

NBW: VLIEGEN ZONDER VLEUGELS

BW-krant jaarboek nr. 2

redactie:

Mr A.G. Castermans

Mr P.C. Knol

Mr W.A.K. Rank

Mr F.J. de Vries

Leiden 1986

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

BW-krant

BW-krant jaarboek. - Leiden: Rijksuniversiteit Leiden. Uitg. van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, vakgroep Civielrechtelijke vakken, afd. Burgerlijk Recht.

Verschijnt jaarlijks.

Jaarboek 1986: NBW: vliegen zonder vleugels/red.: A.G. Castermans ... [et al.]

ISBN 90-6385-094-8

SISO 397 UDC 347.1(492)

Trefw.: burgerlijk recht; Nederland.

© 1986, prof. mr P. Abas, mr R.M. Blaauw, mr M.M. Olthof, mr M.E.L. Fikkers-van der Spek, mr M.S. Bijleveld, mr F.J. de Vries, mr A.G. Castermans, mr C.G. Breedveld-de Voogd, P.M. Smit en B.E. Reinhartz.

Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld, mag zonder toestemming van de rechthebbenden op het auteursrecht, c.q. de auteurs van wie bijdragen in deze bundel zijn opgenomen, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins.

## VOORWOORD

De kamerverkiezingen staan voor de deur. Het NBW zal in de daaraan voorafgaande strijd geen *issue* vormen en in de daaropvolgende formatiepogingen geen breekpunt. Toch, naar de ervaring leert, hebben de landelijke verkiezingen grote invloed op de totstandkoming van het nieuwe wetboek. Steeds weer blijkt dat de voortgang in het wetgevingsproces grote vertraging oploopt in de periodes waarin Den Haag koortsachtig de gunst van de kiezers probeert te winnen.

Minister en kamercommissie lijken nu af te stevenen op 1989 als jaar van invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW. Voor alle beoefenaars van het burgerlijk recht, practici en schrijvers, zou het goed zijn indien aan dit voornemen wordt vastgehouden. Dan is het volgen van een cursus NBW geen voorbarige investering meer en kan in het onderwijs zonder twijfel het accent worden verlegd naar het NBW. De bestudering van het NBW is dan niet meer gelijk vliegen zonder vleugels.

Wie het NBW geen warm hart toedraagt, voert gaarne aan dat invoering van het nieuwe wetboek de rechtsontwikkeling zal blokkeren. Het NBW is vanzelfsprekend niet perfect. De vrees dat practici en schrijvers zich daarbij neer zullen leggen, is echter ten ene male ongegrond. Meer dan ooit zijn de pennen tot schrijven gebracht, zo zeer dat de stelling is verdedigd:

"De juridische wetenschap zou ermee gebaat zijn wanneer er minder werd geschreven" (stelling 14 bij de dissertatie van J. Spier, Leiden 1981).

De overweldigende vraag naar het eerste BW-krant jaarboek (1985) toont aan dat de behoefte aan informatie op het gebied van het NBW groot is. In de ogen van de redactie is het dan ook alleszins gerechtvaardigd een tweede jaarboek uit te brengen. Voor u ligt het resultaat: het bevat bijdragen van diverse auteurs over diverse onderwerpen. Alle auteurs hebben gemeen dat zij banden hebben of hadden met de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Alle artikelen hebben gemeen dat zij een of meer aspecten van het NBW tot voorwerp van bespreking maken. Dit laatste is in mindere mate het geval met het artikel van M.E.L. Fikkers-van der Spek. Sinds het najaar van 1985 doceert mevrouw Fikkers een nieuw keuzevak aan onze faculteit,

huurrecht, dat zich inmiddels in een warme belangstelling van studenten zijde mag verheugen. Een terrein, waarop nieuwe wetgeving scheuring en inslag is!

De redactie wil mevrouw P.J. Huijbens, afdeling tekstverwerking van de Juridische Faculteit en de heer A. Kriek, afdeling reproductie van de Rijksuniversiteit te Leiden, hartelijk danken voor alle bereidwillige medewerking bij de technische realisering van dit tweede BW krantjaarboek.

De redactie

Leiden, april 1986

## INHOUD

Voorwoord	III
Auteurs	VI
Interview mevrouw mr A.M. Biegman-Hartogh	1
Artikel 6.5.3.11 NBW en het Engelse recht prof.mr P. Abas	15
Winstafdracht: een tweeslachtig paard van Troje? mr R.M. Blaauw	29
Een verlaat vraagpunt(je) mevr. mr M.M. Olthof	39
De leegstandwet: verknipte wetgeving mevr. mr M.E.L. Fikkers-van der Spek	49
Het aanvaarde derdenbeding: twee- of driepartijenovereenkomst? mevr. mr M.S. Bijleveld	79
Art. 3.4.2.5 lid 2 NBW en de relativiteit van verhoudigen mr F.J. de Vries	95
De bewijsovereenkomst in het komend recht mr A.G. Castermans	117
Problemen rond een onverschuldigd betaalde slooppremie mevr. mr C.G. Breedveld-de Voogd	133
Factoring: past deze creatie van het bedrijfsleven in het civielrechtelijke keurslijf? mevr. P.M. Smit en mevr. B.E. Reinhartz	145

DE AUTEURS

Prof. mr P. Abas

Hoogleraar Privaatrecht Universiteit van Amsterdam en  
rechter-plaatsvervanger in de arrondissementsrechtbank te  
Haarlem

Mr R.M. Blaauw

Bedrijfsjurist bij Unilever NV

Mevr. mr M.M. Olthof

Universitair docent RU Leiden

Mevr. mr M.E.L. Fikkers-van der Spek

Universitair docent RU Leiden

Mevr. mr M.S. Bijleveld

Universitair docent RU Leiden

Mr F.J. de Vries

Universitair docent RU Leiden

Mr A.G. Castermans

Universitair docent RU Leiden

Mevr. mr C.G. Breedveld-de Voogd

Universitair docent RU Leiden

Mevr. P.M. Smit

Mevr. B.E. Reinhartz

Beiden oud-student-assistent RU Leiden

## INTERVIEW MEVROUW MR A.M. BIEGMAN-HARTOCH

*"Ik houd helemaal niet van het geven van een interview," verzekert mevrouw Biegman BW-krant redacteurs Frits de Vries en Alex Geert Castermans aan het begin van het eerste gesprek. Zorgvuldig formuleert zij haar antwoorden. Aan het slot drukt zij haar gesprekspartners op het hart het schrappen niet te schromen. Ondanks al deze voorzichtigheid en bescheidenheid levert het interview met mevrouw Biegman, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad op klassieke vragen vaak verrassende antwoorden op.*

*U bent op latere leeftijd rechten gaan studeren.*

Ik ben op de HBS begonnen, omdat ik later wiskunde of natuurkunde wilde gaan studeren. Maar toen een nichtje van mij met zo'n studie bij geen enkel bedrijf een baan kon krijgen en alleen lerares kon worden, ben ik naar het gymnasium gegaan. Het idee om mijn hele leven voor de klas te moeten staan, stond mij niet aan. Ik deed eindexamen gymnasium A in 1940, net nadat de oorlog was begonnen. Daarom kwam er van verder studeren niet veel. Ik had er ook helemaal geen behoefte aan; je was zo ondersteboven van de oorlog. Ik ben gaan werken bij een raadgevend ingenieur. Dat was heel leuk. Daar heb ik een hoop ideeën over efficiency opgedaan; ook voor in de huishouding. Daarna ben ik getrouwd en hebben mijn man en ik een aantal jaren in Indonesië en Amerika gewoond.

Terug in Nederland zag het er naar uit dat we voorlopig niet meer naar het buitenland zouden verhuizen. Bovendien hadden mijn twee zoons net de middelbare schoolleeftijd bereikt en als ze zo oud zijn, zijn ze overdag eigenlijk altijd weg. Na school komen ze even thuis om hun hockeystick of hun zwembroek te pakken en dan zie je ze voor het avondeten niet meer terug. Toen besloot ik, dat ik rechten zou gaan studeren. Daarvóór had ik er al vaak mijn hoofd aan gestoten, met name bij mijn hobbies: politiek, vrouwenbeweging en kinderbescherming (ik was gezinsvoogd). Daar loop je steeds tegen het recht op. Je bleef zodoende een amateur; zoals je als huisvrouw ook een amateur-kok, een amateur-verpleegster en een amateur-pedaagoog bent.

Het leek me leuk eens een keer iets echt goed te doen. Ik vond de studie enig. De colleges zocht ik wel een beetje uit: ik ging alleen naar die colleges waarvan ik vond dat ik er wat leerde. De colleges van Fischer (oud-vaderlands recht), Kreukniet (economie), Haardt en de beide Drionnen vond ik erg goed. Huib Drion werd gemist in Leiden toen hij wegging; hij wordt nu ook in de Hoge Raad ontzettend gemist. De privatissima van A. van Oven en Feenstra waren bijzonder boeiend. Feenstra heb ik overigens kort geleden weer gehoord bij de Hugo de Groot herdenking in het Vredespaleis. Hij gaf toen een ontzettend leuk college in het Frans. Ik geloof, dat hij zelfs beter college geeft in het Frans dan in het Nederlands. Verder heb ik ook heel erg genoten van de colleges van Glastra van Loon (rechtsfilosofie en inleiding). Zo moet Cicero ook gesproken hebben. De manier waarop hij zich uitdrukte was bijzonder: prachtige volzinnen die hij allemaal afmaakte.

De studie boeide mij mateloos. Het leek net alsof ik altijd onbewust honger had gehad en opeens te eten kreeg. Om me heen dacht iedereen dat ik gek was. En dat dacht ik zelf ook vaak als ik met knikkende knieën naar een of ander stom tentamen ging, terwijl mijn vriendinnen gezellig gingen winkelen of naar het strand gingen.

Na mijn afstuderen werd mij gevraagd of ik wetenschappelijk medewerker bij de afdeling burgerlijk recht zou willen worden. Daar heb ik onmiddellijk ja op gezegd. Na mijn studie had ik nog niet het idee dat ik iets wist. Er is geen sprake van dat je dan het recht beheerst. Ik wilde eindelijk wel eens iets grondig weten en daarom stond de gedachte van het schrijven van een proefschrift mij wel aan. Dan weet je tenminste van een klein onderwerp heel veel af. Bovendien was het werk gemakkelijk met mijn gezin te combineren. Je moest een paar keer per week werkgroepen geven, maar die kan je thuis voorbereiden. En bovendien was het mogelijk thuis aan het proefschrift te werken.

Toen ik mijn proefschrift had geschreven, had ik nòg niet het idee van dat onderwerp alles af te weten. Toen heb ik het maar opgegeven en ben ik generalist geworden.

De sfeer in de vakgroep was bijzonder plezierig. Paul van Vliet was in die tijd ook wetenschappelijk medewerker. Hij was niet alleen heel erg geestig, maar ook enthousiast voor zijn werk. Ik kan me nog



herinneren, dat hij bij een werkgroepcasus over wanprestatie naar een garagebedrijf is gegaan om tijdens werkgroep te kunnen vertellen wat er allemaal mis kan gaan in een garage. Soms moesten we ons plezier intomen, want onze werkkamer was vlak naast een studiezaal in het Gravensteen. Als we voortdurend aan het lachen waren zou dat vervelend zijn voor de studenten.

Kort voor het CII tentamen waren er voor de studenten kampen, in Reuver, Lunteren of ergens anders. Voor die kampen was altijd veel belangstelling; meestal meer dan er plaats was. Er konden, meen ik, tweehonderd studenten mee. Er werd de hele dag gewerkt en 's avonds konden de studenten aan de medewerkers hun vragen kwijt. Zo leerden wij ook de studenten goed kennen. Er werden ook wel grappen uitgehaald. Bijvoorbeeld op de laatste avond bij het diner werd gezegd, dat een van de studenten het zó leuk had gevonden, dat hij ons graag zou willen bedanken. Hem werd het woord gegeven, maar hij wist dan van niets en moest snel iets verzinnen. Gualthérie van Weezel, het Tweede Kamerlid, heeft toen een ontzettend leuke speech gehouden, waarin hij ook met een paar vinnige opmerkingen liet blijken, dat hij het geen stijl vond. Na het eten op die laatste avond werden er vaak sketches opgevoerd. Soms trad Paul van Vliet op, ook toen hij al geen medewerker meer was.

*U hebt uw proefschrift geschreven over ongegronde verrijking. Is dat niet een moeilijk onderwerp omdat het zo onbegrensd is en soms wordt aangedragen als de oplossing van ieder probleem?*

Ach, ik ben meer praktisch dan theoretisch ingesteld. Ongegronde verrijking komt in feite heel weinig voor. Ik heb gevallen van ongegronde verrijking opgezocht in de Nederlandse, Franse en Duitse rechtspraak. Twee jaar lang heb ik bij Blok Engels recht gevolgd speciaal met het oog op mijn proefschrift. Deze twee jaar heb ik in één voetnoot gestopt; het leek allemaal teveel op het Nederlandse verrijgingsrecht. Gelukkig kost niet elke noot twee jaar. Het Franse en het Duitse recht heb ik bestudeerd in de kelders van het Vredes-paleis. Je kan die mensen niet heen en weer laten sjouwen met alle jaargangen van Dalloz en Sirey. Het Duitse recht is zeer uitgebreid. Men schrijft daar niet over ongegronde verrijking sec, maar over ongegronde verrijking in verband met zus en in verband met zo.

Vandaar dat ik zei dat ik er eigenlijk nog zo weinig vanaf weet.

Wat ik wist, ben ik allang weer vergeten. Ik geef er nu ook niets meer om; wat je schrijft dat ben je kwijt. Ik heb hetzelfde nu met mijn werk: ik verdiep me er in, ik schrijf met plezier en het is afgelopen; na een week ben ik het meeste weer vergeten. Dat proefschrift was ook wel een werk hoor. Ik was blij dat ik er van af was.

*"Weary of sowing for others to reap"?*

Nee, het motto sloeg meer op de ongegronde verrijking zelf, dus op de verarmde, niet zo zeer op mijn werk. Ik heb er met plezier aan gewerkt. Alleen het middenstuk is vervelend. Je begint enthousiast en aan het einde wordt je ook enthousiast: kijk eens wat een schitterend boek dat wordt. Het middenstuk is het moeilijkst. We hadden toch vrij zware werkgroepen en je moet je rechtspraak en literatuur bijhouden. Een heleboel van je vrije tijd gaat er in zitten. Je denkt: nou wil ik wel eens klaar zijn, nou wil ik wel eens naar het strand.

*U schreef: "Zou de invoering van art. 6.4.3.1 NBW niet het gevaar in zich bergen dat deze actie voor sommige juristen zal zijn wat oudtijds het strijkijzer was voor slordige naaisters: de God van de Knoeiers?"*

Dat meen ik! Het was een uitdrukking van mijn moeder: als je een zoompje maakt en het gaat niet goed, dan probeer je dat met een strijkijzer glad te krijgen, maar dat krijg je niet meer goed. Je krijgt alleen maar valse plooiën. Slordig werk kun je met een strijkijzer niet goed maken. De ongegronde verrijking fungeert soms wel eens als een ultimum remedium voor advocaten, dat werkt niet. Wat tegenwoordig wel (te pas of te onpas) als zodanig fungeert zijn de rechten van de mens; nu ook in het civiele recht.

Binnenkort moet ik een conclusie schrijven over ongegronde verrijking. Wij proberen zoveel mogelijk rekening te houden met onze specialisaties, maar het terrein dat wij met z'n vieren - en Leijten, die zowel straf- als civiele zaken behandelt - bestrijken is zo breed, dat je wel generalist moet zijn.

