

HOGE RAAD

7 maart 1980, nr. 11533.

(Mrs Ras, Drion, Haardt, Martens, De Groot).

RvdW 1980, 42.

BW art. 1404

[Essentie] Aansprakelijkheid voor door een dier veroorzaakte schade. Vraag of de eigenaar van het dier of degene die zich er van bedient zich van aansprakelijkheid kan bevrijden door afwezigheid van schuld te bewijzen.

Aangenomen moet worden dat de eigenaar van een dier, die uit hoofde van art. 1404 wordt aangesproken voor door het dier veroorzaakte schade, zich niet aan aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hij niet te kort is geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het dier die van hem konden worden gevergd.

Daaraan doet niet af de mogelijkheid voor degeen die uit hoofde van dat artikel aansprakelijk wordt gesteld, om zich te beroepen op eigen schuld van de benadeelde partij en, in geval van dood of letsel, op de wederzijdse stand en fortuin der pp. en op andere omstandigheden die krachtens art. 1406 en 1407 van belang kunnen zijn voor de waardering van de te vergoeden schade.

*Zie de noot onder het arrest (Red.).

[Tekst] G. van de Witte, te Witmarsum, gem. Wonseradeel, eiser tot cassatie van een tussen pp. gewezen arrest van het Hof te Leeuwarden van 21 febr. 1979, kosteloos procederende ingevolge beschikking van de HR van 29 juni 1979, adv. Mr H.D.O. Blauw, tegen

J. Bosch, te Witmarsum, gem. Wonseradeel, verweerder in cassatie, adv. Mr E. Korthals Altes. De Hoge Raad, enz.,

Gezien het bestreden arrest en de stukken van het geding, waaruit het volgende blijkt:

Bij exploit van 23 april 1976 heeft eiser tot cassatie - Van de Witte - de verweerder in cassatie - Bosch - gedaagd voor de Rb. te Leeuwarden en zijn veroordeling gevorderd tot betaling van f 98 684, daartoe o.m., zakelijk weergegeven, stellende:

dat hij op 12 aug. 1971 liep door een bij Bosch in gebruik zijnd weiland en toen werd aangevallen door een aan Bosch in eigendom toebehorende stier, dat hij daarbij letsel heeft opgelopen waardoor hij blijvend invalide is geworden, en dat op grond van art. 1404 BW Bosch aansprakelijk is voor de schade ten bedrage van f 98 684.

Na verweer van Bosch heeft de Rb. bij vonnis van 2 dec. 1976 de vordering van Van de Witte afgewezen, daartoe o.m. overwegende:

"1. Tussen pp. staat als gesteld en erkend, dan wel niet of onvoldoende weersproken, het navolgende vast:

a. In een aan Bosch toebehorend afgesloten weiland liepen op 12 aug. 1971 een aantal aan Bosch in eigendom toebehorende stierkalveren.

b. Door dat weiland liep een reed, die door een viertal gebruikers van aangrenzend land, waaronder Van de Witte, werd gebruikt.

c. Op genoemde datum is Van de Witte van achteren door een van die stierkalveren aangevallen, waardoor hij lichamelijk letsel heeft opgelopen.

2. Van de Witte vordert op grond van bovenstaande feiten, alsmede stellende dat Bosch als eigenaar van de stier aansprakelijk is voor de door dat dier veroorzaakte schade, van Bosch een schadevergoeding van f 98 684, volgens de navolgende specificatie, enz.

3. In de procedure, welke het Algemeen Provinciaal Fries Ziekenfonds te Leeuwarden als eiser tegen Bosch heeft gevoerd betreffende de door dat ziekenfonds ter zake van hetzelfde ongeval geleden schade, heeft het Hof te Leeuwarden bij arrest van 26 juni 1974 een deskundigenonderzoek gelast met betrekking tot de navolgende vragen:

"a. Treft uit het oogpunt van de veiligheid van degenen die recht van overpad hebben over een afgesloten weiland de houder/eigenaar van een aantal stieren, waarvan de oudste nog geen acht maanden oud is, geen verwijt, wanneer hij deze stieren in groepsverband in dat weiland los laat lopen?

b. Indien de vraag sub 1 niet in het algemeen beantwoord kan worden: Moet uit het oogpunt als voormeld van de aldaar bedoelde houder/eigenaar van een aantal stieren als daar bedoeld worden

verlangd, dat hij zich op de hoogte stelt van de eigenschappen van elk der tot de groep behorende dieren en van die eigenschappen laat afhangen de mate waarin hij elk dier bij het laten weiden in groepsverband meerdere of mindere vrijheid laat?"

4. De deskundigen hebben de vraag sub a, nog overwegende dat in art. 28 sub 1 APV Wonseradeel is vermeld, dat het verboden is stieren ouder dan 1 jaar in landerijen te laten loslopen of op zodanige plaats of wijze vast te zetten, dat zij een weg kunnen bereiken, ontkennend beantwoord.

