schade veroorzaakt door nalatigheid, verzuim of schelmerij van den schipper of de scheepsgezellen (art. 637 K). Voor schelmerij van den schipper wordt die aansprakelijkheid in artt. 640 en 641 K. in enkele gevallen beperkt, behoudens uitdrukkelijk tegenbeding. Verder betaalt, ingevolge art. 693 K., de verzekeraar, die te land vervoerde goederen verzekert, de schade, veroorzaakt door schuld of schelmerij van de met de aanneming, den vervoer en bezorging belaste personen.

In andere gevallen zal men moeten nagaan, wat de aard van de overeenkomst en het gebruik meebrengen. In het algemeen zal men moeten aannemen, dat daden van de hier bedoelde derden toeval vormen, want het is de bedoeling van den verzekerde ook — dikwijls juist — tegen de gevolgen daarvan verzekerd te zijn. De tegenovergestelde opvatting zou den verzekerde verplichten twee i.pl. v. één verzekering te sluiten, een algemeene voor toeval en één voor daden van de derden, die de belanghebbende invloed laat uitoefenen. Vgl. Brodmann Iher. Jahrb. 58 blz. 276.

Het ligt in den aard der overeenkomst, dat de verzekeraar

---

[1]) art. 640 l. 2. K. is geen uitzondering daarop, maar het verbiedt verzekering tegen *eigen* opzettelijke handeling.

ook de gevolgen van deze daden op zich neemt, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen. Hierop berusten ook de bovenopgesomde bepalingen. Zij gaan uit van de gedachte, dat de verzekerde zich juist ook wil verzekeren, omdat hij aan derden zijn goederen moet toevertrouwen.

C. *Arbeidscontract.* In hoever is de patroon aansprakelijk tegenover zijn werknemer voor schade, door dezen geleden tengevolge van daden, die zijn medearbeiders bij het werk tegenover hem plegen. Een bevestigend antwoord geeft hierop Sainctelette, De la Responsabilité et de la Garantie, 1884. Hij beoogt op deze wijs voor den werkman de mogelijkheid op schadevergoeding voor ongevallen, hem in zijn beroep overkomen, te vergrooten. Daarom leidt hij uit het arbeidscontract, door den werkgever met den werkman gesloten, de aansprakelijkheid van den patroon voor de bedoelde ongevallen af. Naar deze opvatting geniet de werkman het groote voordeel, dat op den patroon de bewijslast zal drukken. In de vele gevallen, waarin de oorzaak van het geleden nadeel onbekend blijft, zal dientengevolge de werknemer de vergoeding krijgen, welke hij zou derven, omdat hij niet de schuld van den werkgever zou kunnen staven. Om de contractueele verplichting van den patroon, waarop de aansprakelijkheid berust, te construeeren, gaat Sainctelette de positie van den werkman na. Daarbij komt hij tot het besluit, dat, waar aansprakelijkheid het noodzakelijk correlatief van gezag is en dus met den omvang van het gezag ook de aansprakelijkheid toeneemt, de patroon volgens zijn arbeidsovereenkomst moet instaan voor de gevaren van het bedrijf.[1]) De meester heeft, krachtens zijn contract,

[1]) blz. 133: „le maître s'oblige à le guider, à le protéger, à le défendre contre les risques de tout genre . . ."

een bijna onbepaald recht tot bevelen en de werkman verliest, wel niet geheel, maar toch voorzoover betreft het werk, de vrijheid van zijn wilsbepaling. [1]) Diezelfde gedachte drukt Sauzet [2]) als volgt uit: „le patron doit le conserver sain et sauf . . . il doit à chaque instant pouvoir le restituer, le rendre à lui-même valide, comme il l'a reçu. [3])

Volgens deze leer zal dan de patroon ook voor daden van de andere werklieden moeten instaan, voorzoover zij schuld hebben, zonder dat hij bewijs mag leveren, dat hij voldoende toezicht hield. Immers de patroon laat toe, dat zij invloed uitoefenen op de vervulling van zijn verplichtingen, laat hen daarop inwerken en hij moet dan opkomen voor wat zij daarbij misdoen. Voor den werknemer is het toch geheel onverschillig, hoe de patroon zijn verplichtingen nakomt, hij staat daarom in voor allen, die hij daarbij aanwendt.

Het uitgangspunt van deze vernuftige constructie is niet zeer stevig. Uit de arbeidsovereenkomst vloeit niet de verplichting van den patroon voort om den werkman veilig en wel af te leveren. De begeerde omkeering van den bewijslast [4]) valt dus op die manier niet te bereiken. De fout schuilt daarin, dat de werkman niet wordt willoos werktuig van den meester, noch de patroon heerscher over den wil van zijn personeel. [5]) De vergelijking met het transportcontract gaat niet op. Op den vervoerder rust de verplichting het goed ongeschonden af te leveren, omdat hij voor het behoud ervan moet zorgen. Men kan echter niet zeggen, dat de patroon den persoon van den werkman te

---

[1]) blz. 122: de patroon is „la tête de leurs bras"; blz. 173: de werkman is slechts „l'agent d'une volonté hors de (lui)".

[2]) Revue Critique 1883 blz. 616 noot 3.

[3]) Vgl. Baudry-Lacantinerie et Wahl XIX No. 2029—2038; Boas, de rechten der verzekerden krachtens de Ongevallen-wet 1901, Inleiding blz. 4—10, bij wien voor- en tegenstanders; verder er tegen: Drucker R. M. 1887 blz. 86.

[4]) anders Boas blz. 8.

[5]) zie hierover uitvoerig: P. Hubert-Valleroux, Le contrat de Travail blz. 273v.

zijner beschikking krijgt en hem aan zichzelf moet teruggeven, hij is geen voorwerp, maar blijft iemand met eigen initiatief, die alleen zijn werkkrachten ter beschikking van een ander stelt. Ook verschilt het arbeidscontract van de overeenkomst betreffend personenvervoer. Daarbij belooft de vervoerder den passagier veilig te zullen vervoeren. Daarvoor ontvangt hij betaling. De patroon daarentegen verplicht zich tot voldoening van loon aan den arbeider, die voor hem werkt. Ongetwijfeld moet hij redelijke voorzorgen nemen, opdat den arbeider bij de uitvoering van zijne taak geen ongevallen treffen. Maar in de afspraak tusschen patroon en werkman gesloten ligt niets, dat den arbeider het teeken geeft, elk ongeval dat hem treft, als gevolg van een tekortkoming van den patroon te beschouwen. Eerst als de patroon in wanpraestatie verkeert, heeft hij rechten. Dus de wanpraestatie moet hij aantoonen. Daarmee valt het belangrijkste stuk van Sainctelette's leer. Zelfs kan men vragen, of er nog wel iets van overblijft. De patroon gebruikt de medearbeiders toch niet om zijne contractueele verplichtingen tegenover dezen of genen arbeider uit te voeren. De daad van den medearbeider kan hier dus alleen in aanmerking komen als handeling van een „wildvreemden" derde, en alleen in zoover de verplichting tot vergoeding vestigen, als de patroon ze behoorde en kon voorkomen. Is nu de patroon verplicht tegen misslagen van medearbeiders maatregelen te treffen? Ongetwijfeld behoort hij te zorgen dat er in zijne werkplaatsen orde heerscht, dat er toezicht wordt gehouden. Als hij dat doet, verricht hij echter wat art. 1638 z verlangt. In ieder geval gaat het te ver een medearbeider aan de ziellooze in art. 1638 x B. W. bedoelde werktuigen te assimileeren en den patroon in het algemeen te laten opkomen voor iedere fout, die deze bezielde wezens begaan.