Een rechter geeft overigens - in het algemeen - vaak een oordeel over zaken waar hij niets van af weet. Heb je te veel achtergrond-informatie dan geef je soms juist een minder goed oordeel. Een collega van mij in Rotterdam was loods geweest. Hem moest je geen aanvarringszaak geven. Hij kon onmiddellijk vertellen: de ene had zus moeten doen, de ander zo. Je hebt daar niet zoveel aan: het gaat erom wie de schuld heeft dat het fout is gegaan.

Je krijgt soms de gekste dingen voor je waar je tevoren geen flauwe notie van hebt. Dan kun je toch best een oordeel vellen, want je hoeft de inhoud niet te weten om te kunnen zeggen: jij hebt gelijk. Je moet gewoon de normen toepassen. Bij comparities of getuigenbewijs heb je als rechter dan wel eens een pokerface nodig om niet te laten merken hoe weinig je weet.

Ik heb een heerlijke tijd gehad als rechter in Rotterdam, misschien wel de leukste. Het is afwisselend werk en je bent veel met mensen bezig. Neem bijvoorbeeld de schikkingen, zo van: jongens, zouden jullie wel doorgaan voor die paar honderd gulden, je bent al duizend guldens kwijt voor je advocaat! Heel vaak lukte dat, Rotterdammers zijn redelijk en zakelijk. Als twee boeren families van de Zuid-Hollandse eilanden daarentegen ruzie hebben over een stuk grond moet je niet schikken. Het ligt te na aan hun hart; en een beetje geld meer of minder ..... Aan de andere kant zit er wetenschappelijk werk aan het maken van een vonnis vast, zolang het niet gaat om de vraag of Jantje het heeft gedaan, of Piet. Dat is het: afwisselend zit je achter de schrijftafel te puzzelen, dan ga je weer een hele dag met getuigen aan de gang.

Als Advocaat-Generaal zie je erg weinig mensen. Alleen bij uitleveringszaken zie je de mensen om wie het gaat. Die komen dan met een stok in de broek binnen op het Plein om bij de behandeling van hun zaak aanwezig te zijn.

Mevrouw Andringa en ik waren de eerste all-round vrouwelijke rechters in Rotterdam. Soms gaf dat wel problemen. Met name als ik als rechter-commissaris Turkse verdachten voorgeleid kreeg. Die vonden het verschrikkelijk om door een vrouw ondervraagd te worden. Gelukkig zat er een brede vent naast me, de griffier. Ze gaven dan ook antwoord aan hem.

Ooit heb ik een rot weekend gehad. Een jong stel had gehandeld in wapens om de uitzet bij elkaar te sparen. Het waren alarmpistolen waar je niet eens mee kon schieten. Op vrijdagmorgen werden ze gepakt. Ze vierden net hun bruiloft en dat was zo prettig voor de politie: de hele familie bij elkaar, ze hadden bijna allemaal met de zaak te maken. Een aandoenlijk stel - ik zette ze vast voor het weekend, maar ik zat er zo over in dat ze onschuldig waren. Gelukkig hebben ze maandagmorgen bekend.

De allereerste jongen die ik had vrijgelaten - op voorspraak van zijn advocaat - was diezelfde nacht alweer bezig: inbraak. Toen hij werd voorgeleid wilde zijn advocaat hem niet meer bijstaan! Ik heb er zoveel van geleerd. De grootste oplichters hebben van die mooie onschuldige blauwe ogen; daar bestaan ze van.

Rechter-commissaris zijn in strafzaken, het is leuk werk, maar je moet het niet te lang doen. Je hebt een enorme macht - een hele politiemacht achter je als zou willen, da's niet gering hoor. Je wordt gewoon een tiran. Je zegt: "Morgen moet je komen om te getuigen." Als de ander nee zegt, dan ben je verbaasd. "Dan laat ik je toch van je bed lichten door de politie." Nee, dat is niet de juiste houding. Je hoort ook nooit of je iets fout doet. De Raadkamer gaat wel eens een andere kant op maar dat is net als wanneer een vonnis in hoger beroep wordt vernietigd. Je besteedt daar verder geen aandacht aan. Je begint met de beste bedoelingen, maar een mens moet niet te veel of te lang macht hebben. Ik geloof dat het voor je karakter niet goed is. Af en toe moet je een klap op je hoofd krijgen om een beetje plezierig te blijven. Het mag niet gewoon zijn dat iedereen ja en amen zegt: "Oh mevrouw, wilt u op dat schip kijken?" De rivierpolitie moest mij er dan naar toe brengen. Als ze me hadden willen pesten, dan hadden ze me op zo'n klein bootje gezet. Dan moet je om op het schip te komen zo'n hele lange ladder op .....

Rotterdam is een doorstroom-rechtbank. Als je in alle afdelingen hebt gewerkt en bent geëindigd in de zesde kamer, waar alle gecompliceerde civiele zaken terecht komen, dan ga je kijken naar een andere functie - Vice-President of Raadsheer in het Hof. Ik was al bezig rond te kijken, toen ik werd opgebeld door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad. Ik viel van mijn stoel van verbazing.

De Advocaat-Generaal vult een leemte op. Wij zijn in Nederland niet

voor de dissenting opinon. Het is voor iemand die ongelijk krijgt veel prettiger om te wéten: ik heb ongelijk gekregen van de Hoge Raad, dan wanneer het drie tegen twee is en hij het gevoel heeft van: verdraaid, als die ene nou maar ziek was geweest en die andere had er gezeten - een afschuwelijk idee. Toch missen we wel iets. De conclusie van het OM vult die leemte een beetje op. Als het goed is, geef je de twee kanten van de zaak. Langemeijer deed dat zó mooi, dat je echt verbaasd was als hij zei: "Nou geef ik deze partij gelijk." De andere kant had hij precies even fraai belicht en even overtuigend. De Hoge Raad ging dan ook vaak die andere kant op. Dat is mijn ideaal van een conclusie. Alleen, lang niet alle zaken lenen zich daarvoor, over de ene kant ben ik dan gauw uitgepraat.

*Langemeijer zocht naar een redelijk oordeel, dat zoveel mogelijk het andere standpunt in zijn waarde laat. Hij zei: "Ik heb altijd wel gezocht naar verband met de theorie, maar eigenlijk heel zelden het gevoel gehad, dat de theorie me er verder bij had geholpen."*

Je gaat van de feiten uit; vaak moet je in cassatie zelfs uitgaan van feiten die het Hof in het midden laat. Daarna ga je op zoek naar de algemene regels en de theorie. Neem de conclusie waar ik nu mee bezig ben. Die gaat over een schip volgeladen met chemicaliën, dat op weg is van Antwerpen naar Kaapstad. Op volle zee breekt brand uit op het schip. Het loodswezen in Vlissingen verbiedt het schip de territoriale wateren binnen te komen: te gevaarlijk met al die smurrie aan boord. Bergers zetten het schip op het strand en beperken zo, wellicht, de schade. De Staat wil zijn schade op de bergers verhalen. De bergers verweren zich: het schip is het recht van onschuldige doorvaart ontzegd. Wat je nu moet doen is de theoretische achtergrond tekenen: enerzijds de soevereiniteit van de Staat over haar territoriale wateren, anderzijds het recht van onschuldige doorvaart. Vervolgens terug naar de feiten. Dan zeg je: hier is geen sprake van doorvaart, ze zijn rechtstreeks het strand op gevaren! Je hebt een wisselwerking tussen feiten en rechtsregels.

Ik heb wel eens zaken waarbij ik denk: ze kunnen me wat met hun theorieën, die vind ik zó onbillijk, daar ga ik wat aan doen. En dan schrijf ik het beste; als ik echt kwaad wordt. Het was geloof ik mijn

allereerste civielrechtelijke conclusie. Het ging over een vrouw, die wegens een geestelijke stoornis onder curatele was gesteld. Ze was getrouwd en haar man was curator. Wie weet was hij haar wel alleen om het geld getrouwd? Toen zij van die man af wilde zeiden de rechters: "Je advocaat kan je daarbij niet helpen, want die beslissing is te persoonlijk en jij kan het niet omdat je het niet kúnt." Waren ze nu helemààl, ze kon toch ook trouwen! De Hoge Raad is met mij meegegaan, zij het wat anders gefundeerd (HR 28 maart 1980, NJ 1980, 378). Het betrof een nieuw wetsartikel uit Boek I. Een nieuw wetboek verschilt niet van een oud op dit punt: je kunt er nèt zo hard tegen in gaan. Het gaat gewoon allemaal op de oude voet door.

Een zaak waar ik me ook over heb opgewonden is die tussen Pokon en Substral (HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 m.n. LWH). Zoals Substral de zaken in de reclame voorstelde, was het in werkelijkheid helemaal niet. Substral was helemaal niet geconcentreerder of beter. En als je dat spul zelf ook gebruikt, raak je natuurlijk verontwaardigd over zo'n scheve voorstelling van zaken! De Hoge Raad gaf in die zaak een uitvoerig gemotiveerde beslissing. De reden daarvoor was misschien dat de artt. 1416a-c over misleidende reclame nog niet eerder door de Hoge Raad waren toegepast en de Hoge Raad een andere weg wilde inslaan dan in de literatuur tot dan toe was verdedigd.

Eigenlijk functioneren wij als A-G tevens als een soort raadsheer-rapporteur. De Hoge Raad moet natuurlijk wel meer presteren dan wij, wij maken één à twee conclusies per week. Met de hulp van gerechtsauditeurs moet dat aantal trouwens groter worden. Wij kauwen de zaak voor en zeggen: "Hier heb je wat gegevens, ik persoonlijk vind dat het zus moet zijn, maar jullie zien maar welke kant je op wilt."

*Van de Hoge Raad wordt wel eens beweerd dat hij een bepaald beleid voert. Hoe zit dat met de Advocaten-Generaal?*

Wij zouden dolgraag meer met elkaar overleggen, meer met elkaar afspreken, maar daar komen we helemaal niet toe. Eens in de veertien dagen hebben we vergadering over bepaalde aangelegenheden en dan zouden we het allemaal prettig vinden om de zaken waar we mee

worstelen aan elkaar voor te leggen. We hebben vaak zulke ingewikkelde zaken, dat je al een uur verder bent eer je aan de anderen hebt uitgelegd waar het precies om draait. Het gaat niet alleen om de theorie, maar je moet ook de casus heel goed kennen om te weten onder welke hoofdregel of welke uitzondering de zaak kan vallen. Wat wel nogal eens gebeurt, is dat we op recepties en diners uitgebreid over sommige zaken praten, soms tot ergernis van onze echtgenoten. Met de raadsheren van de Hoge Raad praten we bij dat soort gelegenheden juist weer niet over procedures. Daar wordt heel strikt de hand aan gehouden - raadkamergeheim! - en dat vind ik ook juist.

Het formuleren van cassatiemiddelen is vaak een gokspel. Soms denk ik echter: kunnen jullie het niet een klein beetje korter formuleren. Twee middelen, elk van desnoods twee onderdelen, laat het daar nu eens bij. Je kunt dat wel zeggen, maar volgende week heb je een cassatiedagvaarding met achttien onderdelen, waarvan de Hoge Raad het achttiende gegrond acht. Dan ben ik wel kwaad hoor. Eén van de achttien motiveringsklachten gegrond verklaren dat moet je eigenlijk niet doen. Maar ik heb wel eens geschreven in een conclusie dat ik het heel mooi vond dat iemand zijn middel wist te beperken tot één enkele klacht die ik dan gegrond vond. Tja, toen verwierp de Hoge Raad het middel. Anderen gaan te werk volgens het koe-vangt-haas-beginsel.

We hebben kort geleden in sommige gevallen wel eens mondeling geconcludeerd, als we dachten dat het middel geen enkele kans van slagen had. Maar daar zijn we weer mee opgehouden, want je had dan het effect dat de Hoge Raad de zaak met extra veel aandacht ging bestuderen. Misschien vonden de raadsheren dat hun verantwoordelijkheid in die gevallen iets groter werd. En een enkele keer vonden ze toch nog wat in het middel, dat vernietiging van het bestreden arrest rechtvaardigde. Toen dat gebeurde gingen we weer in alle gevallen schriftelijk concluderen. Iets anders is, dat we vrij kort geleden hebben besloten in bepaalde zaken van minder belang korte conclusies te schrijven.

*Wat vindt u zelf uw beste conclusie?*

Meestal de laatste! Het is leuk werk. Zeer bevredigend, je bent nergens aan gebonden - je moet niet gek gaan doen, maar je kunt je conclusies inrichten zoals je wilt. Je maakt je eigen fouten - dat is prettig, je hoeft nooit je handtekening te zetten onder andermans fouten. In de collegiale rechtspraak komt het wel eens (hoewel zelden) voor dat je het er helemaal niet mee eens bent en je de anderen niet kunt overtuigen. Je bent dan één van de drie en je wilt een punt achter de discussie zetten. Nu sta je zelf in voor je eigen werk. Naar inhoud én naar vorm. En dan zijn er echt conclusies waarvan ik denk: ja, daar ben ik tevreden over, of: nou ja, vooruit maar. De vorm vind ik belangrijk, bijna even belangrijk als de inhoud: een stuk moet helder en duidelijk zijn. Zo vind ik *The Law Lords* van Paterson een goed boek. Het heeft wel iets weg van *The Brethren* van Woodward en Bernstein, maar het is wel veel beter. Het heeft als middelpunt de uitspraak van de House of Lords, waarin ze verklaren niet meer gebonden te zijn aan hun eerdere uitspraken. De voorgeschiedenis en de gevolgen ervan zijn op een prachtige manier om die uitspraak heen gedrapeerd. Het is een gesloten geheel, je zou het kunnen vergelijken met een goed gebakken, mooie ronde oliebol. Bij een goed geconcipieerd vonnis denk ik ook wel eens aan de vergelijking met zo'n oliebol: rechtsvraag en antwoord, met daaromheen de relevante feiten, een gaaf rond geheel.

*Vindt u het leuk uw conclusies terug te lezen in de NJ?*

Sommige wel, maar lang niet allemaal. Soms denk ik: tsjonge, tsjonge, tsjonge. Voor mij hoeft dat publiceren niet. Ik moet wel zeggen dat we ontzettend worden gespaard hoor. Er is zelden of nooit een commentator die zegt: moet je eens kijken wat ze voor idioterie heeft geschreven. Je schrijft toch echt vaak over dingen, waarvan je eigenlijk weinig benul hebt. Al die ingewikkelde octrooi- en merkenrechtzaken die ik wel eens krijg. De eerste keer wist ik een heleboel dingen gewoon niet. Dat het in werkelijkheid anders ligt dan je in de boeken hebt kunnen vinden, merk je pas later als het arrest is gewezen en de noot eronder staat. Je probeert het dan de volgende keer een beetje beter te doen. Zelden zegt een commentator: dit is



nou toch duidelijk boven haar pet gegaan. Heel plezierig is dat. Ik kan me voorstellen dat ze denken: ach, laten we dat arme mens niet te hard vallen, de volgende keer moet ze weer schrijven over personenrecht. Of over satellieten, daar wist ik ook niets van. Ik ben toen maar begonnen met een heel leuk boek van Chriet Titulaer.

*U bent in uw Rotterdamse tijd griffier geweest bij de Eerste Kamer voor de vaststelling van de boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW.*

Ik bereidde meestal de vragen voor. Vele leden van de vaste kamercommissie van justitie waren niet gespecialiseerd in het Nieuw BW. Snijders veegde praktisch alle voorstellen van tafel. Hij heeft het hele Nieuw BW in zijn hoofd zitten. Een voorstel tot wijziging van bijvoorbeeld artikel 6.5.3.4 zou met zich meebrengen dat ook artikel y van boek 7 en artikel z van de Kadasterwet zouden moeten worden gewijzigd. Het artikel kon daarom maar beter blijven zoals het was. Nou, daar had je natuurlijk niet veel meer op te zeggen.