5. Bij arrest van 29 okt. 1975 heeft het Hof zich verenigd met het oordeel van de deskundigen en vastgesteld, dat Bosch niet te kort is geschoten in zorg en waakzaamheid met betrekking tot het ten processe bedoelde stierkalf met het oog op de veiligheid van de in de vraagstelling bedoelde personen onder wie Van de Witte. Het Hof heeft vervolgens het vonnis waarvan beroep, waarbij de vordering van het ziekenfonds tegen Bosch is afgewezen, bekrachtigd.

6. Bosch heeft in de eerste plaats gesteld, dat de vordering van Van de Witte moet worden afgewezen op de gronden, waarop Rb. en Hof de vordering van het ziekenfonds tegen Bosch hebben afgewezen.

7. Tegen het rapport van de deskundigen heeft Van de Witte in de onderhavige procedure uitsluitend aangevoerd, dat het stierkalf, dat Van der Witte heeft aangevallen, op 12 aug. 1971 ouder dan acht maanden was.

8. Op de door Bosch in het geding gebrachte geboortebewijs van het desbetreffende stierkalf, van 13 jan. 1971, blijkt als datum van geboorte te zijn vermeld 25 dec. 1970. Hieruit put de Rb. het vermoeden, dat het desbetreffende stierkalf op 12 aug. 1971 nog geen acht maanden oud was. Het door Van de Witte aangeboden tegenbewijs verwerpt de Rb. als te vaag, nu Van de Witte niet aangeeft welke leeftijd volgens hem dat stierkalf dan wel had.

9. Het oordeel van de deskundigen, waartegen pp. in de onderhavige procedure verder niets hebben aangevoerd, acht de Rb. juist, zodat op basis van dit oordeel is komen vast te staan dat Bosch niet te kort is geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het ten processe bedoelde stierkalf met het oog op de veiligheid van Van de Witte.

10. Aangezien Bosch derhalve geen schuld treft aan het aan Van de Witte overkomen ongeval, moet de op art. 1404 BW gebaseerde vordering van Van de Witte worden afgewezen met veroordeling van Van de Witte in de kosten van het geding."

Van de Witte is van deze uitspraak in hoger beroep gekomen bij het Hof te Leeuwarden, welk Hof bij zijn thans bestreden arrest het vonnis van de Rb. heeft bekrachtigd, na daartoe o.m. te hebben overwogen:

"dat de zesde grief, blijkens de toelichting, hierop berust, dat de Rb. volgens Van de Witte niet is uitgegaan van een vermoeden van schuld van Bosch;

dat deze grief ongegrond is, nu de Rb., blijkens de r.o. 9 en 10 van het beroepen vonnis, heeft aangenomen, dat het vermoeden van schuld, waarvan art. 1404 BW uitgaat, i.c. is weergelegd door haar onderschreven oordeel van deskundigen in hogergenoemd deskundigenrapport en daardoor is komen vast te staan, dat Bosch niet is te kort geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het litigieuze stierkalf met het oog op de veiligheid van Van de Witte;

dat mitsdien de Rb. terecht de verordering van Van de Witte heeft afgewezen, zodat ook deze grief tevergeefs is voorgedragen;"

O. dat Van de Witte deze uitspraak bestrijdt met een middel van cassatie waarvan de aanhef en het eerste onderdeel luiden:

"Schending van het recht en verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordien het Hof heeft recht gedaan als omschreven in het dictum van zijn arrest waarvan beroep, zulks op de gronden in zijn arrest vermeld (en hier als ingelast te beschouwen), ten onrechte, om de navolgende zowel zelfstandig als in onderling verband te lezen redenen.

1. Het gaat te dezen om de vraag of Bosch aansprakelijk is voor de schade die Van de Witte heeft geleden doordat hij op 12 aug. 1971, toen hij liep op een reed door een stuk bij Bosch in gebruik zijnd weiland (over welk weiland Van de Witte het recht van overpad had), is aangevallen door een aan Bosch in eigendom toebehorende stier. Van de Witte heeft daarbij ernstig letsel opgelopen, zijn blijvende invaliditeit ten gevolge hebbend.

Het Hof is bij zijn oordeel over die vraag, evenals pp. en de Rb., van de opvatting uitgegaan dat, wanneer een dier schade veroorzaakt, niet meer dan een vermoeden van schuld aan de zijde van de eigenaar/houder van het dier bestaat, welk vermoeden door (tegen-)bewijs zijdens de eigenaar/houder kan worden weerlegd.

Die opvatting is onjuist. De heersende opvatting als ook neergelegd in art. 6.3.11 Ontwerp NBW (art. 6.3.2.8. Gewijzigd Ontwerp NBW) - welk artikel het thans en in 1971 reeds (op dit punt) geldende Nederlands recht weergeeft - is dat op de eigenaar/houder van een dier een risico-aansprakelijkheid rust voor door het dier veroorzaakte schade, dat wil zeggen dat hij (in principe) ook aansprakelijk is voor de schade die het dier veroorzaakt wanneer hem ter zake geen (enkel) verwijt te maken valt. Het

Hof had ambtshalve, ook al gingen pp. (ten onrechte) uit van slechts een schuldvermoeden aan de zijde van Bosch, van diens risico-aansprakelijkheid uit moeten gaan en de vordering van Van de Witte in het licht van die risico-aansprakelijkheid moeten beoordelen (en toewijzen). Door dat niet te doen heeft het Hof het Nederlands recht geschonden.";

O. omtrent dit middel:

Het eerste onderdeel bestrijdt de opvatting van het Hof dat art. 1404 BW voor het geval dat schade wordt veroorzaakt door een dier, niet meer doet dan een wettelijk vermoeden van schuld aan de zijde van de eigenaar van het dier of van degene die er zich van bedient in het leven te roepen.