D. *Vervoer.* 1. Expeditie. Vastgesteld moet worden, welke verplichtingen de expediteur op zich neemt, want daarvan hangt zijn aansprakelijkheid voor wanpraestatie af (art. 86 K). Expediteur is hij, die zich belast met het doen vervoeren van goederen; hij zorgt dus niet voor het vervoer zelf, maar bezorgt het vervoer. Hij staat er voor in, dat het goed behoorlijk en zoo spoedig mogelijk verzonden wordt, en moet dus b.v. een behoorlijken vervoerder uitzoeken, zorgen, dat de route goed is en het vervoermiddel betrouwbaar. Verder is hij, als ieder, die de zaak van een ander onder zich heeft, verplicht als een goed huisvader voor het behoud daarvan te zorgen (artt. 1271, 1272 B.W.). De daad van een derde, dien hij voor dit laatste laat zorgen, is voor hem geen overmacht. Daarop is art. 1427 B.W. toepasselijk; voor de schuld van den derde moet hij opkomen. Daarentegen staat hij voor daden van den vervoerder niet in; hij is niet verplicht voor het vervoer te zorgen, want dat heeft hij niet op zich genomen. Ook is de vervoerder zelf jegens den afzender contractueel aansprakelijk, want tegenover dezen heeft hij het vervoer op zich genomen. De expediteur is slechts tusschenpersoon ter bezorging van het vervoer. Zoodoende bestaat aan aansprakelijkheid van den expediteur ter zake van het vervoer zelf ook geen behoefte. Voor derden, aan wie hij de zorg voor de expeditie opdraagt, d.w.z. die de expediteur op zijn beurt belast met het doen vervoeren der goederen, stelt art. 89 K. hem aansprakelijk („Hij staat ook in voor de tusschen-expediteurs door hem gebruikt"). Wie is tusschenexpediteur? Niet noodig is, dat de expediteur den derde heeft aangesteld, in zijn dienst heeft of in vaste relatie met hem staat. Onder het begrip valt ieder, dien hij gebruikt om de goederen te doen vervoeren: Rbk. Amsterdam 20 Febr. 1874 R.B. 1875 B blz. 280. Vervult deze tusschenexpediteur zijn verplichtingen niet behoorlijk, zorgt hij niet, dat de goederen behoorlijk en zoo spoedig

mogelijk verzonden worden, dan moet de expediteur den afzender de schade vergoeden. Vgl. Rbk. Rotterdam 10 Mei 1875 W. 3885: expediteur heeft op zich genomen te zorgen voor vervoer van wol; wordt deze op dek geladen (wat bij een dergelijk artikel niet behoort) en ontstaat daardoor schade, dan is hij daarvoor aansprakelijk, ook al heeft hij geen last tot op dek laden gegeven, maar geschiedde het door de schuld van een andere firma, door wie hij de expeditie liet uitvoeren.

Bestreden wordt de bepaling van art. 89 K door de Roo de la Faille [1]) en Hollander [2]). Hun eerste bezwaar is, dat de expediteur zooveel strenger aansprakelijk wordt gesteld dan de lasthebber. Terwijl deze volgens art. 1840 B. W. niet aansprakelijk is voor den onderlasthebber, indien hij dezen mag aanstellen en behoorlijk heeft gekozen, maakt art. 89 K. geen beperking. Die bedenking snijdt geen hout, want bij lastgeving ontstaat tusschen den lastgever en hem, dien de lasthebber in zijn plaats mag laten optreden, een band. De onderlasthebber is aan den lasthebber verantwoording schuldig. Daarentegen gaat bij expeditie de opdracht aan den derde geheel buiten den afzender om, omdat het hier niet een persoonlijke praestatie betreft. Ernstiger schijnt een tweede grief. De expediteur zou door de opdracht aan den tusschenexpediteur te geven, reeds zijn verplichtingen tegenover zijn principaal zijn nagekomen. [3]) Maar ook dit bezwaar houdt geen steek, want

---

[1]) Aanteekening op artt. 86—89 W. v. K. prft. 1890.

[2]) Het expeditiecontract Prft. 1892.

[3]) Vgl. R. d. l. Faille blz 57: „De taak van den expediteur is afgeloopen, zoodra hij de noodige overeenkomsten gesloten heeft met de personen, die het vervoer tot stand te brengen hebben (daaronder behoort dan ook de tusschen-expediteur)"; Hollander blz. 118: „Diens werkzaamheden bestaan alleen in de bemiddeling tusschen den afzender eener- en den vervoerder en tusschenexpediteurs anderzijds. Hij heeft alleen op zich genomen die personen voor den afzender uit te kiezen en door hen het vervoer en de verzending der goederen te doen plaats hebben".

de expediteur heeft niet op zich genomen te zorgen voor een behoorlijken tusschenexpediteur, maar de bezorging van het vervoer. Door het goed aan een tusschenexpediteur toe te vertrouwen heeft hij nog niet voor de verzending gezorgd. Dat is eerst geschied, als de tusschenexpediteur den vervoerder opdracht gegeven heeft het goed te vervoeren. De expediteur gebruikt den tusschenexpediteur om zijn verplichtingen na te komen, hij draagt hem op het vervoer te bezorgen en moet dus voor diens daden instaan. Het gebruik van den tusschenexpediteur gaat buiten den afzender om. Deze wil het goed vervoerd hebben; hoe de expediteur de totstandkoming van de vervoerovereenkomst zal bezorgen, is hem onverschillig, mits het slechts goed geschiedt.

2. Vervoer van goederen. Behalve de verplichting tot verplaatsing van het goed, rust op den vervoerder volgens zijn contract als voornaamste plicht die om te zorgen, dat het goed geen schade lijdt. Hij moet ervoor waken, dat de goederen behouden blijven, en dat hij in staat is deze ongeschonden af te leveren. Vgl. art. 1271 B. W.; art. 91 K. [1]) Bevrijd van deze aansprakelijkheid wordt hij door het bewijs, dat hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, dat de schade hem niet is toe te rekenen, dus door bewijs van overmacht. Van belang is de vraag, in hoever daden van derden, aan wie hij de uitvoering van zijn verplichtingen opdraagt, overmacht voor hem vormen. Onder deze derden vallen: *a*) zijn personeel (knecht van den beurtschipper, spoorbeambte, kapitein, schipper, bemanning en derg.); *b*) de loods; *c*) de bemanning van de sleepboot, door wie de vervoerder het schip met het te vervoeren goed laat sleepen; *d*) andere vervoerders, die het vervoer met hem bewerkstelligen.

---

[1]) Karsten Themis 1873 blz. 419; Sainctelette blz. 50; Josserand no. 563; Danjon II 715; Molengraaff blz. 408.

a) Ontkend wordt de aansprakelijkheid van den vervoerder voor derden door Karsten [1]), omdat in het algemeen de debiteur voor derden niet instaat. Onder culpa valt alleen eigen schuld (culpa in eligendo, custodiendo ten aanzien van derden) en art. 1403 B. W. mag en kan op contractueele verhoudingen niet worden toegepast. Hoezeer hij deze aansprakelijkheid wenschelijk acht [2]), ook art. 1649 B. W. houdt hij op vervoer niet voor toepasselijk, daar art. 1653 ten aanzien van vervoer naar het W. v. K. verwijst. Maar de regeling van het vervoercontract beperkt geenzins de aansprakelijkheid tot de eigen daad van den voerder en, voorzoover bepalingen ontbreken, zal de algemeene regeling van aanneming van werk, waaronder vervoer valt, ook daarop toepasselijk moeten worden geacht. Art. 1649 B. W. geldt in het algemeen dus ook voor den vervoerder; deze is aansprakelijk voor hen, die hij in het werk stelt. [3])

Voor het binnentransportrecht spreekt het W. v. K. niet over aansprakelijkheid voor derden. Art. 91 K. stelt den vervoerder aansprakelijk, als de schade niet door overmacht is ontstaan. Dit belet echter niet, dat de vervoerder aansprakelijk is, als zijn knecht het schip, waarin het te vervoeren goed geladen is, laat verongelukken, tenzij een of andere bijzondere omstandigheid hier overmacht in het leven riep. Vgl. Hof den Haag 25 Mei 1895, H. R. 27 Dec. 1895 P. v. J. 1896 no. 8 [4]); H. R. 20 April 1907 W. 8533: „in de bij art. 91 K. aan den voerman opgelegde aansprakelijkheid is begrepen die voor zijn door hem tot het vervoer gebezigde ondergeschikten". Een speciale en juist

[1]) Themis 1873 blz. 423.