*Betekent de invoering van het Nieuw BW nu zo'n grote belasting voor de rechterlijke macht?*

Vergelijk het eens met alle nieuwe huurwetgeving! Invoering van het Nieuw BW lijkt mij helemaal niet zo'n probleem. De PAO-cursussen voor rechters hebben misschien een schrik-effect teweeggebracht. Het hele systeem van het wetboek werd uitgelegd, terwijl je als rechter steeds met maar een deel ervan te maken hebt. Je zoekt zeer gericht met het oog op de casus die voor je ligt. Voor rechters die meer wetenschappelijk zijn ingesteld en toch al alles opzochten, wordt het alleen maar gemakkelijker: je hebt de parlementaire geschiedenis bij de hand. Wil je daarentegen de toelichting op de oude notariswet gebruiken, die valt al uit elkaar als je er naar kijkt! En dan nog, een groot deel van het werk verandert niet. De vraag of en hoe een aanrijding heeft plaatsgevonden, de bewijsvragen, die veranderen niet veel onder invloed van het Nieuw BW. Overigens zou het wat dat betreft prachtig zijn als het nieuwe bewijsrecht zo snel mogelijk wordt ingevoerd.

*Hebt u eigenlijk nog tijd voor andere dingen?*

Er blijft erg weinig tijd over. Op het parket werken we allemaal toch zo ongeveer zestig uur per week. Misschien wordt dat beter nu we meer steun krijgen van jonge gerechtsauditeurs. Ik ben meestal bezig tot twaalf uur 's avonds. Maar soms houd ik eerder op. Als om kwart over elf *Cheers* begint, denk ik: "Ha, dat vind ik leuk, daar ga ik naar kijken." Dan leg ik mijn pen iets eerder neer.

Op juridisch terrein ben ik naast mijn werk op het parket ook nog lid van de Centrale Raad van Advies voor het gevangeniswezen, de psychopatenzorg en de Reclassering. Ik zit daarin als opvolger van Mevrouw Minkenhof. Zij is overigens ook Advocaat-Generaal geweest, maar ze is naar de Hoge Raad gegaan, wellicht omdat ze het wat rustiger aan wilde doen! Ik weet niet wie het drukker heeft, de Hoge Raad of het parket, ik kan dat niet beoordelen.

Verder heb ik voor de Dierenbescherming commentaar gegeven op hun ontwerp voor een Wet voor het welzijn van dieren. Het ontwerp gaat ervan uit dat dieren bepaalde rechten hebben en moeten kunnen klagen bij de rechter als die rechten door bijvoorbeeld mishandeling worden geschonden. In dat geval kan een wettelijk vertegenwoordiger van het dier een klacht indienen bij de kantonrechter. Dit uitgangspunt van de wet vind ik voortreffelijk. Ik heb met veel plezier mijn mening over dit ontwerp geschreven.

Ik houd erg veel van dieren, vooral van katten. Als jullie mij die vraag nog stellen wat ik naar een onbewoond eiland mee zou nemen, dan weet ik het antwoord al. Ik zou een zwangere poes meenemen. Die vraag zou overigens verkeerd zijn, en dat realiseer je je als je op een onbewoond eiland hebt gezeten. Wij hebben in Indonesië op een vrij schaars bewoond eiland geleefd. Op een goed moment mochten er geen vliegtuigen landen vanwege een epidemie. Als je zo geïsoleerd bent, besef je goed dat je niet een leuk spannend boek moet meenemen, dat waarschijnlijk na een jaar toch zal gaan vervelen. Je moet werken meenemen waarvan vaststaat dat ze nooit zullen gaan vervelen, bijvoorbeeld de werken van Shakespeare of van Homerus. Ik zou denk ik Homerus meenemen, met een Homerus-Grieks woordenboek.

Naast alle juridische dingen blijft er niet veel tijd over. Een keer

in de week ga ik zwemmen. En ik wandel. Als ik boodschappen moet doen wandel ik altijd even over het strand, even kijken hoe de zee er bij ligt. Verder geniet ik erg van mijn gezin en mijn twee kleinkinderen.

Ik heb wel te doen met vrouwen die voor de keuze worden gesteld: een gezin of een maatschappelijke loopbaan. Ik heb nooit hoeven kiezen, ik heb allebei gedaan. Eerst getrouwd, kinderen - dat was heerlijk - en daarna, toen ze groot genoeg waren, ben ik rechten gaan studeren. Ik heb enorm geluk gehad. Ik ben erg blij dat het zo is gegaan.

## ARTIKEL 6.5.3.11 NBW EN HET ENGELSE RECHT

rof. mr P. Abas

*Men hoort wel fluisteren dat ter gelegenheid van een internationale rechtskeuze het Nederlandse recht in toenemende mate buiten de boot valt. Oorzaak van dit verschijnsel zou zijn dat in de toekomst de bepaling van art. 6.5.3.11 aan de Nederlandse rechter de bevoegdheid zal verlenen in contracten in te grijpen op een wijze die zó ver gaat dat dit met name internationale handelspartners zou afschrikken. De fluistercampagne eindigt met de bewering dat uit vrees voor Nederlands recht de keuze uitvalt ten gunste van het Engelse recht. Want wie ergens zekerheid zoekt, doet dat wel aan gene zijde van de Noordzee.*

*Het is mijn bedoeling na te gaan in hoeverre de stand van het Engelse recht overeenkomt met, c.q. afwijkt van het Nederlandse.*

Ter gelegenheid van het schrijven van mijn proefschrift onderzocht ik reeds of in de common law gesproken kan worden van sporen van beperkende werking van de goede trouw.<sup>1)</sup> Ik vond toen enige gevallen van verandering van omstandigheden die naar Nederlands recht ressorteren onder de beperkende werking en die naar NBW zullen worden beheerst door art. 6.5.3.11. Indien niet in de laatste paar jaren een tweetal boeiende nieuwe zaken zou zijn voorgelegd aan de hoogste Engelse rechter, zou het de moeite niet geloofd hebben een hernieuwde studie te wijden aan het Engelse recht op dit stuk.

Ik vang aan met een tweetal casus die ik reeds in mijn proefschrift behandelde en die toen golden als "nieuwste rechtspraak" en maak hoofdmoot van deze bijdrage een beschrijving van de twee meest actuele casus die wat toen nieuw heette maken tot heersende leer.

Terwijl men naar de oude leer in Engeland een soort *clausula rebus sic stantibus* hanteerde om onder gewijzigde omstandigheden een overeenkomst voor ontbonden te houden, de zgn. "implied term", ligt de basis van de nieuwe leer in de zaak die in 1956 werd beslist door de House of Lords.<sup>2)</sup>

In begin 1946 besteedde Fareham Urban District Council de bouw van 78 huizen aan bij Davis Contractors Ltd. Er werd een vaste opleveringsdatum afgesproken, nl. van acht maanden, tegen een vaste prijs van rond de £ 94.000. Door twee oorzaken kon de bouwer de huizen niet op tijd opleveren: slechte weersomstandigheden en een plotselinge krapte op de arbeidsmarkt. Hierdoor was de overeenkomst pas na 22 maanden uitgevoerd. Davis Contractors was niet langer tevreden met de bedongen prijs, aangezien zij in de 14 maanden die de bouw langer duurde maar liefst £ 17.000 meer aan de oplevering van de huizen had moeten uitgeven. Van de zijde van Davis Contractors wordt gesteld dat de afgesproken som niet meer van toepassing is, de overeenkomst "frustrated" is en dat zij dientengevolge de aanbestedster voor een bedrag van £ 17.000 kan aanspreken op grond van "quantum meruit" (ongegrunde verrijking). Het verweer hield in dat het contract niet frustrated was. De Court of Appeal nam geen frustration aan. Davis Contractors komt hiertegen op bij de House of Lords. Vergeefs, want een bouwer die een werk op zich neemt voor een vaste prijs, laadt daarmee het risico op zich dat de kosten stijgen door vertraging in de uitvoering.

De beslissing van de House of Lords is belangwekkend vanwege de speech van Lord Radcliffe. Zijn - nadien vele malen aangehaalde - woorden luiden als volgt: "... frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do".<sup>3)</sup> Het aldus omschreven criterium heeft de naam gekregen van de "test of a radical change in the obligation". Het recept luidt aldus, dat men de aanvankelijk gesloten overeenkomst onderzoekt naar zijn doel, zonder te kijken naar de verandering van de omstandigheden - en die contractsinhoud vergelijkt met de nu aanwezige omstandigheden -. Deze vergelijking dient ertoe om na te gaan of de huidige verplichting uit overeenkomst oplevert "a fundamental or radical change from the obligation originally undertaken".<sup>4)</sup>

Deze - in 1956 nieuwe - beslissing is een aantal jaren later herhaald.<sup>5)</sup>

Tsakiroglou & Co. Ltd. verkoopt aan de Duitse koper Noble & Thorl GmbH 100 ton aardnoten c.i.f. Hamburg. Het vervoer diende te geschieden vanuit Port Sudan in november of december 1956. De normale scheepsroute gaat door het Suez-kanaal. Door de Engels-Franse militaire interventie in de Sinai werd het kanaal op 2 november 1956 gesloten. Het vervoer moest nu plaatsvinden langs een flinke omweg via Kaap de Goede Hoop. Deze reis is

15.000 mijl langer en de vrachtprijs daardoor tweemaal zo hoog. De verkoper weigerde de overeenkomst langer na te komen. Op zijn beurt bericht de Duitse koper op 9 februari 1957 nog steeds prijs te stellen op levering. Tsakiroglou beroept zich op frustration, maar heeft hiermee in geen enkele instantie succes.

Deze keer is de opinie van Lord Reid doorslaggevend. De vraag of de route om Afrika heen "substantially different" is van de normale wordt door hem ontkennend beantwoord. Er is geen "fundamental change", immers de goederen waren niet bederfelijk, er was geen vaste afleveringsdatum bepaald en er was evenmin een tekort aan beschikbare schepen. Zou een van deze omstandigheden zich hebben voorgedaan, dan ware nog aan frustration te denken geweest.

Soortgelijke beslissingen zijn genomen in *Ocean Tramp Tanker Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* (1964) 2 Q.B. 226 (de route om de Kaap is "not fundamentally different") en in *Palmco Shipping Inc. v. Continental Ore Cpn.* (1970) 2 Lloyd's Rep. 21.

Op p. 231 van mijn proefschrift concludeerde ik: "De heersende change in the obligation-leer is een frustration-test en als zodanig alleen toepasbaar, *indien* feitelijke omstandigheden zijn veranderd. Daardoor is de werkingssfeer van deze theorie beperkt tot overmacht en gevallen die daaraan grenzen. Hoe ruim die grenzen rond de overmacht getrokken kunnen worden is verre van duidelijk. Ik zou - de twee door mij behandelde gevallen van 1956 en 1961, waarvan de billijkheid van het eindresultaat voor mij geenszins vanzelf spreekt, in aanmerking genomen - menen, dat bedoelde grenzen toch niet erg ruim zullen mogen worden gedacht".

Het hierboven geciteerde commentaar dateert van 1972.

In de 24e druk van *Anson's Law of Contract*, Oxford 1975, schrijft A.G. Guest op p. 493: "Perhaps the most acceptable of the conservative theories, and the one which has received the warmest commendation, is that which we may call the 'change in the obligation' theory". Hij verwijst daartoe naar Lord Radcliffe in 1956. Letterlijk dezelfde woorden schreef Guest ook al in de druk van 1964, p. 468, welk citaat ik gebruikte in mijn proefschrift op p. 230. In de 10e druk van *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, London 1981, is de bewerker M.P. Furmston juist besprongen met één nieuwe zaak, waarvan hij op p. 524 kort melding maakt, en heeft hij de tweede kennelijk niet meer op tijd kunnen verwerken. Ik ga daarom voorbij aan Cheshire-Fifoot.

De zaak die Furmston nog net kon meenemen is die van *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.*, beslist door de House of Lords op 11 december 1980.<sup>6)</sup>

National Carriers Ltd. is eigenaar en verhuurder van een warenhuis, gelegen te Kingston-upon-Hull aan de English Street nr. 2. Bij de huurovereenkomst wordt het pand verhuurd aan Panalpina (Northern) Ltd. voor een periode van 10 jaar, ingaande per 1 januari 1974, tegen een huurprijs die voor de eerste vijf jaren wordt vastgesteld op £ 6.500 per jaar en daarna op £ 13.300 per jaar. De huurprijs dient telkens per kwartaal te worden voldaan op 1 januari, 1 april, 1 juli en 1 oktober. Per 1 april 1979 weigert de huurder betaling.

Als grond voor deze weigering voert Panalpina aan, dat de enige straat die toegang geeft tot het warenhuis, de Kingston Street, door de gemeenteraad met ingang van 16 mei 1979 is afgesloten voor alle verkeer voor een periode van tenminste een jaar. Deze afsluiting vindt plaats vanwege het gevaar van instorting van het tegenoverliggende pand. De huurder houdt het ervoor dat de overeenkomst is ontbonden wegens frustration. In alle instanties wordt dit beroep verworpen.

De House of Lords staat voor een tweetal vragen, waarvan de eerste voor het Engelse recht van principieel belang is en de tweede betrekking heeft op het concrete geval. De vraag of een huurovereenkomst überhaupt vatbaar is voor frustration heeft lang opengelegen na de verdeelde uitspraak van 1945 inzake Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Lightons Investment Trust Ltd., (1945) A.C. 221. Pas een bevestigend antwoord op deze vraag stelt de tweede vraag in het daglicht, te weten of in concreto van frustration kan worden gesproken.

De speech van Lord Wilberforce is hier de trendsetter.(7) Hij beantwoordt de eerste vraag bevestigend, hetgeen dadelijk nieuws oplevert. Dat de leer van de frustration van toepassing kan zijn op huur van onroerend goed, was nooit eerder beslist. De feiten van het onderhavige geval wijzen evenwel naar de mening van Lord Wilberforce naar een afwijzing van het beroep op frustration. Bij de sluiting van de Kingston Street zou de huurovereenkomst nog 4 jaar en 6½ maand lopen. Het staat vast dat de heropening langer dan een jaar op zich zou laten wachten, waarbij rekening is gehouden met december 1980/januari 1981. Dit laatste is er van gekomen en de straat is opengesteld in januari 1981. De huurovereenkomst kon toen weer worden voortgezet over de jaren 1981, 1982 en 1983. Kortom: bij een overeenkomst voor de duur van 10 jaren is een onderbreking van nog geen twee jaar (om precies te zijn 18 maanden) niet ernstig genoeg om die aan te merken als een "frustrating event".(8)

Lord Simon of Glaisdale verricht de frustration-test in dezelfde zin, zij het meer toegespitst op de historische speech van Lord Radcliffe uit 1956: "Weighing all the relevant factors, I do not think that the appellants have demonstrated a triable issue that the closure of the road so significantly changed the nature of the outstanding rights and obligations under the lease from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations".(9)

De beslissing van 11 december 1980 is van belang, omdat zij de Davis Contractorsleer van 1956 van een hechter fundament voorziet. De uitspraak bevestigt mijn beschouwing van 1972 in zoverre dat de Engelse rechter wederom een aansprekende theorie omhelst, maar er

in feite weinig spectaculairs mee verricht. Toegegeven moet worden, dat dit laatste niet in de eerste plaats aan die rechter moet worden verweten, maar veeleer aan de hurende partij Panalpina, die een te zwakke zaak voorbracht om definitief bevrijd te raken. Duidelijker dan de Lords Wilberforce en Simon of Glaisdale kan men het moeilijk onder woorden brengen.