De door het onderdeel bestreden opvatting is in overeenstemming met een reeks van uitspraken van de HR, te beginnen met het arrest van 15 okt. 1915, NJ 1915, 1071. Deze rechtspraak heeft van het begin af aan een vrij algemene kritiek ondervonden, en in een aantal in eerste aanleg gewezen uitspraken is de opvatting van de HR dan ook niet gevolgd. In het door de Tweede Kamer van de St.-Gen. aangenomen wetsontwerp tot vaststelling van Boek 6 NBW voorziet art. 6.3.2.8 in aansprakelijkheid voor de door een dier aangerichte schade, zonder dat de aansprakelijke persoon zich aan die aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hem ter zake van de veroorzaking van de schade geen schuld treft.

Bij een heroverweging van het tot dusver door de HR ingenomen standpunt dient voorop te worden gesteld dat de tekst van art. 1404 geen aanwijzing bevat, laat staan ertoe dwingt, om aan te nemen, dat de eigenaar, resp. degene die zich van het dier bedient, zich van aansprakelijkheid voor door het dier veroorzaakte schade kan bevrijden door te bewijzen dat hem ter zake daarvan geen verwijt kan worden gemaakt. In het eerder genoemde arrest 1915 heeft de HR zijn beslissing dan ook gebaseerd op argumenten van wets- en rechtshistorische aard. Aan zulke argumenten kan echter thans met betrekking tot een aansprakelijkheidsregel als waar het hier om gaat, een regel die in het begin van de vorige eeuw tot stand is gekomen, geen beslissende betekenis worden toegekend. Belangrijker is de ontwikkeling van de opvattingen met betrekking tot de vraag bij wie het risico behoort te liggen voor schadetoebrenging door dieren die door mensen worden gehouden, een ontwikkeling die is uitgemond in de totstandkoming van het eerder vermelde art. 6.3.2.8. NBW.

Op grond van deze overwegingen moet worden aangenomen dat de eigenaar van een dier, die uit hoofde van art. 1404 wordt aangesproken voor door het dier veroorzaakte schade, zich niet aan aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hij niet te kort is geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het dier die van hem konden worden geveerd.

Het voorgaande doet niet af aan de mogelijkheid voor degeen die uit hoofde van dat artikel aansprakelijk wordt gesteld, om zich te beroepen op eigen schuld van de benadeelde partij en, in geval van dood of letsel, op de wederzijdse stand en fortuin der pp. en op andere omstandigheden die krachtens artt. 1406 en 1407 van belang kunnen zijn voor de waardering van de te vergoeden schade. Uit het tot dusver overwogene volgt dat het eerste onderdeel terecht is voorgesteld, zodat de twee andere onderdelen geen bespreking behoeven en 's Hof's arrest vernietigd dient te worden;

Vernietigt het arrest van het Hof te Leeuwarden van 21 febr. 1979;

Verwijst de zaak naar het Hof van Arnhem ter verdere behandeling en beslissing met inachtneming van deze uitspraak;

Veroordeelt Bosch in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen, welke tot aan deze uitspraak aan de zijde van Van de Witte worden begroot op f 2295,50 waarvan te betalen:

1. aan de deurwaarde J.D. Ruinard te 's-Gravenhage, wegens dagvaardingskosten: f 48,75,
2. aan de Griffier van de HR de ingevolge art. 863 Rv in debet gestelde griffierechten ten bedrage van f 75,
3. aan de deurwaarder H. Hermans te 's-Gravenhage, wegens afroepgelden ter rolle: f 21,75,
4. aan de adv. Mr H.D.O. Blauw te 's-Gravenhage: f 2150, waarvan f 2000 voor salaris en f 150 aan verschotten.

[Mening] Conclusie Adv.-Gen. Mr Franx.

Eiser tot cassatie is op 12 aug. 1971, toen hij zich bevond in een aan verweerder in cassatie toebehorend afgesloten weiland, van achteren aangevallen door een aan verweerder in eigendom toebehorend stierkalf, waardoor eiser lichamelijk letsel heeft opgelopen. Zijn terzake daarvan tegen verweerder ingestelde vordering tot schadevergoeding werd door de Rb. te Leeuwarden afgewezen bij vonnis van 2 dec. 1976, welk vonnis is bekrachtigd door het Hof aldaar bij arrest van 21 febr. 1979. Eiser bestrijdt dat arrest met drie cassatiemiddelen.