[2]) Themis 1874 blz. 327.

[3]) Vgl. Tichelaar, Themis 1890 blz. 52; Molengraaff blz. 416; Sanders: Het cognossement blz. 185.

[4]) de Rbk. den Haag 17 April 1894 (aldaar aangehaald) verklaarde de vordering niet ontvankelijk, omdat de knecht het schip leidde en als zoodanig schipper was, en dus op den vervoerder art. 91 K niet toepasselijk.

geformuleerde uitspraak omtrent deze aansprakelijkheid geeft art. 62 van het Algemeen Reglement voor het spoorwegvervoer.

In het zeerecht wordt de hier bedoelde aansprakelijkheid niet uitdrukkelijk erkend. Toch kan men in enkele bepalingen aanduidingen in die richting vinden. Art. 321 lid 1 K. stelt den reeder aansprakelijk voor „de behandelingen en verbintenissen van den schipper". Onder handelingen vallen naast onrechtmatige daden ook daden, die de schipper verricht in de uitvoering van het den reeder bindend vervoercontract. Indien dergelijke handelingen niet-behoorlijke vervulling van de overeenkomst tengevolge hebben, is de reeder-vervoerder aansprakelijk, mits de schipper schuld heeft. Die beperking volgt uit 345 l.2. K. Het vestigt alleen aansprakelijkheid, in zoover de schade niet voortkomt uit overmacht. Intusschen, het artikel zegt ons niet, wanneer er ten aanzien van daden van derden overmacht is [1]). Maar in de artt. 346 en 348 K. vindt men daarvoor een aanwijzing. Er is ook aansprakelijkheid voor onbehoorlijke stuwage en voor lading op het dek zonder toestemming van den afzender. De inlading van het goed geschiedt door derden, die de vervoerder aan het werk zet; dus stellen de artikelen hem daarvoor aansprakelijk. De artt. 349 en 452 K. vestigen slechts een bijzondere gebondenheid van het schip ter zake van de schade, aan de lading door schuld van den schipper en schepelingen overkomen. Zij bepalen niet, dat deze daden voor den vervoerder geen overmacht vormen. In zoover laten zij weer de kwestie, die ons bezighoudt, open. Dat deert echter niet, omdat ook het zeerecht uit den algemeenen regel, uitgesproken in art. 1649 B. W., kan worden aangevuld.

---

[1]) Vgl. over de verschillende opvattingen omtrent de door art. 345 lid 2 geregelde aansprakelijkheid: Vinke, In hoeverre verbindt de schipper zich zelf, wanneer hij overeenkomsten sluit krachtens zijn ambt? Prft. 1896; verder Molengraaff blz. 533.

b. De loods wordt evenals de bemanning door den vervoerder gebruikt om het vervoer te bewerkstelligen. Dat deze verplicht is een loods te nemen en veelal zonder loods niet in staat zal zijn tot vervoer, doet daaraan niets af. Hij heeft tegenover den inlader het vervoer op zich genomen. Hoe hij zijn verbintenis uitvoert, moet hij weten. Alles wat ter uitvoering geschiedt, is echter voor zijn risico. Voor de personen daartoe door hem gebruikt, is hij aansprakelijk, al is het de partijen bij het afsluiten van de vervoerovereenkomst ook bekend, dat hun gebruik verplicht is. Vgl. Molengraaff blz. 602.

c. Sleepboot. Is de vervoerder aansprakelijk, als door schuld van het personeel van de sleepboot, welke hij het schip laat sleepen, waarin de lading wordt vervoerd, de te vervoeren goederen worden beschadigd? v. Slooten [1]) past ook in dit geval art. 1649 B. W. toe, het is een soort aanneming van werk en de sleepdienstondernemer valt onder het begrip van door den vervoerder in het werk gestelde personen. Maar op dezen algemeen geldenden regel maakt hij belangrijke uitzonderingen. Het kan voorkomen, dat men de vervoerovereenkomst in twee deelen kan splitsen. Evenals de bode van Rotterdam op Delft, die een pakje voor den Haag aanneemt, slechts voor vervoer tot Delft en voor expeditie van Delft naar den Haag instaat, zoo is bij vervoer in een schip, dat alleen door sleepen kan worden voortbewogen, de bedoeling van den inlader geen andere „dan deze, dat de eigenaar van het sleepschip, zoo deze zelf geen sleepbooten in de vaart heeft, het sleepen aan een derde zal overdoen, en dit doende, de leiding van het vervoer, zoolang gesleept wordt, voor het grootste gedeelte uit handen zal geven". Zoo Rbk. Rotterdam 14 Jan. 1914 W. 9677 (de vervoerder is voor schuld bij de sleepboot niet aansprakelijk, want de voortbeweging geschiedde

[1]) Sleepvaartrecht blz. 45v.

niet onder zijn toezicht, maar onder leiding van een ander); ook R. G. 24 Febr. 1912 E. Bnd. 78 blz. 380. (§ 278 B. G. B. niet toepasselijk, want de sleepboot staat niet onder toezicht of leiding van den debiteur, evenals de bode, die met het pakje per spoor reist of de voerman, die zich door een veerpont laat overzetten, voor spoorwegmaatschappij noch voor veerman aansprakelijk zijn). Deze opvatting berooft den regel van een zeer groot deel van zijn toepasselijkheid, want in de binnenvaart zal de verhouding, dat het schip onder leiding van den sleepbootkapitein vaart, zich heel vaak voordoen [1]), zoodat voor dat belangrijk deel der vaart de aansprakelijkheid van den vervoerder tot een doode letter wordt. Als de wet tot die conclusie verplichtte, zou men zich daarbij moeten neerleggen. Zoo slecht staat het met de rechten van den inlader echter niet geschapen. Hij heeft in de hier bedoelde gevallen wel degelijk verhaal op den vervoerder, omdat het feit, dat het vervoer niet onder de leiding van den vervoerder zelf geschiedt, niet dien invloed heeft, welke daaraan wordt toegekend. Evenzeer als het voor den crediteur (in het algemeen) onverschillig is, dat de schuldenaar een derde gebruikt om tot praestatie te komen, zoo is ook de wijze, waarop de debiteur den derde laat optreden van geen belang. Door aan een derde de leiding van het werk op te dragen kan de debiteur zich niet van zijn aansprakelijkheid bevrijden. Al weet de crediteur, dat dit onvermijdelijk is, het gebruik van den derde gaat buiten hem om, tenzij hij zelf den derde heeft aangesteld. Maar dan staat de derde tot hem in contractueele verhouding en is jegens hem aansprakelijk uit zijn overeenkomst [2]). De verdeeling van het contract in twee stukken, is daarom ook onjuist. Het niet door van Slooten nader omschreven deel zou hierin bestaan, dat de vervoeder, of liever: de debiteur, zijn schip

[1]) Zie van Slooten blz. 20.