Nog aardiger dan de zaak van 1980 is de nieuwste zaak van 1981. De status van "nog aardiger" ontleent deze uitspraak vooral aan het feit dat hierin over de vraag wel of niet frustration verschillend werd geoordeeld en in het bijzonder aan de omstandigheid dat de hoogste rechter deze frustration nu eindelijk eens aannam.<sup>10)</sup>

Op 2 november 1978 stellen de eigenaren van het Griekse schip "Nema", Pioneer Shipping Ltd. en anderen, dit ter beschikking aan bevrachters, B.T.P. Tioxide Ltd., voor het maken van zeven achtereenvolgende reizen naar Sorel in Canada (reisbevrachting) om aldaar metaalslakken te laden en te vervoeren naar Europa, of naar Calais of naar Hartlepool. De reizen dienen plaats te vinden tussen april en december 1979.

Na die eerste reis keert de "Nema" terug in Sorel op 20 juni 1979. Zij kan daar niet laden wegens een staking, die was uitgelopen op 6 juni 1979. In deze stakingssituatie leidt nader overleg tussen partijen tot de afspraak dat de eigenaren het schip terugnemen voor een tussentijdse transatlantische vaart en dat het daarna zal terugkeren naar Sorel om de volgende lading in te nemen. Aldus geschiedde, maar terug in Sorel duurt de staking voort.

Op 20 juli 1979 wordt de "Nema" weer ter beschikking gesteld van eigenaren voor een volgende tocht over de oceaan die op 10 augustus 1979 eindigt in Glasgow. De charterers, Tioxide, eisen het schip op naar Sorel, maar Pioneer c.s. bestemmen de "Nema" voor een andere tussentijdse reis die niet voor september 1979 zou eindigen. Medio augustus 1979 besluiten partijen tot arbitrage. Op 28 september 1979 - het schip was juist terug van de reis waartegen Tioxide bezwaar had gemaakt en zonodig beschikbaar om te vertrekken naar Canada - houdt de arbiter het contract van 2 november 1978 voor ontbonden wegens frustration. De rechter bij wie beroep wordt ingesteld tegen deze arbitrale uitspraak, Robert Goff J., wil van frustration niet horen en beslist dat de "Nema" op 10 augustus 1979 had moeten terugkeren naar Canada. De eigenaren gaan in hoger beroep bij de Court of Appeal. Dit college herstelt de uitspraak van de arbiter (dus wel frustration). Tioxide wendt zich daarop tot de House of Lords. Zonder succes, want bij beslissing van 16 juli 1981 wordt het beroep verworpen.

Ook in deze zaak speelt een naar Engels recht principiële punt en daarnaast fungeert de frustration-kwestie als een bijkomend punt. Het eerste en principiële punt is of de gewone rechter rechtsmacht heeft met betrekking tot appellaten van arbitrale uitspraken overeenkomstig de Arbitration Act 1979. Aan dit onderwerp is in het bijzonder de speech gewijd van Lord Diplock.<sup>(11)</sup> De frustration-aspecten van deze zaak komen vooral aan de orde in de speech van Lord Roskill.<sup>(12)</sup> Bij zijn inleidende opmerkingen over



dit rechtspunt blikt hij terug op de beslissing inzake *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* van 1980. Hierover zegt hij dat het duidelijk is dat de *House of Lords* instemde met de "now classic statement of the doctrine by Lord Radcliffe in *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*" van 1956.(13)

Daarom moet in het onderhavige geval die frustration-test opnieuw worden toegepast. In gevallen van vertraging, zoals hier, is dat moeilijk, want "it is often necessary to wait upon events in order to see whether the delay already suffered and the prospects of further delay from that cause will make any ultimate performance of the relevant contractual obligations 'radically different', to borrow Lord Radcliffe's phrase, from that which was undertaken by the contract".(14) Over de vraag of in een concreet geval aan dit criterium is voldaan, kan men verschillend denken. De rechter, een oordeel gevend over een arbitrale beslissing, moet nagaan of die arbiter de juiste test heeft toegepast en pas in de uitkomst van die beslissing ingrijpen, wanneer geen redelijk handelend arbiter tot die slotsom had kunnen komen. De rechter - aldus Lord Roskill - "ought not to interfere merely because the court thinks that upon those facts and applying that test, it would not or might not itself have reached the same conclusion, for to do that would be for the court to usurp what is the sole function of the tribunal of fact".(15)

In de speech van Lord Roskill komt duidelijk naar voren, dat het hier niet een gewone zaak betreft die langs reguliere kanalen tot de hoogste rechter komt, maar pas dat hoogste niveau bereikt in het kader van een beroepsprocedure tegen een arbitrale uitspraak. En hoewel het woord niet valt, denken wij in Nederlandse termen toch al snel aan het begrip "marginale toetsing". Het principiële dat Lord Roskill ten aanzien van de frustration opmerkt is dat hij in beginsel geen reden kan zien "why a strike should not be capable of causing frustration of any adventure by delay".(16) Uitgaande van een marginale toetsing had de arbiter het bij het juiste eind.

Het enige handboek dat beide nieuwe zaken reeds vermeldt en bespreekt is *Chitty on Contracts, Volume 1, General Principles*, 25e druk, London 1983. Bij Chitty vindt men in nr. 1525 de volgende regel van geldend recht: "If the literal words of the contractual promise were to be enforced in the changed circumstances, would performance involve a fundamental or radical change from the obligation originally undertaken?" Zo ja, dan wordt het contract ontbonden wegens frustration.

Chitty verwijst ter plaatse naar de herformulering van de test door Lord Simon of Glaisdale inzake *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.*, omdat deze nog iets scherper en gedetailleerder is dan de klassieke woorden van Lord Radcliffe uit 1956: "Frustration of a contract takes place when there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient

provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance".<sup>17)</sup>

In nr. 1526 zet Chitty uiteen op wat dit alles nu neerkomt.

Ten eerste is vereist "construction of the contract". Dit betekent dat de rechter zich een beeld moet vormen van het doel van de oorspronkelijk gesloten overeenkomst en wat die van partijen zou hebben geveerd aan tijd, inspanning, werk en geld, indien geen verandering van omstandigheden zou hebben plaatsgevonden. Vervolgens moet de rechter de omvang van de nieuwe verplichting in ogenschouw nemen, nadat het voorval zich heeft voorgedaan waarop de frustration kan worden gebaseerd. De laatste stap is een vergelijking van de "oude" met de "nieuwe" overeenkomst om aldus te komen tot het oordeel dat de nieuwe verplichting al dan niet een fundamentele afwijking betekent van de oude. Wat Chitty noemt "construction of the contract" heet in de continentale rechtstaal interpretatie of uitleg. De rechter moet het contract uitleggen en vervolgens *bekijken of de verandering van de omstandigheden het contract heeft mismaakt tot een nieuw iets dat in wezenlijke opzichten verschilt van het oorspronkelijke.*

Is daarvan sprake, wanneer:

- a) door slechte weersomstandigheden en plotselinge krapte op de arbeidsmarkt de bouw van een complex woningen later dan afgesproken, gereed komt, terwijl een vaste datum en een vaste som bij overeenkomst bepaald waren?
- b) door oorlogshandelingen de scheepvaartroute door het Suez-kanaal versperd is, de reis langer wordt en de kosten van vervoer hoger, terwijl de goederen niet bederfelijk zijn en niet een vaste datum voor aflevering was gecontracteerd?
- c) de uitvoering van een langjarig huurcontract ten aanzien van een warenhuis voor de huurder gedurende een relatief korte tijd waarde-loos wordt, terwijl het contract na de storing weer gewoon doorloopt?
- d) een overeenkomst van reisbevrachting voor zeven reizen na één reis reeds onuitvoerbaar wordt door continue stakingen in de vertrek-haven, terwijl de eigenaar het schip intussen kan gebruiken voor

andere reizen en het ogenblik nadert waarop de vertrekhaven door ijsvorming voor maanden onbereikbaar zal zijn?

Deze vragen beantwoordde de hoogste Engelse rechter slechts in het laatste geval met "ja". En in de andere gevallen met "neen", echter niet of nauwelijks op grond dat van frustration nimmer sprake zal kunnen zijn, maar steeds onder verwijzing naar de concrete omstandigheden. De beslissing in de recente huurzaak onder c) is hiervan een sprekend voorbeeld.

Mijn conclusie in 1972 was wat zuur. Niettemin is mijn prognose dat de grenzen van de frustration zich niet ver zullen verwijderen van de overmacht, blijktens de "Nema"-zaak, juist gebleken. Deze levert immers een zuiver geval van overmacht op. Toch ben ik geneigd mijn huidig oordeel - na de uitspraken van 1980 en 1981 - wat bij te stellen, in dier voege dat de Engelse rechter niet onwelwillend staat tegenover het toepassen van de frustration-test, maar dan wèl verlangt, wil hij het contract als gefrustreerd kunnen aanmerken, dat hem een harde zaak wordt voorgeschoteld. Deze zaak moet inderdaad behoorlijk hard zijn, omdat het eindoordeel, inhoudend dat het contract "frustrated" is, neerkomt op een *ontbinding* van de overeenkomst *met bevrijding van partijen voor het overige*. Dit vast te stellen is van eminent belang voor een vergelijking van de Engelse resultaten met de Nederlandse, aangenomen dat die hier te lande zouden hebben gediend.

Om de overstap van Engels recht naar art. 6.5.3.11 te kunnen maken, geef ik de regel van Lord Simon of Glaisdale weer in eigen juridisch Nederlands: ontbinding van de overeenkomst vindt plaats, wanneer zich na de contractssluiting een gebeurtenis voordoet (zonder dat partijen aan het intreden daarvan schuld hebben en zonder dat het contract daarvoor een afdoende regeling inhoudt), die op zodanig ingrijpende wijze de strekking van de bestaande contractuele rechten en/of verplichtingen wijzigt ten opzichte van wat partijen redelijkerwijs hebben kunnen voorzien voor het tijdstip van zijn uitvoering, dat het in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn om hen in de gewijzigde omstandigheden te houden aan de letter van de contractuele bedingen; het rechtsgevolg is dat beide partijen zijn ontslagen van de verplichting tot uitvoering van de overeenkomst.

Hiernaast wordt gesteld het voorschrift van lid 1 van art. 6.5.3.11: de rechter kan op vordering van een der partijen een

overeenkomst wijzigen of geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

Welk(e) verschil(len) valt (vallen) te bespeuren tussen de Engelse en de toekomstige Nederlandse regel? Ten eerste dat de Engelse regel ruimer is, in zoverre dat niet het onvoorzien zijn van de na de contractssluiting optredende gebeurtenis doorslaggevend is, maar het onvoorzienbare en uitzonderlijke karakter van die gebeurtenis. Tegen dit gebrek in de regel van art. 6.5.3.11 heb ik mij reeds meermalen, zij het zonder succes, gekeerd. Ik ga hier thans aan voorbij.<sup>18)</sup> Ten tweede dat de Nederlandse rechter aanzienlijk *meer armslag* heeft dan zijn Engelse collega. De laatste kan slechts de frustration aannemen en het contract voor ontbonden verklaren, zonder middenweg. Juist de beschikbaarheid van een middenweg is voor het Nederlandse recht het grote winstpunt, verkregen als het wordt door de casus te kunnen toetsen aan de beginselen van goede trouw, van redelijkheid en billijkheid.

Dit laatste komt te spreken, wanneer ik een poging onderneem om de vier Engelse zaken op te lossen naar de regeling van art. 6.5.3.11.

*a) Davis Contractors (1956)*

De aannemingsovereenkomst zal op grond van de verandering van omstandigheden niet zodanig in haar wezen zijn aangetast, dat zij behoort te worden ontbonden. Hooguit ware te denken aan een verhoging van de prestatie die de aanbesteder moet verrichten. Dit hangt af van de aard van de later ingetreden omstandigheden. Het lijkt duidelijk dat een aannemer bij zijn prijsstelling rekening houdt met slecht werkweer. Is het ook zo duidelijk dat hij in 1946 moet instaan voor een onvoorzien tekort aan werkkrachten, te wijten aan het feit dat de troependemobilisatie na de oorlog trager verliep dan was verwacht? Dat de aannemer daarvoor moet instaan, is voor mij niet zonder meer een gegeven, maar ook indien hij daarvoor niet behoeft op te komen, kan hem dit hoogstens recht geven op betaling van een hoger bedrag dan oorspronkelijk was afgesproken.

*b) Tsakiroglou (1961)*

Bij een overeenkomst van zeevervoer van goederen vanuit Port Sudan

aan de opening van de Rode Zee naar Hamburg alsook bij een reis van Genua naar India (de al genoemde Eugenia-case van 1964), is het volmaakt voor de hand liggend dat die tocht wordt gemaakt via het Suez-kanaal en niet langs de Kaap. Sterker nog: daartoe is juist dat kanaal gegraven! Als de rechter beslist dat de vaart om de Kaap niet "fundamenteel verschillend" is, omdat men zeer wel ook om de Kaap kan varen, de goederen niet aan bederf onderhevig zijn en er voldoende boten beschikbaar zijn, heeft hij daarmee volkomen gelijk. Toch wordt hier de kern van de zaak niet geraakt, want niets is redelijker dan dat de vervoerder om de Kaap vaart en zijn extra kosten mag declareren.

*c) Panalpina (1980)*

Bij een huurovereenkomst betaalt de huurder een prijs voor het genot dat hij van de zaak mag verwachten. Kan hij dat door overheidsingrijpen dat hem in dat genot stoort niet verkrijgen, dan moet de oplossing niet zijn dat het contract wordt ontbonden, maar dat hij voor de duur van de belemmering geen huurprijs behoeft te voldoen en daarna weer wél. Ik merk op - en volsta daarmee zonder verdere beschouwing - dat deze Panalpina-zaak opvallende gelijkenis vertoont met Rb. Amsterdam 24 juni 1918, NJ 1918-865 (pacht van de tolweg Hilversum-Soestdijk), HR 17 juni 1949, NJ 1949-544 inzake AKU-Stalen Steiger en het leerstuk van de onmogelijkheid van rechtsuitoefening.<sup>19)</sup>

*d) De "Nema" (1981)*

Deze zaak bracht de Engelse rechter tot het oordeel dat de overeenkomst van reisbevrachting behoort te worden beëindigd. Wanneer er tussen april en december tot zeven maal toe van Canada naar Europa moet worden gevaren en terug en aan gene zijde van de oceaan gestaakt wordt van 6 juni tot 5 oktober en na december de haven niet meer bereikbaar is wegens ijsvorming, tenzij het schip ijsbestendig is, hetgeen de "Nema" niet was, ja, wat wil men dan nog? Partijen kunnen het er dan inderdaad maar beter bij laten zitten. Een middenweg ontbreekt in dit geval letterlijk, want Sorel is alleen maar bereikbaar via de St. Lawrence rivier.

De *vergelijking* tussen de uitkomsten van deze Engelse zaken, berecht naar Engels recht en naar NBW valt m.i. in alle gevallen in het voordeel van het NBW uit. Dit ligt in zekere zin voor de hand, wanneer in aanmerking wordt genomen, dat de Nederlandse rechter

meer instrumenten tot zijn beschikking heeft dan de Engelse die slechts kan ontbinden of dit kan nalaten. Vandaar dat de beslissing om partijen van elke verdere gehoudenheid tegenover elkander te ontslaan, zwaarder valt.

Met een volgende opmerking kunnen deze verschillen weer naar elkaar worden toegebogen.