Middel 1 berust op de opvatting dat op de eigenaar/houder van een dier een risico- aansprakelijkheid rust voor door het dier veroorzaakte schade, zodat hij deswege aansprakelijk is ook al valt hem geen verwijt te maken. Opmerkelijk is, dat dit standpunt in de feitelijke instanties door pp. niet is ingenomen. De Rb. heeft, blijkens r.o. 10 van haar vonnis, de op art. 1404 BW gebaseerde vordering afgewezen

wegens het ontbreken van schuld aan de zijde van verweerder. In hoger beroep is ook eiser, blijkens zijn appelgrief 6 en zijn pleitnota, met betrekking tot art. 1404 BW uitgegaan van de schuldleer. Dit geldt eveneens voor het Hof, waar het - zakelijk - overweegt dat, nu het vermoeden van schuld waarvan genoemde wetsbepaling uitgaat volgens de Rb. in casu is weerlegd, de Rb. mitsdien terecht de vordering heeft afgewezen (voorlaatste r.o., met betrekking tot appelgrief 6, van het aangevallen arrest). Is nu, zoals middel 1 beoogt, het Hof ten onrechte van de schuldleer uitgegaan? Sedert HR 15 okt. 1915, NJ 1915, p. 1071, W. 9937 (E.M.M.), stelt Uw Raad zich op het standpunt dat art. 1404 BW geen risico-aansprakelijkheid op de eigenaar van een dier dat aan een ander schade heeft berokkend, legt maar berust op een vermoeden van schuld van de eigenaar (of van hem die zich van het dier bedient), welk vermoeden echter door bewijs van het tegendeel kan worden teniet gedaan. Het arrest van 1915 bevat een historische argumentatie, volgens Mijers in zijn genoemde noot ontleend aan het artikel van (de HR- raadsheer) C.O. Segers, "De verplichting tot schadevergoeding krachtens art. 1404 BW", RM 1890, blz. 183. Deze schuldleer is herhaald in een aantal latere arresten, vermeld door Brunner in de losbladige "Onrechtmatige daad" IV nr 23 en 24, laatstelijk: HR 1 juli 1977, [NJ 1978, 73](#) (G.J.S.). Men kan dan ook spreken van een constante rechtspraak van Uw Raad: Koster in zijn noot, sub 9, onder HR 31 mei 1963, in AA 1969, p. 43, Hofmann-Drion en Wiersma, "Het Nederlands verbintenissenrecht", 1959, p. 264-265; Asser-Rutten 4-III, "De verbintenis uit de wet", 1979, p. 163-165. In de lagere rechtspraak en, vooral, in de literatuur, is veelvuldig de risico-gedachte gehuldigd; zie de reeds genoemde schrijvers alsmede G.H.A. Schut, "Onrechtmatige daad" (1979), p. 89-91. Genoemd arrest van 1963 ("ingeschaarde vaars") wordt wel gezien als een stap in de richting van het risico-principe: de eigenaar zal tevens moeten bewijzen dat de schade niet te wijten is aan degene aan wie hij het dier heeft toevertrouwd; in die zin draagt de (zelf "schuldloze") eigenaar het risico van de schuld (nalatigheid) van degene aan wie hij het dier had toevertrouwd.

Art. 6.3.11 van het oorspronkelijke wetsontwerp NBW heeft de leer van de HR niet overgenomen, maar een risico-aansprakelijkheid gelegd op degene die het dier "onderhoudt" (Toel. p. 682, 684). Het gewijzigde ontwerp stelt in art. 6.3.2.8 de "bezitter" van het dier aansprakelijk, kennelijk met handhaving van het risico-principe, vgl. de MvA p. 172-176 en 178-179. Is er grond voor anticiperende interpretatie van de nieuwe bepaling?

Naar mijn mening moet laatstgemelde vraag in ontkennende zin worden beantwoord. Verwezen zij naar HR 22 juni 1979, [NJ 1979, 535](#) (G.J.S.), waarin de schuldeis werd gehandhaafd voor aansprakelijkheid voor bijzonder gevaar opleverende zaken die iemand onder zijn opzicht heeft, en derhalve niet tot anticiperende toepassing van de risicoregel (Asser-Rutten 4-III p. 157) van art. 6.3.2.6 NBW werd overgegaan. Het komt mij voor dat het verlaten door Uw Raad van een vaste leer in de onderhavige materie niet aannemelijk is. Bovendien gaat ook hier de opmerking van Scholten in zijn noot, dat anticipatie niet mogelijk is zolang de in art. 6.3.2.12 bedoelde aansprakelijkheidsbeperking in verband met een redelijke verzekeringsdekking nog niet tot stand is gebracht, op (zie ook de door Scholten genoemde plaats in de Toelichting, p. 1449, op het voorontwerp van Boek 8).

Een en ander zo zijnde faalt middel 1.