[2]) Zie III blz. 88.

zou verhuren aan den inlader om te worden beladen en versleept, dus in ter beschikking stelling van de scheepsruimte tot vervoer. Dit is echter niet de bedoeling van den inlader. Deze wil het goed vervoerd hebben en de debiteur neemt op zich daarvoor te zullen zorgen: hij verbindt zich niet alleen scheepsruimte te verschaffen en een sleepboot aan te nemen. Dat de vervoerder zijn contract niet zonder sleepboot kan uitvoeren, is van geen invloed. Zoo kan bij aanneming van werk, de aannemer het evenmin zonder opzichters, werklieden enz. stellen. Zoo is ook, in de voorbeelden van het R. G., de bode zeker aansprakelijk voor schuld bij de spoorwegmaatschappij, evenzeer als de voerman voor den schipper van de veerpont. De vervoerder komt op voor de fouten van de sleepboot, want hij gebruikt het personeel daarvan om aan zijn verplichtingen jegens zijn crediteur te kunnen voldoen. Vgl. Rbk. Middelburg 30 Mei 1898 W. 7211; Molengraaff blz. 602.

d. Doorgaand vervoer. De vraag is, of de eerste vervoerder, die met den afzender het contract sloot, aansprakelijk is voor alle vervoerders, die medewerken aan het tot stand brengen van het vervoer. Het antwoord zal afhangen van den inhoud van de overeenkomst, van wat partijen bedoelen. Daaruit moet worden afgeleid, welke verplichtingen de debiteur op zich heeft genomen. Verbindt hij zich ook tot vervoer over trajecten, waarop hij niet met eigen middelen vervoert, m.a.w. is hij in zooverre transportondernemer, dan staat hij ook voor daden van die vervoerders in, want hij heeft de zorg voor het vervoer ook op die trajecten op zich genomen en hij is aansprakelijk voor de wijze waarop hij dat bewerkstelligt, en voor de personen, daartoe aangewend. Mogelijk heeft hij echter slechts op zich genomen vervoer op eigen lijn en zorg voor opdracht tot verder vervoer. Voor dit laatste deel staat hij dan alleen in als expediteur [1]). Dan is het contract in

[1]) Zie boven blz. 106.

twee deelen te verdeelen, vervoer en expeditie, maar dan is ook de andere vervoerder geen derde, maar als contractant jegens den afzender aansprakelijk. Duidelijk zal moeten blijken, dat dit de bedoeling is. Vgl. Molengraaff blz. 428, 617v.

3. Vervoer van personen. Welke verplichtingen rusten op den vervoerder van personen? Moet hij instaan voor behouden aankomst van den passagier, of is hij alleen aansprakelijk volgens art. 1401 v. B. W. ingeval deze de reis niet behouden volbrengt? Sainctelette [1]) grondt de aansprakelijkheid van den vervoerder op het vervoercontract. Evenals bij goederenvervoer de vervoerder het goed ongeschonden moet afleveren, zoo staat ook in dit geval de debiteur in voor schade, door den passagier geleden. Deze gelijkstelling is althans zeker ten deele, onjuist. Een mensch is niet een levenloos voorwerp, hij bezit het vermogen tot handelen en kan dus zelf schade veroorzaken. Daarom zal de passagier die den vervoerder aanspreekt, moeten bewijzen, dat de schade ontstaan is in verband met het vervoer. [2]) Van zijn kant kan de vervoeder dan aantoonen, dat tengevolge van het bestaan van overmacht de schade hem niet te wijten is.

Voor zijn personeel zal de vervoerder aansprakelijk zijn, als hij niet kan staven, dat hier geene schuld te verwijten valt. Hij bedient zich van hen om het vervoer te bewerken of laat toe, dat zij invloed daarop uitoefenen. Wanneer is dit het geval? Zeker ten opzichte van degenen, die het vervoermiddel besturen of bewaken, als de koetsier, de machinist, de conducteur en derg. Dit geldt ook ten opzichte van hen, aan wie hij opdraagt de zorg voor den weg, waarlangs de trein of de tram loopt. Ook voor den arbeider, die verzuimt het gladde perron met zand te

[1]) t.a.p. blz. 87v.

[2]) Vgl. Engelmann, Over de verplichtingen van den vervoerder van personen Prft. 1896 Hoofdst. II; Molengraaff blz. 431.

bestrooien, moet de spoorwegondernemer opkomen, als een reiziger dientengevolge valt. Er is dan dienstschade tijdens het loopen van het contract. [1]) Geen vergoeding is de ondernemer echter verschuldigd, als een bandiet een blok op de rails legt en zoo den trein doet derailleeren, (tenzij den lijnwachter schuld treft) of als een mede-passagier den reiziger vermoordt. [2]) In dit geval ontbreekt het onmisbaar verband tusschen het vervoer en de schade.

E. *Bewaargeving; Aansprakelijkheid van den herbergier* (artt. 1746, 1747, 1748 B. W.). Men kan ten aanzien van deze artikelen in de eerste plaats vragen, of zij contractueele aansprakelijkheid regelen. De wet spreekt van bewaargeving uit noodzaak. Daarvoor ontbreken echter elementen. De gast stelt den herbergier de goederen niet ter hand (art. 1731). Vandaar dat Diephuis [3]) spreekt van een aansprakelijkheid uit de wet. Maar dit gaat te ver. De verplichtingen, welke den herbergier in deze artikelen worden opgelegd, volgen uit zijn contract, dat hij met den gast heeft afgesloten. Naast zijn verplichting tot beschikbaarstelling van een kamer en van onderhoud, staat die tot zorg voor het goed van den gast. Door zijn eigendom in het hotel te brengen, vertrouwt deze het aan den hotelhouder toe. Vgl. Opzoomer blz. 57; Asser-Limburg blz. 703. [4])

De artt. 1747 en 1748 bepalen den omvang van de aansprakelijkheid van den herbergier. Hij wordt verantwoordelijk gesteld voor schade aan of diefstal van het goed, welke in daden van zijn bedienden of van anderen hun oorzaak vinden. Hierbij zijn te onderscheiden:

---

[1]) Vgl. R. G. 5 Oct. 1903 E Bnd, 55 blz. 335.

[2]) Vgl. Engelmann blz. 91; anders: Sainctelette.

[3]) XI blz. 138.

[4]) „Die zorgen en verplichtingen zijn inhaerent aan de overeenkomst tusschen reiziger en logementhouder."

1) Personen, die met den wil van den hotelier optreden:

a) Zijn ondergeschikten. Zij helpen hem zijne verplichtingen na te komen. Voor hen is hij dus aansprakelijk overeenkomstig den algemeenen regel, die geldt ten aanzien van derden, krachtens opdracht van den schuldenaar bij de uitvoering van de overeenkomst optredend.

b) andere gasten, die hij opneemt. Ook ten aanzien van deze bestaat bij den herbergier de wil hen invloed op de nakoming van zijn verplichtingen te laten uitoefenen. Dat blijkt uit het feit, dat hij hen herbergt. Daardoor schept hij de mogelijkheid, dat zij, onbehoorlijk optredend, de goederen van den eersten reiziger beschadigen of stelen.

2) Willekeurige derden. De uitdrukking „ieder ander persoon" in art. 1747, laat niet toe eenige beperking te maken. Ook voor personen, die onafhankelijk van zijn wil hem verhinderen zijn verplichtingen te vervullen, wordt hij hier dus aansprakelijk gesteld. Het staat hem niet vrij overmacht te bewijzen. Reeds in het Romeinsche recht kwam deze bepaling voor. Zij diende om den reiziger te waarborgen tegen schade, welke hij zou kunnen lijden door de onbetrouwbaarheid van de caupones, die in dat opzicht berucht waren.[1]) Thans is het voorschrift hard. Samenspanning met vreemden tot berooving van gasten behoort niet meer tot de feiten, waartegen de wet speciale waarborgen dient te scheppen.

Ook in het tweede geval berust de aansprakelijkheid op schuld bij den herbergier. Hij moet diefstal enz. door derden voorkomen. Op overmacht kan hij zich pas beroepen, als de omstandigheden in art. 1748 genoemd zich voordoen. Zij bestaat als de diefstal gewelddadig is en indien het feit gepleegd wordt door een persoon, dien de gast bij zich heeft toegelaten. In dit laatste geval treedt

---

[1]) Vgl. Gratama, De verantwoordelijkheid der herbergiers en logementhouders Prft. 1885.

de derde op met den wil van den crediteur zelf en heeft deze zich de schade zelf te wijten.

De in art. 1747 bedoelde aansprakelijkheid kan bij overeenkomst worden uitgesloten. In het algemeen kunnen partijen hare verhouding toch regelen zooals zij begeeren, mits zij slechts niet in strijd komen met de goede zeden. Een eenzijdige wilsverklaring van den herbergier op zich zelf is daarvoor echter niet voldoende, want een debiteur kan zich niet, zonder de toestemming van den schuldeischer, van zijne contractueele aansprakelijkheid bevrijden.