Tijdens de Tweede Wereldoorlog kwam tot stand de Law Reform (Frustrated Contracts) Acts 1943.<sup>20)</sup> Deze wet laat het begrip "frustration" en de uitwerking ervan over aan de rechtspraak en geeft uitsluitend een regeling van de rechtsgevolgen van frustration op een manier die afwijkt van de common law. Zo maakt de wet het mogelijk om tevoren gedane betalingen terug te vorderen, om vergoeding te eisen voor een tevoren reeds geleverde prestatie alsmede om de rechter een geleverde prestatie te laten taxeren op een "just sum". Geheel bevredigend functioneert het palet aan mogelijkheden dat de wet de rechter biedt niet.

In zijn speech inzake *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* legt Lord Simon of Glaisdale, in de passage die dadelijk volgt op het stuk dat ik tevoren aanhaalde en waarin de Lord zijn afweging van die zaak samenvat, haarscherp uit wat de Engelse rechter mist. Hij merkt op: "I would, however, presume to suggest that consideration should be given to whether the English doctrine of frustration could be made more flexible in relation to leases. The Act of 1943 seems unlikely to vouchsafe justice in all cases. As often as not there will be an all-or-nothing situation, the entire loss caused by the frustration event falling exclusively on one party, whereas justice might require the burden to be shared. Nor is this situation confined to leases".<sup>21)</sup>

Lord Simon of Glaisdale ziet in dat de frustration-leer te star is en dat de wet van 1943 aardig wat soulaas biedt, maar niet genoeg. Immers, te vaak doet zich een alles-of-niets-situatie voor, waarbij de schade van de gewijzigde omstandigheid op één partij neerkomt, terwijl het redelijk en billijk zou zijn die te delen. Een verdeling naar dat model zou de aangewezen oplossing zijn in de behandelde standaardgevallen van 1956, 1961 en 1980. Tot een zodanige verdeling biedt het Nederlandse recht de gelegenheid, het geldende met behulp van de beperkende werking van de goede trouw en het komende door middel van art. 6.5.3.11.

Ik kom tot een afronding.

In NJB 1984, p. 164 schrijft Schoordijk - in het bekende artikel "Naar een spoedige invoering van het Nieuw BW" - het volgende: "De angst die ik veel bedrijfsjuristen heb horen uitspreken, lijkt zich op art. 6.5.3.11 te concentreren. De idee, dat een rechter in een contract zou kunnen inbreken, vervult velen met schrik, zodat - naar ik mij heb laten vertellen - een gezaghebbend advocaat de cliënten aanraadt Engels recht te kiezen. Hier is - om het met H. Drion te zeggen - sprake van plankenkoorts. Ook naar Engels recht is het leerstuk van de frustration in beweging (zie *National Carriers Ltd. v. Panalpina* (1981) 2 WLR dat duidelijk maakt hoe dicht Engels recht en art. 6.5.3.11 bij elkaar liggen); ...".

Schoordijk betoogt dat een keuze ten gunste voor de rechtszekerheid uitgebracht op het Engelse recht zijn oorzaak vindt in plankenkoorts voor art. 6.5.3.11, omdat die bepaling en het Engelse recht dicht bij elkaar liggen.<sup>22)</sup> Door aan *Panalpina* een verwijzing toe te voegen naar de "Nema"-zaak komen beide in wezen nog dichter bij elkaar te liggen.

Het zou evenwel onjuist zijn om aan de actuele nabijheid de gevolgtrekking te verbinden dat het lood om oud ijzer zou zijn of men kiest voor Engels of Nederlands (huidig of toekomstig) recht. Er zijn namelijk wel degelijk verschillen aanwijsbaar, in het bijzonder op het stuk van de rechtsgevolgen. Dat verschil is op onnavolgbaar duidelijke manier onder woorden gebracht door Lord Simon of Glaisdale, wanneer hij signaleert dat alles-of-niets niet het hoogste goed is, "whereas justice might require the burdens to be shared". De Lord kiest daarmee overduidelijk voor het Nederlands recht.

#### Noten

- 1) P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. Amsterdam 1972, p. 228 e.v.
- 2) *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*, (1956) A.C. 696.
- 3) Geciteerd door Lord Hailsham of St. Marleybone, *The Weekly Law Reports (WLR) 1981, Volume 2*, p. 52 ofwel naar de Engelse citeerwijze die ik verder zal aanhouden: (1981) 2 WLR 52.
- 4) *Chitty on Contracts, Volume I, General Principles*, London 1983, nr. 1525.

- 5) Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH (1961) 2 WLR 633.
- 6) (1981) 2 WLR 45.
- 7) Ibidem, p. 56 e.v.
- 8) Ibidem, p. 60-61.
- 9) Ibidem, p. 70.
- 10) Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P. Tioxide Ltd., (1981) 3 WLR 292.
- 11) Ibidem, p. 295 e.v.
- 12) Ibidem, p. 305 e.v.
- 13) Ibidem, p. 311.
- 14) Ibidem, p. 312.
- 15) Ibidem, p. 312-313.
- 16) Ibidem, p. 314.
- 17) (1981) 2 WLR 63.
- 18) Uitvoerig bij P. Abas, Onvoorziene omstandigheden, Alphen aan den Rijn 1978.
- 19) Vgl. Hofmann-Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht, deel 1, tweede gedeelte, Groningen 1977, p. 218-221.
- 20) Zie Chitty, nrs. 1570 e.v.
- 21) (1981) 2 WLR 70.
- 22) Evenzo nadien Schoordijk, NJB 1984, p. 727 ter gelegenheid van een recensie van de nieuwste druk van Chitty.



## WINSTAFDRACHT: EEN TWEESLACHTIG PAARD VAN TROJE?

Mr R.M. Blaauw

*De trein van het Nieuw Burgerlijk Wetboek lijkt nu eindelijk niet meer te stoppen en dat acht ik - al zie ik zeker op tegen de onvermijdelijke om-, her-, na- en bijscholing - per saldo een goede zaak, al was het maar omdat daarmee een eind lijkt te zijn gekomen aan de periode van onzekerheid, die met name voor het juridisch onderwijs in al zijn gedaanten rampzalige gevolgen leek te gaan krijgen. Evenzeer valt toe te juichen dat men ten departemente niet aarzelt ook te elfder ure nog verbeteringen aan te brengen, wanneer de - ongetwijfeld ten dele wat laat wakker geworden "praktijk" - de aandacht vestigt op mogelijke gebreken in de tot dan toe voorgestelde regeling.<sup>1)</sup> In een enkel geval echter leidt de bewonderenswaardige ijver om het ontwerp te blijven vervolmaken tot een wat minder gelukkige uitkomst, wellicht mede omdat de tijd voor een degelijke - al dan niet "brede" - wetenschappelijke discussie korter wordt naarmate het eindstation nadert. Zo hoop ik in deze bijdrage aan te tonen dat in elk geval één van de wagonnetjes, die recentelijk<sup>2)</sup> nog aan de TGV zijn gekoppeld, nog maar eens de werkplaats in moet, zo al niet besloten wordt tot bijzetting in het spoorwegmuseum. Ik heb dan het oog op de vordering tot afgifte van winst (of: tot winstafdracht), neergelegd in art. 6.1.9.9a, luidend:*

*"Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan".*

Voordat ik echt van wal steek een waarschuwing: het kan zijn dat toon en argumenten een enkele lezer bekend voorkomen. Een van de mogelijke verklaringen - vele zijn denkbaar - zou dan kunnen zijn, dat ik mij ooit<sup>3)</sup> nogal krachtig in negatieve zin heb uitgelaten over het instituut dwangsom, en dat met - ten dele - vrij gelijksoortige argumenten.<sup>4)</sup> Mocht u mij in zoverre willen betichten van, om maar

wat te noemen, monomane Prinzipienreiterei, dan hebt u gelijk; daaruit volgt echter nog niet dat ik het niet heb.

### De rechtsgrond en de consequenties daarvan

In de - betrekkelijk schaarse - literatuur die tot dusverre in Nederland aan de onderhavige actie is gewijd<sup>5)</sup> vindt men als mogelijke grondslagen voor een dergelijke rechtsvordering eigenlijk slechts twee motieven, die veelal naast elkaar worden aangevoerd. Het eerste, meest principiële motief komt, hoezeer het ook in verschillende bevoordingen wordt gekleed, neer op de eenvoudige stelling dat het niet aangaat dat de pleger van een onrechtmatige daad (waaronder hier en in het vervolg wanprestatie mede wordt begrepen) van zijn "wandaad" zou kunnen profiteren.<sup>6)</sup>

Een meer praktisch getint motief dat pleegt te worden aangevoerd vloeit voort uit de bewijsnood waarin eisers - en met name eisers in procedures terzake van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten - zich plegen te bevinden waar het de omvang van de geleden schade betreft. Deze bewijsnood zou in een aantal gevallen aanzienlijk worden verlicht, wanneer - al of niet bij wijze van vermoeden - aangenomen zou kunnen worden dat de schade gelijk is aan het door de laedens door de inbreuk behaalde profijt.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat de meeste auteurs zich geheel of goeddeels beperken tot het gebied van de intellectuele eigendom, een gebied waar de actie in beperkte mate al bestaat<sup>7)</sup>, ook waar zij invoering op ruimere schaal van de actie tot winstafdracht bepleiten.

Trachten wij vanuit de - korte - parlementaire geschiedenis te destilleren welke rechtsgrond de minister bij zijn voorstel voor ogen heeft gestaan, dan is de oogst nogal mager. Het tweede motief wordt in de Memorie van Antwoord (MvA) niet genoemd; kennelijk - een andere grondslag wordt niet aangevoerd - heeft de minister uitsluitend het eerste argument voor ogen gestaan. Dat kan althans worden afgeleid uit zijn opmerking (geplaatst in het kader van de vraag op welke normschendingen een regeling als de onderhavige van toepassing zou moeten zijn), dat "moeilijk te rechtvaardigen zou zijn dat juist deze winst aan de dader zou mogen verblijven".

Deugt dit motief - dat zonder bezwaar kan worden vertaald als:

voorkomen moet worden dat iemand kan profiteren van een door hem gepleegde onrechtmatige daad - nu als rechtvaardiging voor een regeling als de onderhavige? Ik meen van niet, en wel om een drietal onderling verweven redenen: niet valt in te zien waarom bedoeld "gevaar" in beginsel zou moeten worden voorkomen; indien dat al anders zou zijn, leidt dat niet zonder meer tot een bepaling als 6.1.9.9a en tenslotte: de praktische bezwaren tegen deze regeling overschaduwden de mogelijke voordelen verre.

Waarom zou het "kwaad" niet bestrijdenswaard zijn? Eenvoudigweg omdat het niet zonder meer een kwaad is. Wanneer we het hebben over welbewust (met "dolus malus") uit winstbejag gepleegde onrechtmatige daden zullen we het snel eens zijn: het feit dat dergelijke daden kunnen lonen lijkt in zichzelf een kwaad en de kans dat de winst weer zal moeten worden afgestaan (de vraag aan wie even daargelaten) kan preventief en dus heilzaam werken; medelijden lijkt niet erg op zijn plaats. "Voordeelontneming" lijkt een passende sanctie. Aan de andere kant van de schaal is die evidentie echter geheel afwezig; ik kan althans niet inzien dat de rechtvaardigheid zonder meer zou eisen dat de "licht culpose" laedens - de pianoleraar die, naar de rechter achteraf vaststelt, zijn burens onrechtmatiglijk hindert door ook somtijds na zessen onderricht te geven - het tengevolge daarvan behaalde voordeel, ongeacht de door zijn slachtoffer geleden schade, af zou moeten staan; ik laat dan nog daar dat de voorgestelde bepaling ook toepasselijk is bij risico-aansprakelijkheden. Natuurlijk zijn deze voorbeelden extremen, maar zij illustreren dat de innerlijke overtuigingskracht van het motief niet in alle gevallen groot is. Bovendien, en dat is mijns inziens nog belangrijker, maken zij duidelijk dat het motief slechts wordt gedragen door rechtspolitieke overwegingen (trefwoorden: preventie en vergelding van maatschappelijk onrecht) van meer strafrechtelijke dan civielrechtelijke aard: als zodanig bedoelde ontneming van voordeel bij normschendingen is niets anders een straf, een opzettelijk toevoegen van leed. Dat betekent wellicht niet zonder meer dat deze sanctie niet in een burgerlijk wetboek thuishoort, maar wel dat we ons van die strafrechtelijke aard bewust moeten zijn, hetgeen onder veel meer betekent dat - anders dan de MvA lijkt te betogen - de mate van verwijtbaarheid een grote rol behoort te spelen bij de vraag of veroordeling tot winstafdracht een "passende" reactie is. Er zij in dit verband op gewezen dat we de voordeelontneming (zij het in een zeer specifieke vorm) reeds aantref-

fen in het arsenaal aan strafrechtelijke sancties.<sup>8)</sup> We moeten evenmin uit het oog verliezen dat het aansprakelijkheidsrecht, zeker onder het NBW, tot op grote hoogte slechts beoogt risico's op een aanvaardbare wijze te alloceren: van een reactie op gepleegd onrecht behoeft in het geheel geen sprake te zijn; de negatieve morele connotaties van het door de minister steevast gebruikte begrip "dader" kunnen ons het zicht op deze werkelijkheid al te spoedig doen verliezen.

Tenslotte: het individuele slachtoffer staat buiten beeld: dat heeft - uiteraard - recht op schadevergoeding, maar van schadevergoeding is juist geen sprake, indien en voorzover de af te dragen winst de geleden schade overtreft, in welk geval de bepaling pas haar beoogde materiële betekenis krijgt. Voorzover de aangevoerde rechtsgrond op zichzelf al onderschreven zou kunnen worden, blijft dan ook in elk geval onverklaard waarom hij zou moeten leiden tot toedeling van de te ontnemen winst aan de gelaedeerde.

Op de bezwaren van meer praktische aard kom ik hieronder terug.

#### De plaats van de bepaling

Artikel 6.1.9.9a is toegevoegd aan afdeling 6.1.9: "wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding", mijns inziens - wederom gezien de aangevoerde rechtsgrond - een uiterst ongelukkige keuze. Van schadevergoeding is - zoals de minister ook bijna toegeeft - immers geen sprake. Mijn beroepsorganisatie, het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB), heeft er dan ook voor gepleit meer aansluiting te zoeken met de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6.4.3.1)<sup>9)</sup>, een opmerking die blijkens de Nota naar aanleiding van het Eindverslag helaas bij de minister tot misverstanden heeft geleid. Indien men al een bepaling als de onderhavige in het NBW zou wensen op te nemen, ligt het toch veel meer voor de hand haar toe te voegen aan de afdeling, die nu juist in haar geheel gewijd is aan hetzelfde doel: het ongedaan maken van ongerechtvaardigde verrijking. Daarbij zou uiteraard niets eraan in de weg staan dezelfde beperking (tot onrechtmatige daad en wanprestatie) en dezelfde verruiming (geen beperking tot de verarming) ten opzichte van art. 6.4.3.1 op te nemen. Merkwaardig is overigens dat de reden, die de minister geeft voor plaatsing in afdeling 6.1.9 (toepasselijkheid van de overige bepalingen van die afdeling, waarvan enkele met name worden ge-

noemd), mijns inziens juist krachtig tegen deze plaatsing pleit: art. 6.1.9.4 is onbruikbaar, tenzij men voor "schade" "winst" leest, hetgeen mij zacht gezegd wat ver gaat; waarom het aan de gelaedeerde opgekomen voordeel op de af te dragen winst in mindering zou moeten worden gebracht (art. 6.1.9.5) valt niet in te zien, nu art. 6.1.9.9a juist welbewust de gelaedeerde een voordeel in de schoot werpt; toepassing van de artikelen 6.1.9.8 en 9 ligt evenmin voor de hand wanneer men niets anders wenst dan de laedens zijn winst te ontnemen en art. 6.1.9.12a kan slechts aan de orde komen wanneer de laedens zijn winst inmiddels heeft verteerd, voor welk geval nu juist art. 6.4.3.1 een meer afgewogen regeling geeft.