Middel 2 bestrijdt het oordeel van het Hof, dat het i.c. bestaande vermoeden van schuld aan de zijde van verweerder is weerlegd door de concl. van het ten processe overgelegde deskundigenrapport, uitgebracht in de verwante procedure tussen eisers ziekenfonds en verweerder (door het Hof aangeduid als: "eerste procedure"). Het middel ziet kennelijk op hetgeen het Hof met betrekking tot de zesde appelgrief, in het tweede "dat", overweegt omtrent het door de Rb. blijkens de rechtsoverwegingen 9 en 10 van het beroepen vonnis gegeven oordeel, zulks in samenhang met 's Hof's overwegingen inzake de vijfde appelgrief, waaruit blijkt dat het Hof het hier bedoelde oordeel van de Rb. - nl. het vermoeden van schuld van verweerder i.c. is weerlegd - onderschrijft.

Vooropgesteld zij dat de beoordeling van de bewijskracht van een schriftelijk stuk zoals het in de "eerste procedure" als deskundigenrapport en in het onderhavige geding als geschrift met vrije bewijskracht fungerende en door het Hof als "deskundigenrapport" aangeduide geschrift, als feitelijk van aard is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Een cassatieklacht over "onjuistheid" van die beoordeling kan dan ook niet slagen. Wel kan in cassatie over onbegrijpelijkheid daarvan worden geklaagd. Middel 2 behelst een dergelijke motiveringsklacht. Het bevat een weergave van de - in de "eerste procedure" - aan deskundigen ter beantwoording voorgelegde vraag a: "a. Treft uit het oogpunt van de veiligheid van degenen die recht van overpad hebben over een afgesloten weiland de houder/eigenaar van een aantal stieren, waarvan de oudste nog geen acht maanden oud is, geen verwijt, wanneer hij deze stieren in groepsverband in dat weiland los laat lopen?".

Bovendien was, blijkens p. 5 van de grosse van 's Hof's arrest, aan deskundigen gevraagd:

"b. Indien de vraag sub 1 niet in het algemeen beantwoord kan worden: Moet uit het oogpunt als voormeld van de aldaar bedoelde houder/eigenaar van een aantal stieren als daar bedoeld worden verlangd, dat hij zich op de hoogte stelt van de eigenschappen van elk der tot de groep behorende dieren en van die eigenschappen laat afhangen de mate waarin hij elk dier bij het laten weiden in groepsverband meerdere of mindere vrijheid laat?".

Het deskundigenrapport houdt dienaangaande in:

"De ondergetekenden hebben op 22 okt. 1974 een onderzoek ter plaatse ingesteld.

Dit onderzoek leverde geen nieuwe gezichtspunten op, behalve dan, dat in art. 28, sub 1, politieverordening van de gem. Wonseradeel, staat vermeld: "Het is verboden stieren, ouder dan een jaar, in landerijen te laten loslopen of op zodanige plaats of wijze vast te zetten, dat zij een weg kunnen bereiken".

Waar in de sub a gestelde vraag sprake is van een aantal stieren, waarvan de oudste nog geen acht maanden oud is, menen deskundigen de hen voorgelegde vraag sub a, met "neen" te moeten beantwoorden.

Tot verdere opmerking geven de gestelde vragen geen aanleiding".

In zijn r.o. met betrekking tot de vijfde appelgrief, vierde "dat", "onderschrijft" het Hof de concl. van dit rapport, waarmee het Hof aangeeft van oordeel te zijn dat de houder/eigenaar niet het in de vraagstelling onder a bedoelde verwijt treft. Het Hof geeft dat oordeel na te hebben vastgesteld dat eiser (lees: tot aan het pleidooi in hoger beroep; F.) slechts een concreet bezwaar tegen het rapport heeft aangevoerd, nl. tegen de constatering door deskundigen dat de APV van Wonseradeel een art. 28, sub 1, bevat, welk bezwaar het Hof ecarteert als gericht tegen een "verwijzing kennelijk ten overvloede en bij wijze van illustratie" (tweede "dat" van de r.o. op de vijfde appelgrief, in verband met het zesde "dat" van de r.o. op de eerste, tweede en derde appelgrief). Gelet op deze stand van het aan het pleidooi voorafgaande debat kon het Hof, als iudex facti oordelend over de bewijskracht van het "deskundigenrapport" volstaan met de concl. daarvan, hoe summier die ook was geformuleerd, te onderschrijven. Het Hof behoefde zich daarbij niet te verdiepen in diverse vormen van door verweerder eventueel begane nalatigheden nu daaromtrent door eiser niets was gesteld. Weliswaar brengt het schuldvermoeden van art. 1404 BW mee dat stelplicht en bewijslast ten aanzien van het ontbreken van "iedere nalatigheid" aan zijn kant in beginsel bij verweerder lag (HR 1 juli 1977, [NJ 1978, 73](#)), maar het Hof heeft terecht het standpunt ingenomen dat, met een deskundigenrapport als het onderhavige op tafel, het op de weg van eiser lag om nadere schuldfeiten te stellen. Door het rapport is de stelplicht weer teruggelegd op eiser.