HOOFDSTUK V.

DUITSCH EN ZWITSERSCH RECHT MET BETREKKING TOT DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DEN SCHULDENAAR VOOR DOOR DERDEN VEROORZAAKTE WANPRAESTATIE.

A. *Duitsch recht.* In § 278 bepaalt het Duitsche Bürgerliche Gesetzbuch: „Der Schuldner hat ein Verschulden ... der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden." Dit voorschrift vergeet met zooveel woorden aan te geven — en daaruit is alle onzekerheid over de toepassing voortgekomen — in welke gevallen de debiteur voor andermans schuld instaat.

Toch is het niet lastig vast te stellen, wanneer de bepaling gelden moet, mits men er niet meer gevallen onder verlangt te brengen dan waarvoor zij geschreven is. Immers § 278 handelt over de aansprakelijkheid van den schuldenaar, die in verzuim verkeert. Evenzeer als deze hierbij moet opkomen voor zijn eigen schuld, moet hij instaan voor de schuld van derden, die hij tot vervulling van zijne verbintenis gebruikt. Nu is de verver niet als schuldenaar tot vergoeding gehouden, indien hij, bezig met het inzetten van een ruit voor den crediteur, een voorwerp uit diens huis steelt. Hij is dus ook niet volgens zijn contract tot vergoeding van de schade verplicht, als hij die werkzaamheid aan zijn knecht opdraagt en deze zich daarbij aan hetzelfde feit schuldig maakt. In beide gevallen berust de

aansprakelijkheid van den ververpatroon op onrechtmatige daad.

De juistheid dezer opvatting wordt nog bevestigd door de aanduiding van de personen, voor wie de schuldenaar aansprakelijk is. Zij moeten „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit" dienen. Verder komt hunne schuld te zijnen laste „in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden". Ook de plaats, waar de bepaling is ondergebracht, wijst in deze richting: § 278 preciseert nader § 276: „der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten." Gaat men bovendien de gedaanteverwisselingen na, die § 278 bij de tot stand koming doorloopen heeft, dan blijkt duidelijk de bedoeling van den wetgever de paragraaf enkel voor wanpraestatie op te stellen. In Entwurf I luidt § 224: „Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens... derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient." Zonder verandering van den inhoud werd dit voorschrift beter geformuleerd: „Der Schuldner haftet wegen Nichterfüllung auch dann, wenn diese auf ein Verschulden . . . solcher Personen beruht, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient." Daarop werd de redactie met het oog op verplaatsing van de paragraaf, wederom zonder dat men aan den inhoud wilde raken, gewijzigd in (Entwurf II § 234) „Der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden". De eindtekst bracht ten slotte hierin alleen een verandering in de aanduiding van de derden [1]).

Alleen ingeval van wanpraestatie geldt § 278 dus ter bepaling van de aansprakelijkheid van den debiteur. De daad van een derde, welke oorzaak is der wanpraestatie vormt voor den schuldenaar geen overmacht, als die derde

[1]) Vgl. Protokolle I blz. 303; Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Cesetzbuch I (1903) blz. 326 noot 41, blz. 328 noot 48.

door den schuldenaar tot vervulling van zijn verbintenis is gebruikt en schuld heeft. Vgl. Goldmann-Lilienthal t. a. p. blz. 328[1]); Engelmann (-Dernburg) II 2 blz. 173; Brodmann Iher. Jahrb. 58 blz. 196[2]); Ehrenberg-Rundnagel, Handbuch des Handelsrechts V blz. 206.[3]) Terecht onderzoekt daarom ook het R. G. 28 Juni 1901, E Bnd. 49, blz. 26, of er een contract bestaat, vóór over te gaan tot toepassing van § 278.[4])

Dat § 278 deze beperking niet duidelijk uit laat komen, geeft Brodmann het volste recht om de regeling „stark miszglückt" te noemen (blz. 189). Dit staat althans vast, dat men de beperking doorgaans over het hoofd ziet. Nauwelijks acht men het de moeite waard te verklaren, waarom men ze verwerpt.[5]) De oorzaak hiervan werd boven[6]) reeds medegedeeld. Van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van derden kan men zich ingevolge § 831 bevrijden door het bewijs van behoorlijke keuze of behoorlijk toezicht. In vele gevallen kan de principaal zich op die manier aan de verplichting tot vergoeding onttrekken, wier erkenning het rechtsgevoel eischt. Als er dan een contractueele verhouding tusschen den benadeelde en dengeen, die den derde in het werk stelt, bestaat, kan men zijn verlangen naar

---

[1]) „Entscheidend ist allein, ob ein Verschulden in Bezug auf Erfüllung vorliegt, ob durch das Verschulden der Hilfsperson die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung verursacht ist".

[2]) Die het volgende voorbeeld geeft: voerman moet een vat in een kelder afleveren; § 278 is wel toepasselijk, indien zijn knecht, daarbij onvoorzichtig te werk gaande, het vat beschadigt, niet, als hij het vat ruw in den kelder laat rollen en zoo een daar staande machine stuk maakt.

[3]) Slechts in het geval „wo das Versehen zugleich als eine Verletzung der Vertragspflicht sich darstellt, greift § 278 B. G. B. Platz (R. G. 26.5.'06 J. W. '06, 461)".

[4]) Het hoofd van het kantoor van den notaris had een wissel om te protesteeren aangenomen, welk protest dien dag nog moest geschieden, maar hij legt pas 's avonds den wissel aan den notaris over; er bestond geen contract, dus kon § 278 niet worden toegepast.

[5]) Vgl. Oertmann over Goldmann-Lilienthal blz. 97; Brodmann blz. 196.

[6]) Hoofdstuk II blz. 43.

eene billijke oplossing bevredigen door de aansprakelijkheid van den principaal op de overeenkomst te gronden. Ingevolge § 278 staat den debiteur niet het bewijs van behoorlijk toezicht vrij.

Zoo gelukt het alle handelingen, welke in eenig verband met de uitvoering van een overeenkomst staan, en den crediteur schade berokkenen, onder § 278 te brengen, want iedere beperking wordt dan willekeurig. De consequentie's, tot welke deze opvatting voert, zijn evenwel onhoudbaar. De behanger A moet b.v. voor B gordijnen ophangen; hij stuurt daartoe zijn knecht C met een ladder, maar deze gaat onvoorzichtig te werk: scheurt het gordijn, werpt met de ladder de pendule van den schoorsteen, beschadigt een ornament in de gang, drukt voor hij in huis komt een raam in, en stoot, op zijn weg naar het werk, als hij langs een ander huis van B komt, ook daar met zijn ladder door eenige ruiten. Waar moet men de grens voor de toepasselijkheid van § 278 trekken? In al deze gevallen bestaat er tusschen A en B een contractueele verhouding en is er schuld bij C, dien A „zur Erfülling seiner Verbindlichkeit" gebruikt. Dezelfde moeilijkheid rijst, indien de knecht bij zijn werk in het huis van den schuldeischer twee vazen stuk stoot, waarvan de een aan den crediteur, de andere aan een vriend toebehoort. De meester zou ten opzichte van den crediteur ingevolge § 278, tegenover den vriend ingevolge § 831 aansprakelijk zijn, en dus tegenover den laatste behoorlijke keuze en voldoend toezicht mogen bewijzen.