### Toepassingsgebied

De minister is over de door vele schrijvers bepleite beperking van de afgiftevordering tot inbreuken op intellectuele eigendomsrechten (althans: op exclusieve rechten) nogal kort: hij ziet niet in dat de door andere normschendingen behaalde winst aan de dader zou mogen verblijven. Op het eerste gezicht valt dat inderdaad niet in te zien, maar wanneer wij het motief - in hoofdzaak: preventie - en de strafrechtelijke aard van de sanctie wederom voor ogen halen, is er veel voor te zeggen de actie (vooralsnog) alleen daar in te voeren waar er werkelijk behoefte aan lijkt te bestaan, dus op het terrein van de "piraterij": (ernstige) inbreuken op rechten van intellectuele eigendom. Er is ook een vrij wezenlijk verschil tussen dergelijke inbreuken en de meeste andere onrechtmatige daden; zoals Hermann<sup>10)</sup> betoogt is er in de eerstbedoelde gevallen wel en de overige gevallen meestal geen sprake van een bij de gelaedeerde aanwezige "potentiële winstfactor", waarop wordt geparasiteerd. Of dit verschil, dat ook enigszins aansluit bij "zaakwaarnemingstheorieën", zoals men die in het buitenland wel aantreft als dogmatisch fundament van de actie tot winstafgifte, een belangrijke rol behoort te spelen, weet ik eerlijk gezegd niet. Wel meen ik dat het vraagstuk in elk geval nadere overweging verdient.

### "Winst"

Art. 6.1.9.9a spreekt van "winst". Waarom? Waarom niet van "verrijking" (vergelijk art. 6.4.3.1) of van "voordeel" (vergelijk de artt.

6.1.9.5 en 6.1.8.4)? Zijn bespaarde kosten (steeds) "winst"? Is beperking van verlies "winst"? Is wellicht toch alleen gedacht aan normschendingen in het economisch verkeer, of zelfs slechts aan uit winstbejag gepleegd "onrecht"? Ik hoop het, maar word van de MvA niet wijzer; een nadere verklaring lijkt gewenst. Overigens is de bepaling van de winst meestal bepaald geen eenvoudige zaak, zoals door Hermann en Haardt al overtuigend is aangetoond.<sup>11)</sup> Vele moeilijk oplosbare causaliteitsvragen kunnen rijzen. Bepaald misleidend is dan ook de suggestie in de MvA, dat de vaststelling van de winst vooral op het terrein van de exclusieve rechten eenvoudig zou zijn. Juist bij merkinbreuk - het aangevoerde voorbeeld - valt uiterst lastig te berekenen wat het resultaat zou zijn geweest, wanneer de dader binnen de grenzen van het recht zou zijn gebleven. Ook dit noopt tot terughoudendheid.

#### Discretionaire bevoegdheid

De rechter "kan", zegt art. 6.1.9.9a. Welnu, zult u wellicht zeggen, zal de rechter niet zo wijs zijn van zijn discretionaire bevoegdheid een terughoudend gebruik te maken, geheel in overeenstemming met de rechtsgrond van de regeling, zodat de meesten van uw bezwaren slechts in theorie zullen blijken te bestaan? Ik hoop vurig dat het antwoord bevestigend zal zijn, maar de minister maakt het de rechter bepaald niet makkelijk: in tekst en MvA valt voor de rechter geen enkel richtsnoer te vinden. Meer dan de weinig verhelderende opmerking "dat de vraag of de afgifte van winst in het gegeven geval een goede oplossing (waarvan eigenlijk? RMB) vormt, van de omstandigheden van het geval afhangt", gevolgd door de even nietzeggende mededeling dat hij van de bepaling "geen gebruik hoeft te maken in de gevallen dat zulks niet redelijk voorkomt" treffen we niet aan. De rechtsonzekerheid zal dus vermoedelijk decennia lang groot blijven; de Hoge Raad zal bovendien - het betreft immers een discretionaire bevoegdheid! - aan rechtsvorming en rechtseenheid zo goed als niets kunnen bijdragen. Jammer. Voor het geval art. 6.1.9.9a toch ongewijzigd (en onopgehelderd) de eindstreep mocht halen, zou ik de rechterlijke macht alvast dit willen "meegeven": gezien - wederom - de rechtsgrond, is er in elk geval geen aanleiding de bepaling toe te passen wanneer daardoor de verrijking niet ongedaan zou worden gemaakt, hetgeen bijvoorbeeld het geval is wanneer een verzekeraar

(of een andere derde) het te "vergoeden" bedrag uiteindelijk draagt; een wellicht wat ongegronde, maar niettemin uit de (veronderstelde) rechtsgrond voortvloeiende consequentie.

### Inflatie

Het NGB<sup>12)</sup> heeft zich beducht betoond voor de inflerende werking die van art. 6.1.9.9a zou kunnen uitgaan op de hoogte van de toe te kennen bedragen aan smartegeld: denkbaar is immers dat, bijvoorbeeld in gevallen van belediging in "roddelbladen", de benadeelde langs de weg van art. 6.1.9.9a terzake van een geringe schade een zeer aanzienlijk hoger bedrag aan schadevergoeding ontvangt dan het geval zou zijn geweest wanneer slechts naar de ernst van de "krenking" (de schade) zou zijn gekeken, terwijl anderzijds ernstig gedupeerden (zoals slachtoffers van verkeersongevallen) een relatief bescheiden bedrag aan smartegeld blijven ontvangen. De rechtsongelijkheid die hierin door velen geproefd zal worden zou kunnen leiden tot een ongewenste opwaartse druk op de hoogte van smartegeldveroordelingen in Nederland. Helaas heeft ook deze kritiek bij de minister tot een misverstand geleid; de reactie in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag gaat althans geheel langs het betoog van het NGB heen. Wel zij de minister toegegeven - als hij dat althans bedoelde - dat bedoeld gevaar minder sterk speelt bij winstafdracht bij inbreuken op exclusieve rechten en (andere gevallen van) oneerlijke concurrentie. Dit is echter eens te meer een reden om het toepassingsgebied daartoe te beperken. Voor het overige lijkt de vrees mij gerechtvaardigd en in elk geval pleiten tegen plaatsing in afdeling 6.1.9.

### Wat dan?

Misschien heb ik de minister wel geheel verkeerd begrepen en bedoelt hij toch niet meer dan een regeling te geven, die eisers onder omstandigheden uit te hoge bewijsnood kan redden. Veel van de hierboven gesignaleerde tekortkomingen in de MvA worden dan begrijpelijker. Met een dergelijke regeling zou ik vrede kunnen hebben, mits maar volstrekt duidelijk wordt gemaakt dat het hier inderdaad slechts een zaak van bewijs (en wellicht van schatting) van schade betreft. De omstandigheid dat de kans bestaat dat eiser meer krijgt dan hem,

gezien zijn schade, toekomt, wordt immers voldoende gerechtvaardigd door de overweging dat de laedens slechts een voordeel wordt ontomen; "voordeelontneming" is dan echter niet het doel van de regeling, doch slechts een niet ongewenst gevolg ervan. Noodzakelijk is dan uiteraard wel dat volstrekt duidelijk wordt gemaakt dat tegenbevijs steeds mogelijk blijft. Bovendien: de beperking hoort dan, als zij al in het NBW opgenomen zou worden, hetgeen niet noodzakelijk lijkt, thuis in art. 6.1.9.3. Daarmee zou dan tevens aansluiting worden bereikt met "de aard van de schade", hetgeen vermoedelijk - terecht - zou leiden tot een beperking van de toepassing tot - in hoofdzaak - het gebied van de intellectuele eigendom; ook zou dit veel meer stroken met de - overigens door mij niet, maar door de minister kennelijk wel onderschreven - opvatting van Bloembergen, die bij inbreuken op exclusieve rechten - ten onrechte spant de minister hem voor een veel grotere wagon - "winstafdracht" construeert als een abstracte wijze van schadevergoeding.

#### Slotsoni

Uiteraard heb ik de wijsheid niet in pacht. Misschien is art. 6.1.9.9a per saldo toch de meest wijze van de denkbare varianten. Ik hoop echter met het bovenstaande in elk geval bereikt te hebben dat de (aspirant) wetgever zich wat meer rekenschap zal geven van doel, nut, gevaren en beperkingen van een actie tot winstafdracht; ik hoop dat wetenschap en praktijk daaraan zullen bijdragen. Vooralsnog meen ik echter dat van invoering van art. 6.1.9.9a moet worden afgezien, zolang niet opgehelderd is wat de rechtsgrond zou zijn en zolang de consequenties - die zeer ingrijpend kunnen zijn - ons onvoldoende voor ogen staan. Het onderwerp verdient een zorgvuldiger behandeling. Mocht het "point of no return" op het moment dat dit jaarboek het daglicht ziet al bereikt zijn, dan rest mij voorlopig niets dan de rechterlijke macht veel wijsheid toe te wensen

Ceterum censeo dwangom delendam esse.

#### Noten

- 1) Zie het interview met W. Snijders, NJB 1986, blz. 4 e.v.



- 2) Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 (vijfde gedeelte), tweede nota van wijziging (Kamerstuk 17541, nr. 9).
- 3) En met recht, zou ik hieraan willen toevoegen voor diegenen die mochten hopen dat ik inmiddels wijzer zou zijn geworden.
- 4) Executiemiddelen, preadvies Nederlandse Vereniging van Rechtsvergelijking nr. 31, Deventer 1980 (met name de nrs. 2.3.2, 4.2.1, 4.2.2 en 7.1 e.v.), Tijdschrift voor Privaatrecht 1980, blz. 989, 995 en 996 en Praktijkgids 1980, blz. 502.
- 5) Zie met name de in Onrechtmatige Daad II (Van Nispen) nr. 190a genoemde literatuur, waaraan toe te voegen het Rapport van de interdepartementale werkgroep piraterij, 1985, nrs. 5.3 en 8 en bijlage 8 (waarover Ch. Gielen, NJB 1986, blz. 281 e.v.). Vooral het in de volgende noot vermelde artikel verdient de aandacht.
- 6) Zie bijvoorbeeld R. Hermann, Afgifte van winst uit onrechtmatig handelen in het bijzonder op het terrein van de intellectuele en industriële eigendom, RMTh 1970, blz. 6.
- 7) Art. 43 lid 3 Rijksoctrooiwet, art. 28 lid 1 Auteurswet 1912.
- 8) Art. 6 Wet op de economische delicten.
- 9) Zie het Eindverslag (Kamerstuk 17541, nr. 10) alsmede een op het moment van afsluiten van deze kopij nog niet verschenen bijdrage van J. Spier aan het Kwartaalbericht NBW.
- 10) O.c. (noot 6) onder E.
- 11) O.c. (noot 6), blz. 19-20 en de aldaar genoemde buitenlandse literatuur resp. W.L. Haardt, Schadevergoeding bij inbreuk op rechten van industriële eigendom, Op de grenzen van komend recht, blz. 501-502.
- 12) Zie noot 8.

## EEN VERLAAT VRAAGPUNT(JE)

Mr M.M. Olthof

*Dient - onder vigeur van het NBW - een voorwaarde, waaronder de rechtshandeling die tot overdracht van een registergoed verplicht is aangegaan, op straffe van nietigheid der levering in de transportakte te worden vermeld?\**

### 1. Inleiding

Recentelijk wordt het juridisch lezerspubliek nogal eens vergast op - voornamelijk uit het universitaire onderwijs afkomstige - artikelen waarin het betoogde met enig casusmateriaal is verlucht.

Ter verdere vorming van deze trend introduceer ik het te dezer plaatse te behandelen onderwerp aan de hand van een drietal casusposities:

- I. A verkoopt zijn fiets aan B. In de koopovereenkomst is een voorwaarde opgenomen. De levering vindt plaats zonder dat van de voorwaarde melding wordt gemaakt.
- II. A verkoopt een hem toebehorende vordering op X aan B. Ook nu is in de koopovereenkomst een voorwaarde opgenomen, waarvan in de akte van cessie geen melding wordt gemaakt.
- III. A verkoopt zijn huis met grond aan B. De koopovereenkomst bevat een voorwaarde. In de transportakte wordt wel de titel, maar niet de daaraan toegevoegde voorwaarde vermeld.

Wanneer onder de werking van het NBW een verbintenis die tot overdracht verplicht een voorwaarde bevat, schept artikel 3.4.2.2 lid 4 het weerlegbare vermoeden dat het ter uitvoering van die verbintenis verschaftte recht aan dezelfde voorwaarde is onderworpen.<sup>1)</sup> Toepassing van deze regel op casus I en II voert tot het volgende resultaat: B is voorwaardelijk eigenaar van de fiets c.q. voorwaardelijk rechthebbende op de vordering geworden.

Een duidelijk afwijkend beeld ontstaat bij oplossing van casus III. Het tweede lid van artikel 3.4.2.4 - betrekking hebbend op de levering van registergoederen - is bij Invoeringswet als volgt komen te luiden:<sup>2)</sup>

De tot levering bestemde akte moet nauwkeurig de titel van overdracht vermelden; bijkomstige bedingen die niet de overdracht betreffen, kunnen in de akte worden weggelaten.

In de Memorie van Toelichting<sup>3)</sup> wordt dienaangaande opgemerkt:

"Als bedingen die in elk geval moeten worden vermeld, kunnen worden genoemd de opschortende of ontbindende voorwaarde waaronder de rechtshandeling die tot overdracht verplichtte, is aangegaan. Men zie artikel 3.4.2.2 lid 4."

Wordt een in de obligatoire overeenkomst voorkomende voorwaarde niet in de transportakte vermeld dan is de levering in de zienswijze van de wetgever nietig: zij voldoet niet aan de eisen die haar in artikel 3.4.2.4 worden gesteld.<sup>4)</sup> De conclusie moet dan ook luiden dat de in casus III ten tonele gevoerde B in het geheel geen eigendom heeft verkregen.

In het hierna volgende zal worden gezien of de wetgever in dezen uit de drie hem in abstracto ten dienste staande oplossingen - B verkrijgt geen recht, een voorwaardelijk recht of een onvoorwaardelijk recht - met de eerste ook de beste keuze heeft gedaan. Teneinde overhaaste conclusies te vermijden, lijkt het dienstig eerst iets dieper in te gaan op de vraag hoe een voorwaardelijke overdracht tot stand komt en welke rol artikel 3.4.2.2 lid 4 daarbij speelt.

## 2. De voorwaardelijke overdracht nader beschouwd

Zowel de overdracht onder opschortende voorwaarde als de overdracht onder ontbindende voorwaarde kan worden ontleend in twee elementen:<sup>5)</sup>

- a. overdracht van het goed;
- b. aanvang (opschortende voorwaarde) of beëindiging (ontbindende voorwaarde) van het overgedragen recht op het moment dat een toekomstige onzekere gebeurtenis plaatsvindt (het voorwaarde-element).

Het venijn schuilt uiteraard in de staart: hoe kunnen partijen op een zeker tijdstip x bewerkstelligen dat de rechtsverwerving wordt opgeschort tot of wordt beëindigd op een toekomstig en onzeker moment y zonder dat zij op dat moment nog nadere handelingen behoeven te verrichten, maar door het enkele feit dat op dat tijdstip y de voorwaarde in vervulling gaat.<sup>6)</sup> Korter gesteld: hoe wordt de overdracht, dit is de bewerkstelligde rechtsovergang<sup>7)</sup>, tot een voor-

waardelijke?

Overdracht is de resultante van een levering op grond van een geldige titel door een beschikkingsbevoegde vervreemder. Zij kan slechts tot een voorwaardelijke worden doordat één van haar pijlers als transportmiddel voor de voorwaarde fungeert. Daartoe komt in principe zowel de obligatoire als de goederenrechtelijke overeenkomst in aanmerking.<sup>8)</sup> Bezien wij beide nader.