Nu heeft eiser, blijkens het vijfde en het zesde "dat" van de r.o. op de vijfde appelgrief, inderdaad zulke schuldfeiten gesteld, te weten de (bijzondere) gevaarlijkheid van met name dat stierkalf dat eiser heeft aangevallen en de tot agressie van dat kalf aanleiding gevende (bijzondere) situatie van het weiland. Kennelijk doelt eiser met dit laatste op de situatie zoals geschetst op de bij akte ten pleidooie in hoger beroep overgelegde productie: elf stierkalveren stonden, als een soort "erewacht" naast elkaar opgesteld op of langs de "reed" (overpad) waarover eiser liep, en wel aan de kant van een hek met prikkeldraad dat evenwijdig aan die "reed", dicht daarbij, was aangebracht. Eiser heeft betoogd dat de stierkalveren aldus op een smalle strook stonden, enigszins ingesloten, hetgeen de agressiviteit van het aanvallende kalf heeft opgewekt of verhoogd. Nu ware het denkbaar geweest dat het Hof omtrent die stellingen van eiser zou hebben overwogen dat ze zijn ontzenuwd door het "deskundigenrapport" omdat daaruit valt af te leiden, dat verweerder met bijzondere omstandigheden als door eiser gesteld niet rekening behoefde te houden in die zin, dat verweerder niet nadere maatregelen behoefde te nemen ter voorkoming van ongelukken als de onderhavige. Een dergelijke - denkbare - gedachtengang zou dan kunnen stoelen op de opvatting, dat weliswaar van jonge stieren als de onderhavige (die volgens de door het Hof naar aanleiding van de vierde appelgrief geformuleerde "algemene ervaringsregel" minder gevaar opleveren dan volwassen dieren) niet kan worden gezegd dat er nimmer enig gevaar, hoe gering ook, van kan uitgaan, maar dat dat gevaar zich niet zodanig manifesteert dat de eigenaar/houder die dieren niet vrij mag laten rondlopen in een afgesloten stuk weiland dat uitsluitend toegankelijk is voor de belanghebbende op een daarop gelegen overpad ("reed"), van welke rechthebbende men immers inzicht in de plaatselijke situatie en daarop afgestemde voorzichtigheid mag verwachten. Ik meen echter dat een dergelijke gedachtengang in 's Hof's arrest niet valt te lezen. Het Hof heeft, in de r.o. op de vijfde appelgrief, uitdrukkelijk overwogen dat het aan de onderhavige stellingen van eiser "zal voorbijgaan", en is mitsdien aan een inhoudelijke beoordeling van die stellingen niet toegekomen. Het Hof heeft, dunkt me, dan ook niet beslist dat bedoelde stellingen door het deskundigenrapport zijn weerlegd.

Het tot dusverre betoogde leidt tot de slotsom dat de motiveringsklacht van middel 2 (slot), dat het Hof ten onrechte heeft verzuimd de (bijzondere) situatie in het weiland en de (bijzondere) gevaarlijkheid van de zich aldaar op 12 aug. 1971 bevindende stieren in zijn onderzoek te betrekken, slechts zal