Algemeen wordt erkend, dat men de aansprakelijkheid van § 278 zoover niet mag doorvoeren. Daaruit ontstonden de vele pogingen om een beperking te vinden. De questie loopt voornamelijk over de vraag, of en in hoever schade ontstaan bij gelegenheid van de uitvoering van de verbintenis ook onder § 278 is te brengen. Oertmann, § 278 aant. 3 b.β bespreekt vier verschillende meeningen: 1, de schade

moet toegebracht zijn aan het „Leistungsobject"; 2, de daad moet geschied zijn in uitvoering van de verplichting, zoodat § 278 ook geldt ten aanzien van schade, aan andere voorwerpen toegebracht; 3, voldoende is het, indien de schade ontstond bij gelegenheid van de uitvoering; 4, zelfs is niet noodig een „Erfüllungshandlung", maar maakt de enkele omstandigheid, dat de derde tot nakoming werd gebruikt, § 278 toepasselijk. De eerste en de laatste meening verwerpt hij als te beperkt en te ver gaand, de tweede is de heerschende leer en is volgens hem de juiste, want alleen deze „berücksichtigt das innere Moment". Maar hiermee is de moeilijkheid alles behalve opgelost. Het is onmogelijk vast te stellen, welke handelingen in uitvoering van de verbintenis, welke slechts bij gelegenheid daarvan zijn verricht. Wat b.v. te zeggen van voorbereidingshandelingen? Oertmann geeft als voorbeelden van handelingen „in uitvoering" verricht: een werkman moet een lamp ophangen en stoot met de ladder een ruit in; de schilder, die het huis moet verven, laat een timmerman een stelling oprichten, die daarbij een ruit breekt. Waarom kan men echter ook als zoodanig niet beschouwen de daad van den koetsier van den dokter, die bij het binnenrijden de poort van het huis van den zieke beschadigt? En waarom zou, in deze opvatting, § 278 niet gelden, als een glazenmakersknecht, die een ruit moet inzetten, in de kamer rondloopend een vaas omstoot? Oertmann c.s. zeggen, dat die feiten hier niet „in uitvoering van de verplichtingen" geschieden. Maar indien nu die knecht zijn gereedschappen onder zijn arm had en deze zoover uitstaken, dat zij de vaas raakten, staat het geval dan niet gelijk met dat, waarin de knecht met zijn ladder een ruit brak, toen hij de lamp moest ophangen?

Al eischt het R.G. voor toepassing van § 278 in beginsel het bestaan van een contract, toch vindt men ook in zijn uitspraken dezelfde onzekerheid, want het beperkt de toe-

passing niet tot niet-nakoming van het contract. Vgl. R.G. 27 Sept. 1904, E Bnd. 59 blz. 22: de theaterondernemer is verplicht tot „die Veranstaltung der angekündigten Vorstellung" en de personen, die hij daartoe gebruikt zijn zijn Hilfspersonen volgens § 278. (Daaruit mag men toch niet tot contractueele aansprakelijkheid besluiten voor schade, welke bij die voorstelling door een van degenen, die aan de voorstelling meewerken, aan een toeschouwer wordt toegebracht); R. G. 20 Febr. 1914 E Bnd. 84 blz. 222 (evenzoo: Bnd. 63 blz. 341): een bediende, die na afloop van zijn dienst in het kantoor zijn handen wascht, handelt nog in de uitvoering van zijn werk. (Wat heeft dat echter te maken met de vervulling van de verplichtingen van den huurder; alles komt aan op handelen ter vervulling daarvan); Hamburg 14 Mrt. 1908 (Warneyer, das Bürg. Gesb. § 278 No. 18): de koetsier van den verkooper laat het voorwerp zoo ongelukkig vallen in het huis van kooper, dat diens kind verwond wordt; § 278 wordt toepasselijk verklaard [1]).

[1]) Een duidelijke uiteenzetting van de vele moeilijkheden waartoe § 278 aanleiding gaf en van de willekeurigheid, waarmee de grens zijner toepasselijkheid getrokken wordt, vindt men bij Brodmann Iher. Jhrb. 58 blz. 187v. Met nadruk wijst deze erop, dat men hier verzuimt behoorlijk tusschen de delictueele aansprakelijkheid en die uit contract te onderscheiden. § 278 bepaalt eenvoudig, dat de schuldenaar, indien een derde voor hem werkt en wanpraestatie door schuld veroorzaakt, zich niet op overmacht kan beroepen. Was dit goed in het oog gehouden, dan had ook de strijd over den grondslag van deze bepaling achterwege kunnen blijven. Geen van de vele daarover verkondigde theorieën heeft een bevredigende oplossing gebracht. Zie daarover: Verhandlungen des XVII^ten^ D. Juristentages; van Lennep Pfrt 1e deel; Hoffman, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen Diss. Freiburg 1902 I Abschnitt; Brodmann t.a.p. blz. 205v.; Becqué t.a.p. blz. 269v. Sommige verklaren in het geheel niet, waarom de debiteur hier aansprakelijk moet zijn. Zij bepalen zich ertoe slechts met andere woorden te herhalen, dat er aansprakelijkheid bestaat. De debiteur zou de garantie voor schade door derden op zich nemen. Men veronderstelt dus eenvoudig, dat partijen die bedoeling hadden. Doorgaans zullen de partijen echter in het geheel niet aan de kwestie gedacht hebben. De vertegenwoordigings- en werktuigstheorieën geven een hinkende vergelijking. De derde is toch inderdaad niet de vertegenwoordiger noch het werktuig van den

Een tweede bedenking tegen § 278 geldt de uitdrukking „*sich bedienen zur* Erfüllung". Die formule is beperkt en moet leiden tot onhoudbare onderscheidingen. Speciaal geldt dit voor verplichtingen, welke bestaan in zorg dragen, dat iets niet geschiedt. Terwijl bij verbintenissen om bepaalde handelingen te verrichten de wil van den schuldenaar zich zal uiten in een opdracht aan een derde, vestigt bij de andere de toestemming tot de verrichting, die den derde de gelegenheid geeft het verbodene te doen, reeds aansprakelijkheid. Toch valt die toestemming niet onder „sich bedienen zur Erfüllung." Vooral t. a. v. huur komt dit duidelijk uit. Nussbaum, die de toepasselijkheid van § 278 zeer beperkt, denkt daarover anders. Hij onderscheidt „echte" en „unechte Verbindlichkeiten". De eerste zijn verplichtingen tot overdracht van een oeconomische waarde aan den crediteur, „eine Leistung an den Gläubiger", de andere, vooral die tot zorg dragen, zijn geen eigenlijke verplichtingen, want ze vormen slechts de keerzijde van het recht van den debiteur uit de overeen-

---

schuldenaar. Ook Enneccerus' theorie gaat niet op. Volgens hem zou het doel van de verbintenis bevrediging van het belang van den schuldeischer zijn. Moet hij zelf handelen, dan staat hij in voor eigen zorg; is een handeling van een derde voor die bevrediging vereischt, dan staat hij voor diens zorg in. De verbintenis is echter in het algemeen op praestatie gericht. Er moet, onverschillig hoe en door wien, voldaan worden. Andere opvattingen leiden weer tot consequenties, die veel te ver voeren. Naar de Erfolgstheorie zou het op het resultaat aankomen. Dat beteekent, dat de debiteur ook voor toeval in zou moeten staan. Dit is alleen voor generieke verbintenissen juist. De Gefährdungstheorie opereert met de gedachte, dat de schuldenaar de belangen van den crediteur door een derde te gebruiken in gevaar brengt. Op die manier komt men bijna tot aansprakelijkheid op grond van bloote veroorzaking. Mits slechts voor den crediteur schade ontstaat, is de debiteur aansprakelijk, want hij heeft den derde te werk gezet en zoo het gevaar geschapen. Tegen de profijtstheorie zou men min of meer verwante bedenkingen kunnen inbrengen. En wat ten slotte de Herrschaftstheorie van Brodmann (de derde moet niet zelfstandig optreden, maar in afhankelijke positie werken) aangaat, zij past zeker niet voor § 278, want deze stelt in dit opzicht geenerlei beperking op. Vgl. Oertmann aant. 2b; Dernburg II § 68 aant. III b.