De obligatoire en de goederenrechtelijke overeenkomst zijn rechtshandelingen. Zij kunnen strikt genomen *zelf* niet voorwaardelijk zijn<sup>9)</sup>: men verklaart of men verklaart niet. Niettemin hebben de termen "voorwaardelijke rechtshandeling" en "rechtshandeling onder voorwaarde" bestaansrecht gekregen. Men duidt ermee aan dat bij rechtshandeling de *rechtsgevolgen* van die rechtshandeling van een voorwaarde afhankelijk zijn gemaakt. De termen worden ook wel gehanteerd wanneer één bepaald rechtsgevolg van een voorwaarde afhankelijk is gesteld. In het onderstaande zal deze terminologie - uit overwegingen van woordeconomie - soms worden gevolgd.

Wanneer dus een obligatoire overeenkomst onder voorwaarde is gesloten - men denke bijvoorbeeld aan koop onder voorwaarde - kan dit beduiden dat alle rechtsgevolgen - bij koop zowel de verbintenis tot betaling van de koopprijs als de verbintenis tot overdracht - voorwaardelijk zijn gesteld. Bij koop onder eigendomsvoorbehoud is alleen de verbintenis tot overdracht aan een (opschortende) voorwaarde onderworpen. In beide gevallen heeft het bedingen van een voorwaarde bij de obligatoire overeenkomst "slechts" tot gevolg dat de *verbintenis tot overdracht*, de titel, voorwaardelijk wordt; rechtstreekse gevolgen voor de overdracht zelf heeft het beding niet.<sup>10)</sup>

Het gewenste doel wordt wel bereikt via de goederenrechtelijke overeenkomst; haar rechtsgevolg is overdracht, de verkrijging van een recht. Zodra de goederenrechtelijke overeenkomst voorwaardelijk is, d.w.z. zodra haar rechtsgevolg bij het sluiten der overeenkomst van een voorwaarde afhankelijk is gesteld, is de overdracht, de rechtsverkrijging, voorwaardelijk.

### 3. Het wettelijk vermoeden van artikel 3.4.2.2 lid 4

Partijen die tot een voorwaardelijke overdracht willen overgaan, kunnen er dus niet mee volstaan zich daartoe bij obligatoire overeenkomst te verplichten, zij dienen ook daadwerkelijk voorwaardelijk te

leveren. Men kan zich goed indenken dat partijen hiervan niet steeds doordrongen zijn, integendeel zullen zij vaak - bijvoorbeeld wanneer titel en levering vrijwel in tijd samenvallen - bij de levering geen aandacht meer besteden aan het voorwaarde-aspect. Hier schiet de wetgever partijen te hulp:<sup>11)</sup>

"Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, al zou dit niet bij de levering nogmaals overeengekomen zijn. Het vierde lid zegt dit met zoveel woorden, om kwesties dienaangaande te voorkomen."

Aldus creëert de wet het vermoeden dat een levering die geschiedt ter uitvoering van een voorwaardelijke titel zelf ook voorwaardelijk is, ook wanneer niet uitdrukkelijk voorwaardelijk wordt geleverd. Zo bezien vormt artikel 3.4.2.2 lid 4 de wettelijke neerslag van een meer algemene regel dat de levering de titel volgt, tenzij partijen uitdrukkelijk anders bepalen.

Het wettelijk vermoeden geldt niet in alle gevallen waarin de rechtshandeling die tot overdracht verplicht een voorwaarde bevat. In de eerste plaats zullen partijen soms uitdrukkelijk voorwaardelijk leveren. Het beoogde resultaat, verkrijging van een voorwaardelijk recht, wordt dan uiteraard zonder tussenkomst van artikel 3.4.2.2 lid 4 bereikt.

Voorts kan uitlegging van de aan de titel verbonden voorwaarde tot de conclusie voeren dat het wettelijk vermoeden niet geldt. Uit de bewoordingen van de voorwaarde, haar aard of uit de gewoonte kan worden afgeleid dat partijen aan de vervulling der voorwaarde geen goederenrechtelijke, doch slechts verbintenisrechtelijke consequenties verbonden, bijvoorbeeld wanneer is bepaald dat na vervulling van een bedongen ontbindende voorwaarde retro-overdracht moet plaatsvinden.<sup>12)</sup> In deze gevallen verplicht de voorwaardelijke titel niet tot voorwaardelijke overdracht en moet de levering - in overeenstemming met de ratio van artikel 3.4.2.2 lid 4: de levering volgt de titel - in beginsel juist niet als voorwaardelijk worden aangemerkt, zodat een onvoorwaardelijk recht wordt verkregen.

Tenslotte kan het wettelijk vermoeden *weerlegd* worden, en wel doordat uitdrukkelijk *onvoorwaardelijk* wordt geleverd. Hierin kan men - voor zover noodzakelijk - impliciet een titelherziening lezen in onvoorwaardelijke of obligatoire richting, waardoor het geval zich onder één dier mogelijkheden rangschikt. In elk geval wordt door de

onvoorwaardelijke levering een onvoorwaardelijk recht verkregen. Artikel 3.4.2.2 lid 4 is dus alleen van toepassing wanneer uit de voorwaardelijke titel afgeleid moet worden dat partijen een voorwaardelijke overdracht beogen, maar zij de levering niet uitdrukkelijk voorwaardelijk of onvoorwaardelijk verrichten.

Alle hierboven genoemde mogelijkheden kunnen zich voordoen wanneer de titel van een *ontbindende* voorwaarde afhankelijk is gemaakt. Een verbintenis onder ontbindende voorwaarde bestaat; zij vervalt - zonder terugwerkende kracht - wanneer de voorwaarde wordt vervuld.<sup>13)</sup> Een voorwaardelijke overdracht kan zij zonder meer dragen. Ook voor een onvoorwaardelijke overdracht vormt zij een voldoende titel, nu haar toekomstig verval een eenmaal verrichte overdracht niet meer kan aantasten: deze blijft berusten op een op het moment der overdracht geldige titel.

Aanzienlijk beperkter zijn de mogelijkheden wanneer de titel van een *opschortende* voorwaarde afhankelijk is gesteld; zij bestaat weliswaar, maar zij werkt nog niet. De ter uitvoering van deze verbintenis verrichte prestatie - het verschaffen van een recht - kan in principe op grond van onverschuldigde betaling worden teruggevorderd, tenzij de prestatie onder dezelfde voorwaarde wordt verricht.<sup>14)</sup> Een onvoorwaardelijke overdracht wordt dus eerst door de titel gedragen, wanneer de voorwaarde vervuld is.<sup>15)</sup> Vóór haar vervulling is de titel slechts toereikend voor een voorwaardelijke overdracht<sup>16)</sup>, die alleen door een - expliciet of door het wettelijk vermoeden ingevulde - voorwaardelijke levering kan worden bewerkstelligd.

#### 4. De toepassing van het wettelijk vermoeden bij registergoederen

In het licht van het hiervoor geschetste beeld wordt ook de achtergrond van de in de Toelichting op de Invoeringswet gegeven regel duidelijk. Geconfronteerd met het feit dat een voorwaardelijke overdracht bewerkstelligd kan worden zonder uitdrukkelijk voorwaardelijke levering, doch, dankzij het wettelijk vermoeden, door het enkele feit dat de titel tot voorwaardelijke overdracht strekt, heeft de wetgever gemeend er goed aan te doen die titelvoorwaarde boven tafel te krijgen, teneinde de openbare registers niet nodeloos met onzichtbare voorwaardelijke overdrachten te bevolken. Zo bezien dient de verplichting tot vermelding van de titelvoorwaarde in de notariële leve-

riingsakte - hierna ook wel formaliteitseis genoemd - er toe de werking van het wettelijk vermoeden zichtbaar te maken.

Al kan met dit motief worden ingestemd, de wijze waarop de wetgever één en ander vorm geeft, roept verschillende vragen op:

a. Behoort de formaliteitseis ook te worden gesteld wanneer het wettelijk vermoeden niet van toepassing is?

b. Is het, wanneer het wettelijk vermoeden in beginsel wel van toepassing is, gerechtvaardigd om bij registergoederen tot nietigheid der levering te besluiten?

*Ad a. Het wettelijk vermoeden is niet van toepassing*

De wetgever koppelt de formaliteitseis aan het feit dat "de rechtshandeling die tot overdracht verplichtte, onder voorwaarde is aangegaan". Dit feit leidt niet steeds tot toepasselijkheid van het wettelijk vermoeden.

Ten eerste is toepassing van het wettelijk vermoeden overbodig wanneer partijen uitdrukkelijk voorwaardelijk leveren. In dat geval lijkt het vermelden van de titelvoorwaarde evenzeer overbodig. In de visie van de wetgever geldt de formaliteitseis onverkort, maar wellicht mag men aannemen dat voorwaardelijke levering vermelding van de titel impliceert.

Het wettelijk vermoeden geldt evenmin wanneer uitleg van de in de titel vervatte voorwaarde tot de conclusie voert dat partijen aan haar vervulling slechts verbintenisrechtelijke consequenties verbonden. Het behoeft m.i. nauwelijks betoog dat de formaliteitseis in deze gevallen niet gesteld behoort te worden: anders dan een strikte lezing van de Toelichting op de Invoeringswet wellicht zou doen vermoeden zullen zodanige voorwaarden immers moeten worden aangemerkt als "bijkomende bedingen die niet de overdracht betreffen" in de zin van artikel 3.4.2.4 lid 2.

Dezelfde oplossing moet worden aanvaard voor die gevallen waarin weliswaar geen sprake is van een uitsluitend obligatoir bedoelde voorwaarde, maar de levering met zoveel woorden onvoorwaardelijk geschiedt. Daartoe moet worden aangenomen dat - tevens - een wijziging van de in de titel vermelde voorwaarde is beoogd.

*Ad b. Het wettelijk vermoeden is in beginsel wel van toepassing*

Ter bespreking resteren slechts die gevallen waarin uit de titel moet worden afgeleid dat partijen een voorwaardelijk overdracht beogen,

maar de titelvoorwaarde abusievelijk niet in de notariële leveringsakte wordt vermeld. Bij niet-registergoederen - bijvoorbeeld vorderingsrechten - zou het wettelijk vermoeden op volle sterkte werken: er is voorwaardelijk geleverd, zodat een voorwaardelijk recht wordt verkregen. Het betreft hier echter een registergoed en dus ligt de zaak anders: nu behoort de formaliteitseis vervuld te worden en dient volgens de wetgever een scherpe sanctie op niet-vermelding te worden gesteld: de levering is nietig. De bewaarder zal dit defect niet gemakkelijk onderkennen, nu het niet vermelden der voorwaarde niet uitsluit dat een compleet ogende notariële akte wordt overgelegd. Derden-verkrijgers die op de registers afgaan, worden door de artikelen 3.1.2.8a en 3.4.2.3b tegen het gebrek in de levering en de daardoor ontstane beschikkingsonbevoegdheid van hun voorman beschermd.

Op zich kan men vrede hebben met het feit dat partijen het belang van vermelding van een voorwaarde wordt ingescherpt, ware het niet dat de sanctie hen wel zeer zwaar treft. In vergelijkbare gevallen wordt de sanctie op non-conformiteit van de openbare registers met de goederenrechtelijke werkelijkheid niet - mede - gezocht in de partijverhouding, maar - alleen - in de bescherming van derden die op de registers zijn afgegaan. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat door een vergissing kadastrale gegevens onjuist in de notariële akte zijn vermeld: tussen partijen geldt de werkelijke kadastrale aanduiding, maar derden die op de akte afgaan, worden beschermd.<sup>17)</sup> Hetzelfde geschiedt wanneer de inhoud van een erf dienstbaarheid of van een erf pachtsrecht onjuist is vermeld.<sup>18)</sup>

Trekt men de bij vergissingen ten aanzien van kadastrale gegevens gevolgde lijn door naar abusievelijk niet in de notariële akte vermelde voorwaarden dan luidt de uitkomst als volgt: conform de partijbedoeling heeft een voorwaardelijke overdracht plaatsgevonden, zij het dat het voorwaarde-element, de opschorting of beëindiging van de overdracht, niet aan derden kan worden tegengeworpen.

Deze oplossing biedt twee belangrijke voordelen. Ten eerste doet zij, door een voorwaardelijke overdracht aan te nemen, recht aan de bedoelingen van partijen; dit in tegenstelling tot het systeem van de Toelichting, waarin in het geheel geen overdracht wordt aangenomen. In de tweede plaats sluit zij beter aan bij het karakter van de in afdeling 3.1.2 neergelegde derdenbeschermingsbepalingen. Derden worden beschermd tegen onvolledigheid en onjuistheid der registers.



In geval van een voorwaardelijke overdracht die uit de registers als onvoorwaardelijk naar voren komt, is het wezenlijk probleem niet gelegen in de - wél blijkende - rechtsovergang als zodanig, doch uitsluitend in de - niét blijkende - voorwaardelijkheid daarvan. Derden behoren - en behoeven - dan ook principieel slechts tegen die voorwaardelijkheid in bescherming te worden genomen.<sup>19)</sup> In het door de wetgever voorgestane stelsel wordt eerst de levering nietig verklaard, waarna derden dáártegen beschermd worden. Dusdoende dicht de wetgever een "gat" dat hij eerst zelf gegraven heeft.

Overigens bestaat ook onder het huidige recht de neiging om "al hetgeen die zaak betreft" in artikel 671 lid 2 BW eng te interpreteren en problemen via artikel 1910 op te lossen.<sup>20)</sup>

Wil men de hier verdedigde oplossing voor het NBW aanvaarden dan dient de door de Toelichting aan artikel 3.4.2.4 lid 2 gegeven uitleg te worden afgewezen, waardoor het wettelijk vermoeden van artikel 3.4.2.2 lid 4 zijn natuurlijke werking herkrijgt.

In abstracto bestaat er, naast de door de wetgever gekozen oplossing en de hiervoor besproken opvatting, nog een derde mogelijkheid, namelijk deze dat de sanctie op niet-vermelding van de voorwaarde in de notariële akte juist wordt gezocht in het onvoorwaardelijk verklaren van de levering. Zij verdient reeds hierom geen aanbeveling, omdat zij - evenals de door de wetgever voorgestelde route - de partijbedoelingen onnodig tekort doet.

## 5. Conclusie

Het antwoord op het vraagpunt(je) dient mijns inziens te luiden: Het verdient aanbeveling dat een bij een tot overdracht verplichtende rechtshandeling bedongen voorwaarde, aan welke vervulling gevolgen zijn verbonden voor de goederenrechtelijke rechtstoestand van een registergoed, in de notariële leveringsakte wordt vermeld. Aan niet-vermelding behoren evenwel geen andere sancties te worden verbonden dan dat de voorwaarde niet kan worden ingeroepen tegen derden die op de openbare registers zijn afgegaan.