kunnen slagen indien geldt dat het Hof ten onrechte aan de desbetreffende, eerst bij pleidooi in hoger beroep door eiser aangedrongen stellingen is voorbijgegaan. Dit punt nu, vormt de "issue" van middel 3, waarin met een beroep op HR 6 april 1979, RvdW 1979, nr 59, wordt aangevoerd dat het Hof niet mocht voorbijgaan aan meerbedoelde, voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerde stellingen. Voor deze materie zij voorts verwezen naar Vriesendorp, "Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding" (diss. 1970), nr 135; Veegens, "Cassatie" (1971) nr 155 (p. 253); de noot van Haardt, sub 1, onder HR 6 dec. 1974, [NJ 1975, 435](#), met vermelding van enige andere arresten. HR 6 april 1979, RvdW 1979, 59, overweegt: "Het Hof heeft in zijn r.-o. 30 geoordeeld dat "het pleidooi niet de plaats is om nieuwe feiten te stellen". Deze stelling is in haar algemeenheid onjuist. Wel brengen regels van een goede procesorde mee dat de rechter eerst bij pleidooi gestelde feiten ter zijde kan laten op de grond dat de tegenpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren of dat zij een nader onderzoek nodig zouden maken waarvoor het betreffende geding geen gelegenheid meer biedt. Uit de voormelde overweging van het Hof blijkt niet dat dit geval zich hier voordeed." Voor de beantwoording van de vraag, welke betekenis dit arrest voor de onderhavige zaak heeft, is m.i. het volgende van belang. Bij concl. van antwoord in eerste aanleg (p. 2) heeft verweerder gesteld: "Temeer nu het betreffende beest tevoren nimmer een extra agressief gedrag had getoond". Verweerder heeft niet gedupliceerd. In zijn pleitnota (eerste aanleg; p. 2) deelt hij mee dat hij zelf nooit iets had gemerkt of vernomen van afwijkend of agressief gedrag van een of meer van de bewuste stierkalveren. Voorts bevat deze pleitnota (op p. 5) de opmerking dat het terdege van belang is "na te gaan welk soort dier eiser heeft aangevallen omdat voor elk beest andere vormen van voorzorg en waakzaamheid nodig zijn". Aldus kan men zeggen dat de eventuele bijzondere gevaarlijkheid van met name de ten processe bedoelde stier reeds in eerste instantie door verweerder te sprake is gebracht. Het was in hoger beroep geen nieuwe kwestie. Mij begevend op feitelijk terrein merk ik op dat eiser, in zijn toelichting op appelgrief 5 stellende: "Hiermede is evenwel niets gezegd omtrent de mogelijke agressiviteit van de betreffende stier", op dit punt is ingegaan en aldus de door verweerder reeds in eerste instantie geopende rechtsstrijd over de gevaarlijkheid van de bewuste stier heeft aanvaard. Uit verweerders reactie (memorie van antwoord, p. 5) blijkt dat hij ook in hoger beroep de mogelijke agressiviteit van de betreffende stier als onderwerp van debat heeft beschouwd (aanvaard). Uit een en ander concludeer ik dat deze kwestie ten tijde van het pleidooi in hoger beroep geen novum vormde en dat de eisen van een goede procesorde zich er niet tegen verzetten, een nader onderzoek dienaangaande in te stellen. Als een feitelijk novum kan eventueel slechts gelden de stelling dat er, gelet op de plaatselijke situatie zoals door mij eerder beschreven, extra gevaar bestond en mitsdien grond voor bijzondere maatregelen. Nu rijst de vraag of eiser heeft voldaan aan zijn stelplicht met betrekking tot de kwestie welke bijzondere maatregelen door verweerder hadden behoren te zijn getroffen. Eiser heeft in dit verband verweerder verweten dat hij stieren zomaar los in het weiland liet rondlopen terwijl hij wist dat er mensen (rechthebbende) door dit weiland zouden lopen (memorie van grieven, laatste bladzijde). M.i. geeft eiser hiermee te kennen dat verweerder de kalveren niet vrij had mogen laten rondlopen en hen had moeten beletten de "reed" te betreden, bijv. door de kalveren aan een lijn vast te maken of door de "reed" op afdoende wijze van de rest van het weiland af te schermen. Maar ook al valt dat laatste zo concreet niet in de stellingen van eiser te lezen, naar mijn mening heeft eiser door te attenderen op de (te) grote vrijheid van de dieren ten deze aan zijn stelplicht voldaan. Hierbij komt dat de gevaarlijkheid van de bewuste kalveren niet los staat van de bijzondere situatie ter plaatse maar daardoor mede wordt, althans kan worden bepaald. In die zin is laatstbedoelde kwestie evenmin als een processueel novum te beschouwen als de eerste (de gevaarlijkheid van het desbetreffende stierkalf).

Neemt men nu de door mij geschetste eigenaardigheden van het processuele debat mede in aanmerking, dan moet men het er, naar mijn mening, voor houden dat het Hof, gelet op HR 6 april 1979 eerder genoemd, de onderhavige stellingen van eiser, die grotendeels neerkomen op betwisting van een reeds door de wederpartij gevoerd verweer, niet had mogen passeren. Het Hof had die stellingen moeten onderzoeken. Of het dan tot een bewijsopdracht aan eiser of aan verweerder zou zijn gekomen, hangt af van het resultaat van dat (feitelijk) onderzoek. Het valt niet in te zien dat het geding in hoger beroep geen gelegenheid meer bood voor een dergelijk onderzoek. Of dat zou hebben geleid tot procesvertraging, valt m.i. in cassatie niet te beoordelen, laat staan dat thans met recht kan worden gesproken van een zo ernstige procesvertraging dat de eisen van een goede procesorde daaraan in de weg staan.

Derhalve acht ik middel 3, en daarmee ook middel 2, ten dele gegrond.

Ik concludeer tot vernietiging van het door het Hof te Leeuwarden in deze zaak gewezen arrest d.d. 21 febr. 1979 en tot verwijzing van de zaak naar een ander Hof ter verdere behandeling en afdoening met inachtneming van het door de HR te wijzen arrest, zulks met verwijzing van verweerder in cassatie in de op de voorziening gevallen kosten.

Noot. Het stierkalfarrest.

1. In twee opzichten een zeer belangrijk arrest.

A. De HR is om, art. 1404 geeft een risicoaansprakelijkheid.

B. De HR motiveert waarom hij van opvatting verandert.

2. Voor 1915 had de HR zich niet uitgesproken over de betekenis van art. 1404 (zie Proc.-Gen. Noyon voor HR 1915). De lagere jurisprudentie was in het algemeen voor onbeperkte aansprakelijkheid, risicoaansprakelijkheid dus (zie Paul Scholten, Ac.Pr. 1899, 39). HR 15 okt. 1915, W. 9937 (EMM), NJ 1915, 1071, volgde echter Segers, RM 1880, 183, en motiveerde het schuldvermoeden met de mogelijkheid van tegenbewijs van geen-schuld zuiver historisch via 1431 BW 1830, 1385 Code civil, haar redacteurs, Domat en Bourjon.

De leer van de risicoaansprakelijkheid was toen vooral verdedigd in de proefschriften van Paul Scholten 34-41 en Bruins (1906) 68-79.