komst. Algemeen wordt deze voorstelling bestreden. Alleen Schneider [1]) valt Nussbaum bij. Ook hij noemt de verplichting tot zorgen slechts een „sogenannte Pflicht", want zij is, evenals b.v. de verplichting tot wisselprotest slechts een voorwaarde voor de uitoefening van het recht, dat de schuldenaar zijnerzijds uit de verbintenis afleidt. Zoo hangt ook het recht van den verzekerde op uitkeering van de voorwaarde af, dat deze geen schuld aan het ongeval heeft, d. w. z. voldoende zorg heeft betoond. Ook hier spreekt men van een plicht van den verzekerde. Het gaat echter niet aan de zorg, die de huurder voor het huis moet hebben en al dergelijke plichten, met deze verplichting van den verzekerde op één lijn te stellen. De huurder heeft immers het recht het huis te gebruiken en moet daarnaast voor het huis behoorlijk zorgen. Zijn aanspraak op gebruik ontstaat onafhankelijk van het betoon der vereischte zorg. Volgens de leer van Schneider zou de huurder echter eerst moeten „zorgen" om pas daarna zijn recht te verwerven. Dit is echter niet juist, want gemis aan de vereischte zorg verplicht enkel tot schadevergoeding en schenkt den verhuurder ten hoogste het recht de ontbinding van de huur te vragen (artt. 1600, 1597 B. W.) Daar ook de Duitsche wet niet de minste aanleiding tot de bestreden opvatting geeft, dient men de theorie van Nussbaum ook voor dit recht te verwerpen. [2])

De woorden: „sich zur Erfüllung bedienen" zien op handelen in opdracht tot nakoming. In zoover, gelijk bij huur, de verbintenis van den debiteur in „zorgen" bestaat, vinden zij dus alleen toepassing, indien de huurder de zorg voor het huis aan een derde toevertrouwt (bv. opdracht tot schoonhouden aan een werkster). Dat neemt ook Brodmann [3]) aan. Onder „sich bedienen" moet men verstaan het aan-

[1]) Ihering's Jahrbücher 53 blz. 1 v.
[2]) Vgl. Oertmann § 278 aant. 3a.
[3]) t.a.p. blz. 257.

wenden van een derde ten einde de praestatie te bewerkstelligen. Hoffmann [1]) zegt terecht, dat § 278 daarom te beperkt is, want dat de huurder aansprakelijk behoort te zijn voor ieder, wien hij het gebruik van het huis toestaat (als kinderen, gasten en derg.). Aan de woorden van § 278 kan hij echter niet ontkomen. De jurisprudentie van het R. G. toont ook, hoe belemmerend § 278 bij huur werkt. Terecht stelt dit gerecht vast, dat op den huurder de verplichting rust „die Mietsache schonend zu behandeln und alles beschädigende zu vermeiden". De redeneering sluit evenwel niet, als het aanneemt, dat de debiteur tot vervulling van dien plicht den bootwerker gebruikt, dien hij het gehuurde schip laat lossen [2]). Wel zou men nog kunnen zeggen, dat de knecht, dien de huurder in de gehuurde loods laat werken „mit der Erfüllung der Vertragspflichte betraut wird". [3]) Zoo drukt zich § 278 echter niet uit. Men mag den bediende, die, als hij na zijn werk zijn handen wil wasschen, de waterleiding afgesloten vindend, de kraan open laat staan, daarom niet zooals R. G. 20 Febr. 1914 [4]) in den zin van § 278 „Erfüllungsgehülfe" van den huurder noemen. Deze bedient zich niet van hem om het huis te gebruiken, maar laat hem daarin slechts toe, opdat hij voor hem werke. In de praktijk voert § 278 dan ook tot wonderlijke onderscheidingen. [5]) Zoo zou de huurder niet instaan voor de min van zijn kind, als die het huis beschadigt, wel voor zijn dienstbode, die het huis moet schoonhouden. [6]) De onhoudbaarheid blijkt ook uit het volgende voorbeeld. [7]) De dienstbode die de ruiten moet zeemen en er een breekt valt onder § 278. Daaren-

[1]) t.a.p. blz. 144.
[2]) R. G. 7 Juni 1909 E Bnd. 71 blz. 330.
[3]) R. G. 5 Nov. 1915 E Bnd. 87 blz. 276.
[4]) E. Bnd. 84 blz. 222.
[5]) Vgl. Dernburg II 2 blz. 172.
[6]) Vgl.: Goldmann-Lilienthal I blz. 327 noot 42.
[7]) Brodmann t.a.p. blz. 240.

tegen zou die bepaling niet toegepast kunnen worden, indien zij, pratend met een vriendin op straat, het ongeluk had daarbij door de ruit te stooten.

Soortgelijke opmerkingen kan men maken ten opzichte van de op den schuldenaar rustende verplichtingen tot nalaten. De debiteur gebruikt den derde niet tot vervulling van dezen onthoudingsplicht maar tot de verrichting van handelingen, waarbij de verplichting tot nalaten geschonden kan worden. Door den derde die handelingen op te dragen, aat hij hem inwerken op de nakoming van zijn verplichtingen en daarom behoort hij voor fouten van den derde in te staan. Het R. G. past hier § 278 wel toe, maar ten onrechte. Vgl. R. G. 29 Mrt. 1906, E. Bnd. 63 blz. 116 (bij verbod tot verkoopen onder bepaalden prijs, is er alleen sprake van vervulling van deze verplichting, als hij verkoopt; laat hij een derde verkoopen, dan „läszt sich schon sagen", dat hij zich van dezen tot vervulling van zijn verplichting bedient.) Men kan het zoo wel zeggen, maar de uitspraak klopt niet met de werkelijkheid. De schuldenaar gebruikt den derde om te verkoopen, niet om beneden bepaalden prijs te verkoopen. Ontkend wordt dan ook — en met het oog op § 278 niet zonder reden — de aansprakelijkheid voor de daad van een derde, waardoor de debiteur zijn verplichting tot niet-doen niet nakwam, door R. G. 8 Mrt. 1912. [1])

B. *Zwitsersch Recht.* Art. 101 Schweizerisches Obligationenrecht luidt: „Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugter Weise, durch eine Hülfsperson, wie Hausgenossen, Arbeiter oder Angestellte, vornehmen läszt, hat dem Andern den schaden zu ersetzen, den die

[1]) E. Bnd. 79 blz. 36, zie boven blz. 75.

Hülfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht." Al geeft dit artikel niet met zooveel woorden aan, wanneer deze aansprakelijkheid voor een derde intreedt, men behoeft hier niet, gelijk ten aanzien van het Duitsche voorschrift, een min of meer gewrongen uitleg te aanvaarden om tot een practisch bevredigend resultaat te komen. Immers een duidelijke bepaling van de gevallen, waarin het artikel toegepast moet worden, geeft het opschrift van de afdeeling, waarin het staat: „Die Folgen der Nichterfülling". Dus regelt het voorschrift de gevolgen van de niet- of niet-behoorlijke vervulling, door de daad van een derde teweeggebracht [1]). Intusschen, opdat de principaal voor de daad aansprakelijk zij — zoo leert Oser [2]) moet causaal verband tusschen het gebruik van den derde en de schade bestaan. Dat leidt hij af uit den eisch, dat de schade „in Ausübung ihrer Verrichtungen" veroorzaakt zij. Vergeleken met § 278, is art. 101 zeer ruim geredigeerd. Tegenover het beperkte „zich bedienen zur" van het Duitsche recht, staat hier „vornehmen läszt". Hieronder vallen, zooals ook Oser II 2c zegt, niet alleen personen, handelend in opdracht, maar ook zij „die er blosz gewähren läszt mit seinem Wissen." De bepaling bestrijkt dus een zeer wijd veld, vooral omdat veroorzaking door den derde voldoende wordt geacht [3]). Oser prijst daarom het nieuwe recht. Dank zij de prijsgeving van de „schuld" kan men nu den principaal laten opkomen voor daden

---

[1]) Vgl. Gysler, Haftung für fremde Culpa nach Schweiz. Obl. Recht, Zürich 1892 blz. 72: „Darauf kommt es eben an, ob der betreffende Contrahent bei Erfüllung der Obligation das erhält oder das noch hat, was er gemäsz dem Obligation-Inhalt erhalten oder noch haben sollte". „Ist das Ziel der Obligation, das was zie bezweckte, erreicht oder nicht".