De HR bleef bij zijn leer van 1915 in 1931, 1944, 1946 en 1963 (OD IV 23), de lagere jurisprudentie volgde op een enkele uitzondering na. Er was vrij algemene kritiek bij de schrijvers (OD IV 25). Anders dan ook 6.3.11 OO, T.680, 6.3.2.8, AvA II 178. Men lette op de "terzij"-constructie daarin, herinnerend aan het Schutznormbeginsel ook hier, vgl. Schoordijk 400. Dit geldt ook thans.

3. In Frankrijk heeft ook een ontwikkeling plaats gevonden in de opvattingen der jurisprudentie maar beperkter dan bij ons. Sinds Cass. civ. 27 okt. 1885, S. 1886.1.33 gaf 1385 C.c. een vermoeden van schuld en liet tegenbewijs van geen-schuld toe, Cass. (Ch. reunies) 13 febr. 1930 S. 1930.1.121 wijzigde dit in een vermoeden van aansprakelijkheid waardoor niet meer kon worden volstaan met het bewijs geen fout te hebben begaan, maar wel het bewijs van schuld van het slachtoffer of door een derde of door toeval of overmacht (maar deze zeer strikt) Zie Mazeaud-Tunc II (1970) 1126-1135. De ontwikkeling van de aansprakelijkheid voor zaken, 1384 Lid 1 C.c. en 1403 lid 1 BW., loopt nog verder uiteen.

De HR uitdrukkelijk naar 6.3.2.8 verwijzend () gaat dus verder dan de Fransen, ook al zal beroep op eigen schuld mogelijk blijven, vgl. 6.1.9.6 en 6.1.9.8 lid 2 (zie MvA II 94 en T.683. Het Franse stelsel is bewust verworpen, zie T.680.

4. De HR ging op voorbeeld van 6.3.2.8 ten aanzien van dieren om, maar ging onlangs juist niet op voorbeeld van het eveneens een risicoaansprakelijkheid inhoudende 6.3.2.6 om t.a.v. een gevaarlijke stof, HR 22 juni 1979, 535. In mijn noot ondersteunde ik dat arrest door te wijzen op het vooralsnog ontbreken van de in 6.3.2.12 bedoelde regels voor aansprakelijkheidsbeperking. Dit bezwaar woog de Adv.-Gen. Franx ook ten aanzien van 1404 te zwaar. De HR vond dat blijkbaar niet, naar ik veronderstel omdat het hier ging om letselschade en daar dank zij 1406 en 1407 toch door de rechter grenzen getrokken kunnen worden. Helemaal afdoende is dit niet want dieren kunnen ook zaakschade aanrichten al is die zelden heel groot.

5. Minstens zo belangrijk als het omgaan van de HR is het feit dat hij dat motiveerde. Vroeger gaf de HR als hij om ging geen enkel blijk dat dat gebeurde. De vraag rees dan wel of dat nieuwe recht niet geacht moest worden altijd reeds recht te zijn geweest en de beslissing dus als het ware terugwerkende kracht had. Vgl. B.M. Telders Gedenkboek BW 1813-1938, 203. J. Drion, Stare decisis (1950) VG 168 bepleitte twee revoluties, de eerste dat de HR bereid zou zijn om als hij om zou willen gaan, eerst nog een uitspraak conform zijn precedenter te doen maar daarin aan te kondigen dat hij voortaan anders zou oordelen. De tweede revolutie die vooraf zou moeten gaan betrof de motivering, nl. dat precedenter niet meer mogen worden doodgezwegen. Dit is thans gebeurd. Blijft de andere revolutie overgeslagen?

Deze nieuwe wijze van motiveren is een grote vooruitgang, zij is waarachtiger en geeft meer inzicht. Als ik het goed zie is het een stap weg van de Franse traditie in de richting van de Angelsaksische en de Duitse.

6. Ik wijs op het belang dat de HR hecht aan afwijkende beslissingen van de lagere rechter. Zij zijn vermeld in OD IV 23 zij het met twee vergissingen. Het zijn slechts Ktg. Lemmer 12 april 1930, W. 12168 (niet 12169), Rb. Zwolle 11 juni 1930, W. 12329, en Rb. Leeuwarden 29 dec. 1932, NJ 1934, 870 (of dit vernietigd is door Hof Leeuwarden weet ik niet, de vermelding daaromtrent in OD IV is onjuist). Dit afwijken is nog wat anders dan het door F.J. de Jong bij zijn afscheid als Pres. van de HR (NJB 1971, 572) aangemoedigde afwijken door de lagere jurisprudentie door scherper distinguishing.

7. Al is in dit arrest de leer gebaseerd op historische interpretatie achter gesteld bij huidige maatschappelijke opvattingen, het arrest getuigt juist door zijn ingaan op de historie van de laatste eeuw van historisch besef. Het doodzwijgen van precedenter is juist onhistorisch. In het recht weegt echter jonge historie zwaarder dan oude, maar zonder historie is recht vrijwel nooit; vgl. Scholten, Alg. Deel 3e dr. 93.

G.J.S.