[2]) Kommentar zum schweiz. Zivilgezetzbuch V: Das Obligationenrecht art. 101 aant. III 2.

[3]) Anders: de oude redactie van 1881 art. 115 S.O.R.: „Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter."

van ontoerekeningsvatbaren, die hij mocht gebruiken. Maar dit motief schijnt niet boven bedenking. Niet alleen gaat het te ver enkel veroorzaking te vorderen. Men kan, mits men het bestaan van schuld slechts objectief, van het standpunt van den redelijken mensch beoordeelt, heel wel op daden van ontoerekeningsvatbare derden de aansprakelijkheid van den principaal vestigen.

Slotsom. De Duitsche (§ 278) en Zwitsersche (art. 101) regelingen bewegen zich in dezelfde lijn. Afgezien van redactioneele verschillen verklaren zij in het algemeen den schuldenaar, onder zekere voorwaarden, aansprakelijk voor de daden van hen, van wie hij zich tot vervulling van zijne verbintenis bedient. Op het eerste gezicht meent men in dergelijke voorschriften eene volledige, afgeronde voorziening te vinden. Niets is echter minder waar. Speciale contracten vestigen eene veel verder reikende verantwoordelijkheid. De vervoerder, de herbergier moet in het algemeen alle inwerking van derden op het hem toevertrouwde goed weren. Hij staat, als hij dat niet doet, voor hunne daden in. De huurder behoort te zorgen, dat wie met zijn toestemming in zijn huis komt, daaraan niets beschadigt. Hij moet opkomen nu wel niet voor de daden van alle derden, maar dan toch voor daden van derden, die zeker niet zijn „uitvoeringshelpers". Zoo zou voor menig contract, dat het verkeer kent, een aansprakelijkheid zijn vast te stellen, veel verder reikend dan die van § 278 of art. 101. Dientengevolge ontstaat de schijn van tegenstrijdigheid. Men toetst de bijzondere gevallen aan den algemeenen regel en deze blijkt niet te passen. Zoo wekt de wetgever verwarring. Zij wordt vermeden, indien men de in § 278 en art. 101 neergelegde gedachte zoo uitdrukt, dat onmiddellijk hare beperkte strekking in het

oog springt. Wat is de bedoeling van die bepalingen? Eigenlijk niets anders dan het overmachtsbegrip te bepalen t. a. v. de daden van *bepaalde* derden. Zij zeggen, dat, onder zekere voorwaarden, de daad van den derde, wiens hulp de schuldenaar tot de vervulling van zijn verbintenis inroept, nooit als overmacht is te beschouwen. Als men dat bedenkt, ligt de oplossing voor de hand. De wetgever drukke zich negatief uit. Hij zegge niet, dat de schuldenaar onder zekere voorwaarden voor de daden van helpende uitvoerders moet opkomen. Hij sluite aan bij het alles beheerschend beginsel van art. 1280 B. W., dat de schuldenaar, behoudens uitzondering, voor *alle* wanpraestatie moet instaan, en bepale zich ertoe te verklaren, dat de daden van derden, mits zekere voorwaarden zijn vervuld, *nooit* overmacht vormen. Aldus geformuleerd toont de regel terstond zijne beperkte werking! Niemand kan zich dan verwonderen, dat in tal van speciale gevallen de wetgever verder gaat en de overmacht t. a. v. daden van derden nog meer beperkt. En niemand zal dan op de gedachte komen, dat de bepaling, die in het algemeen het overmachtsbegrip t. a. v. daden van derden omschrijft, iets nieuws aan de verplichtingen van den schuldenaar toevoegt. Integendeel, dat de schuld en de aansprakelijkheid van den schuldenaar, die ten gevolge van de daad van *eenigen* derde in verzuim geraakt, in beginsel zijn gegeven, zal dan uit de formuleering van de bepaling duidelijk blijken. Dientengevolge zal niet — als met betrekking tot § 278 D. B. G. B. en art. 101 S. O. R. — de voorstelling kunnen postvatten, alsof de schuldenaar voor daden van derden niet verantwoordelijk zou kunnen zijn, tenzij de voorwaarden voor de daarin omschreven aansprakelijkheid zijn vervuld.

STELLINGEN.

g 3012

I.

Hij, die aan een ander (niet-ondergeschikte) opdraagt zekere werkzaamheden voor hem te verrichten, is aansprakelijk voor de schade ontstaan tengevolge van onrechtmatige daden, die de derde bij de uitvoering in het kader van de opdracht en met verwaarloozing van de vereischte zorg pleegt, tenzij hij bewijs levert behoorlijk toezicht op het werk van den derde te hebben gehouden.

II.

Indien de debiteur zich bij de vervulling van zijne verbintenis door een derde laat bijstaan, en diens bij die medewerking gepleegde daad wanpraestatie ten gevolge heeft, kan hij zich, mits de derde schuld heeft, nooit op overmacht beroepen.

III.

De huurder heeft zich aan een na de verhuur op het verhuurde goed gelegd servituut niet te storen.

IV.

De vermelding bij huwelijksche voorwaarden van ten huwelijk aan te brengen goederen, bewijst tusschen de echtgenooten, wanneer het huwelijk gevolgd is, zonder dat verandering in de huwelijksche voorwaarden werd gemaakt, dat de aanbreng ten huwelijk dier goederen ook inderdaad

heeft plaats gegrepen, behoudens tegenbewijs (in dezen zin H. R. 4 Jan. 1918 W. 10236).

V.

Zuivere aanvaarding door den voogd van een aan zijn pupil opengevallen nalatenschap is vernietigbaar.

VI.

De verkooper kan de kosten, gemaakt door niet-betaling van den door hem op den kooper getrokken wissel terugvorderen.

VII.

Den naasten bloedverwanten van den verzekeringnemer, door dezen herroepelijk als derden-bevoordeelden aangewezen, een onaantastbaar recht op de verzekerde som, zij het tot een bedrag noodig voor hun levensonderhoud, toe te kennen, strijdt met den aard van het contract.

VIII.

Onder „ten uitvoerlegging" in art. 350 W. v. B. Rv. valt ook de procedure over het vereffenen van kosten, schaden en interessen.

IX.

Strafbare uitlokking van een culpoos misdrijf is mogelijk.

X.

Terecht besliste de H. R. (14 Jan. 1918 W. 10227), dat voor de toepasselijkheid van art. 326 W.v.Sr. de geldigheid naar burgerlijk recht van de schuld, tot het aangaan waarvan werd bewogen, onverschillig is.

XI.

Het gerechtshof is ingeval van art. 174 W. v. Sv. bevoegd rechtsingang met gevangenneming te bevelen.

XII.

Voor schade door oproer op haar grondgebied geleden, kan de gemeente tot vergoeding worden aangesproken.

XIII.

Het is niet ongrondwettig, indien de overheid aan categorieën van ambtenaren verbiedt over bepaalde onderwerpen te schrijven.

XIV.

Het betrokken gezag, waarmee het militair bestuur volgens artt. 10 en 11 van de wet van 23 Mei 1899 Stbl. 128 overleg moet plegen is de autoriteit, buiten staat van oorlog bevoegd tot het vaststellen der betrekkelijke verordeningen. Mitsdien is een verordening, vastgesteld na overleg met den commissaris der Koningin in de provincie, welke in staat van oorlog is verklaard, niet verbindend.

XV.

Bij werkverschaffing aan werkloozen behoort het standaardloon uitbetaald te worden

XVI.

Het is wenschelijk, dat gerechtelijke lijkschouwingen worden verricht door bepaald daartoe aangewezen deskundigen, die daarvoor een behoorlijk honorarium dienen te ontvangen.

G 64356—L