Noten

- \* Met dank aan mr W.A.K. Rank die mij op het hier te bespreken probleem attendeerde.
- 1) Zie omtrent de werking van de ontbindende voorwaarde in het BW en in het NBW nader Hijma en Olthof, WPNR 5605 (1982), sub 4.
  - 2) Invoeringswet Boeken 3-6 van het NBW (vierde gedeelte, wijziging van Boek 3), Tweede Kamer 1981-1982, 17 496, nr. 2. Overigens bevat de tekst in dezen geen relevante wijzigingen ten opzichte van eerdere teksten.
  - 3) Wetsontwerp 17 496, nr. 3, blz. 32.
  - 4) Nauwkeurige vermelding van de titel is een dwingendrechtelijke eis, zie Asser-Beekhuis-Mijnssen I (Zakenrecht), nr. 393.
  - 5) Aldus o.a. Ph.A.N. Houwing, Preadv. Cand. Not. 1940, blz. 39 e.v.
  - 6) In het verleden is wel verdedigd dat dit doel op moment x niet bereikt kán worden, zodat op moment y alsnog (terug-)geleverd moet worden. Deze opvatting mag tegenwoordig als achterhaald worden beschouwd. Vgl. Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nrs. 294 en 295 en de daar genoemde schrijvers.
  - 7) M.v.A. II bij artikel 3.4.1.1, Van Zeben/Du Pon, Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 308.
  - 8) Eenvoudigheidshalve worden titels uit andere bron dan obligatoire overeenkomst buiten beschouwing gelaten.
  - 9) Zie o.a. Hofmann-Van Opstall, Het Nederlands verbintenissenrecht I, 1, blz. 94 noot 3 en blz. 361 en J.D.A. den Tonkelaar, Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW, blz. 10 e.v. die hieraan de conclusie verbinden dat artikel 3.2.5 onjuist is geformuleerd.
  - 10) Onder vigeur van het BW ligt dit anders: de vervulling der voorwaarde heeft hier terugwerkende kracht, zodat achteraf beschouwd steeds c.q. nooit een geldige titel voor overdracht heeft bestaan, hetgeen via het causale stelsel wel degelijk rechtstreekse invloed op de overdracht heeft.
  - 11) T.M. bij artikel 3.4.2.2, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 318.
  - 12) Vgl. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Schriks), waar partijen bij een fiduciaire eigendomsoverdracht een dergelijke afspraak hadden gemaakt.
  - 13) Zie de artikelen 3.2.5 lid 2 en 6.1.5.2 NBW.
  - 14) Aldus de T.M. bij artikel 6.1.5.4a, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 152. In Asser-Rutten-Hartkamp I (Verbindenissenrecht), nr. 180 wordt als bezwaar tegen de passage in de Toelichting aangevoerd dat een prestatie niet onder opschortende voorwaarde kan worden verricht: *men verricht haar of men verricht haar niet; in een*

dergelijk geval wordt de prestatie in werkelijkheid onder een - negatieve - ontbindende voorwaarde verricht. Dit bezwaar lijkt mij terecht wanneer het om feitelijke prestaties als een doen of niet-doen gaat, maar niet wanneer de prestatie, zoals het verschaffen van een recht, het rechtsgevolg is van een ter uitvoering van de voorwaardelijke verbintenis te verrichten rechtshandeling, zoals de levering, die immers heel wel voorwaardelijk gesteld kan worden. Juist op deze gevallen lijkt de bewuste passage, handelend over een geven, mede gezien de verwijzing naar artikel 3.4.2.2 lid 4, te doelen.

- 15) Dit wordt anders wanneer men uit een vóór de vervulling der voorwaarde verrichte onvoorwaardelijke levering zou mogen afleiden dat de voorwaardelijke titel is omgezet in een onvoorwaardelijke verbintenis of een verbintenis onder een - negatief geformuleerde - ontbindende voorwaarde.
- 16) Recentelijk is met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud voor een andere benadering gekozen door B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht, blz. 3 noot 10 (er is sprake van een onvoorwaardelijke verbintenis tot voorwaardelijke overdracht) en door R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, blz. 5 e.v. (de titel vormt geen geldige rechtsgrond voor overdracht).
- 17) Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 398.
- 18) Asser-Beekhuis II (Zakenrecht), blzz. 217 en 250.
- 19) De bescherming wordt verleend door artikel 3.1.2.7. Artikel 3.4.2.3b is in de verdedigde opvatting niet van toepassing, nu de beschikkingsonbevoegdheid van de voorman niet voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, maar juist uit de geldigheid van de voorwaardelijke overdracht.
- 20) Zie H. Drion, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, nr. 109 en Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr. 408, slot.

## DE LEEGSTANDWET: VERKNIPTE WETGEVING

Mr M.E.L. Fikkers-van der Spek

*De juridische tijdschriften volstonden in januari met het persbericht: na een bepaald niet vlekkeloos verlopen wetgevingsproces dat aanvankelijk veel aandacht kreeg, is per 1 januari j.l. zonder veel rumoer de eerste fase van de Leegstandwet ingevoerd. Nadat in 1981 de Leegstandwet door het parlement heen was geloodst, bleek alras dat de kosten verbonden aan invoering plus uitvoering van de wet zó hoog waren<sup>1)</sup>, dat inwerkingtreding van de wet moest worden opgeschort. Een jaar later (mei 1982) werd de Tweede Kamer vergast op w.o. 17425: een wetsontwerp tot Wijziging van de Leegstandwet. Behandeling van dit wijzigingsvoorstel heeft drie jaar geduurd, ondanks het feit dat de bewindsleden van VROM en Justitie telkenmale beklemtoonden dat de reeds aangenomen Leegstandwet inhoudelijk niet voor hertoetsing werd voorgedragen. Doel van het wijzigingsvoorstel was slechts: het in drie stukken knippen van de wet, opdat gefaseerde invoering mogelijk zou worden.<sup>2)</sup> Het duurste gedeelte (de verplichte leegstandadministratie en de daaraan gekoppelde controleplicht van gemeenten) zou dan tot het laatste bewaard kunnen worden. Aan dit fraaie staaltje van 'zorgen-voor-morgen-wetgeving' werd nog een kleine complicatie toegevoegd door de Staatssecretaris van VROM, die op de valreep van 1983 aankondigde met een ontwerp-Huisvestingswet te zullen komen, welke o.m. de vorderingsbepalingen van de Woonruimtetwet 1947 en de derde fase van de Leegstandwet (zo het daarvan zou komen) zou stroomlijnen.<sup>3)</sup> Desondanks werden de Leegstandwet-bepalingen die voorbestemd waren voor de derde fase niet via het wijzigingsvoorstel uit de Leegstandwet gelicht, zodat we, nu dit voorstel is goedgekeurd, wederom te maken hebben met een stukje wetgeving waarvan nu reeds vrijwel zeker is, dat het nooit in de aanvaarde vorm zal worden ingevoerd.<sup>4)</sup> In onderstaand betoog zal uitsluitend worden ingegaan op de eerste fase van de Leegstandwet.*

### 1. Kort overzicht

Sinds 1 januari j.l. hebben de artt. 1, 4, 15-17, 18E en 19 van de

Leegstandwet (LW) rechtskracht gekregen. Art. 1 geeft, zoals gebruikelijk, definities.

Artikel 4 bepaalt dat gemeenten kunnen beschikken over het vorderingsinstrument van de Woonruimtetwet 1947, ook al was die voor de desbetreffende gemeente buiten werking gesteld; art. 19 wijzigt de Woonruimtetwet in die zin, dat vorderen van (woon-)ruimte eenvoudiger en doeltreffender wordt. De artikelen 15-17 geven een uitvoerige, althans langdradige, regeling voor het tijdelijk verhuren van leegstaande woonruimte. Artikel 18E tenslotte voegt aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een nieuw art. 438b toe dat de rechter de mogelijkheid biedt enerzijds om binnen een zekere tijd tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis te verbieden, anderzijds om op verzoek de tenuitvoerlegging van een ontruimingsbevel gedurende zekere termijn mogelijk te verklaren tegenover iedereen die zich in het betrokken pand bevindt. Al met al zijn dit geen onbelangrijke vernieuwingen, die in het onderstaande nader tegen het licht gehouden zullen worden.

## 2. Definities

### Artikel 1

1. Voor de toepassing van deze wet met uitzondering van de artikelen 4, 8, 9 en 19 wordt verstaan onder:

- a. woning: een gebouwd onroerend goed of een gedeelte daarvan, dat een zelfstandige woongelegenheid vormt;
- b. een gebouw: een gebouwd onroerend goed, dat blijkens zijn constructie dan wel inrichting bestemd is voor doeleinden van groepsgewijze huisvesting, van verzorging of verpleging, van logiesverschaffing, van administratie of van onderwijs of voor een samenstel van twee of meer van deze doeleinden;
- c. eigenaar: degene, die bevoegd is tot het in gebruik geven van een woning of een gebouw;
- d. leegstaan: het niet of niet krachtens een zakelijk of persoonlijk recht in gebruik zijn alsmede een gebruik dat de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de werking van deze wet;
- e. leegstandregister: het register, bedoeld in artikel 2;
- f. Onze Minister: Onze Minister, belast met de zorg voor de volkshuisvesting.

2. Een woning, die nimmer is bewoond geweest en een gebouw, dat nimmer is in gebruik geweest worden als woning en als gebouw, als bedoeld in het eerste lid, aangemerkt indien en zodra de verklaring bedoeld in artikel 54, eerste lid, van de Woningwet, is afgegeven.

Lid 1 van het eerste artikel definieert enkele begrippen, onder aantekening dat die definities niet gelden voor de (voor de eerste fase van belang zijnde) artikelen 4 en 19. Hier wreekt zich al de gebrekkige

samenhang tussen verschillende wettelijke regelingen m.b.t. woonruimte. De artikelen 4 en 19 zien n.l. beide op de Woonruimtetwet 1947 (Wrw), die weer andere omschrijvingen hanteert.

Onder "*woning*" moet men, aldus lid 1 onder a, een zelfstandige woongelegenheid verstaan. Wát dit is, wordt niet omschreven. Wel wordt in de MvT op de oorspronkelijk LW<sup>5)</sup> medegedeeld dat aansluiting is gezocht bij de Woonruimtetwet 1947.<sup>6)</sup> Zou men dit letterlijk nemen, dan zou dit inhouden dat de z.g. vrije sectorwoningen (woningen boven de huur- of koopprijsgrens) in het geheel niet geraakt worden door bepalingen van de Leegstandwet. Dit kan niet de bedoeling zijn. Zinniger lijkt het om hier dan de definitie te hanteren van een zelfstandige woonruimte, zie art. 1623a lid 3 BW. Deze interpretatie doet m.i. geen afbreuk aan de strekking van de LW en geeft een criterium met onderscheidend vermogen. Men heeft uitdrukkelijk onzelfstandige woningen willen uitsluiten.<sup>7)</sup>

Een "*gebouw*" moet, blijkens de definitie in lid 1 onder b, een bepaalde bestemming hebben, wil het onder de werking van de LW vallen. Men' zij evenwel bedacht op de aanhef van art. 1: met uitzondering van art. 4 en 19. Kortom: voor andere gebouwen dan die, genoemd onder b, herleeft wél de vorderingsbevoegdheid van gemeenten! De bestemming van het gebouw wordt bepaald door het actuele gebruik, of, zoals de MvA op de LW formuleert, "niet de oorspronkelijke, maar de actuele bestemming (is) maatgevend".<sup>8)</sup> De beperking tot de in het artikel genoemde gebouwen heeft als reden dat men bevreesd was voor "een zodanige overbelasting van het meldings- en registratiestelsel (...) dat dit stelsel onrechtvaardig en onhanteerbaar zou worden".<sup>9)</sup> Voorts wilde men wel greep houden op die gebouwen die, desnoods met enige aanpassing, geschikt zijn of geschikt gemaakt kunnen worden voor permanent onderdak.<sup>10)</sup>

Lid 1 onder c geeft een wel zeer curieuze omschrijving voor het begrip "*eigenaar*". Waar het NBW eigendom omschrijft als "het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben"<sup>11)</sup>, wordt in de LW als eigenaar aangewezen "degene die bevoegd is tot het in gebruik geven". Deze bevoegdheid staat centraal, aldus de MvA, omdat de bevoegde persoon verantwoordelijk is voor de leegstand.<sup>12)</sup> Vaak zal dat de (zakenrechtelijke) eigenaar zijn (verontschuldiging voor deze waanzinnig terminologie), maar denkbaar is, dat ook iemand als eigenaar heeft te gelden die zijn bevoegdheden van de werkelijke, juridische, eigenaar afleidt. In de MvA wordt erkend dat onder

omstandigheden een huurder als eigenaar heeft te gelden. De MvA die aan de Raad van State gezonden is, bevat de zinsnede: "Dat een onderhuurder onder de gegeven omschrijving kan vallen is theoretisch denkbaar, maar zal in de praktijk niet licht voorkomen".<sup>13)</sup> Bij de bespreking van art. 15 zal hierop worden teruggekomen.

"Leegstaan" tenslotte is het niet feitelijk, of niet krachtens enig recht in gebruik zijn van het pand. Kennelijk mag men het woordje "of" in lid 1 sub d niet opvatten in de gewone, uitsluitende, betekenis. Indien een pand wél feitelijk in gebruik is, maar zonder enig recht daartoe (krakers), dan staat het leeg.<sup>14)</sup> Anderzijds: het enkele sluiten van een huurovereenkomst heeft niet tot gevolg dat de woning niet leegstaat.<sup>15)</sup> Of het pand in dit geval wel of niet als in gebruik heeft te gelden, is afhankelijk van omstandigheden<sup>16)</sup> waarover de parlementaire geschiedenis verder het zwijgen toe doet. In verband met de doelstelling van de LW, n.l. bestrijding van ongerechtvaardigde leegstand, moet m.i. sprake zijn van langdurige feitelijke leegstand, waarvoor de genotsgerechtigde geen goede reden kan opgeven. Indien deze uitleg juist is, valt de situatie te rangschikken onder de derde vorm van leegstaan, n.l. "een gebruik dat de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de werking van deze wet".

Tijdens de parlementaire behandeling van de LW is nog aan de orde geweest of periodieke leegstand van zomerhuisjes e.d. leegstand in de zin der wet opleverde. Deze vraag werd ontkennend beantwoord: hier zou geen sprake zijn van "niet in gebruik zijn" of van een gebruik met kwalijke strekking. Bovendien, zo voegden de bewindslieden toe, is veelal bewoning van zomerhuisjes in wintermaanden ingevolge een gemeenteverordening verboden.<sup>17)</sup> Met deze opmerking wordt een nieuw element aan de definitie toegevoegd: gebruik moet niet (publiekrechtelijk) zijn verboden. Verlaten onbewoonbaar verklaarde woningen (art. 38 Woningwet) staan derhalve niet leeg in de zin van deze wet, hetgeen alleszins acceptabel is: bedoeling is dat zo'n pand ongebruikt blijft. In dit licht bezien staat evenwel ook de woning leeg, die bewoond wordt door huurders die niet beschikken over de vereiste woonvergunning. Dat de gemeente in dit geval haar vorderingsbevoegdheid o.g.v. de Wrv kan uitoefenen, is legitiem. Dat een eigenaar in een dergelijk geval een vergunning als bedoeld in art. 15 LW (zie hierna sub 4.2.) kan aanvragen, moet niet mogelijk zijn!

Tenslotte kan worden opgemerkt dat, indien aan de definitie van "leegstaan" inderdaad moet worden toegevoegd dat gebruik niet (publiekrechtelijk) verboden is, het *tweede lid* van art. 1 overbodig lijkt, nu de Leegstandwet slechts consequenties verbindt aan het leegstaan. Art. 54 WW verbiedt het gebruik van een nieuw gebouw, voordat B&W een voltooiingsverklaring hebben afgegeven. Dit tweede lid opent de mogelijkheid om onder de bepalingen van de LW uit te komen door die voltooiingsverklaring niet aan te vragen. B&W kunnen de verklaring evenwel ook ambtshalve afgeven.

### 3. Vordering: artt. 4 en 19

#### 3.1 Inleiding

Aanvankelijk was art. 4 LW een van de cruciale artikelen uit de LW, omdat dit artikel, in combinatie met het thans op de lange baan geschoven art. 7 van de LW, een vorderingsplicht voor gemeenten teweeggebracht. Dankzij de gefaseerde invoering is deze plicht (voorlopig) gereduceerd tot een bevoegdheid. Dit impliceert overigens niet dat art. 4 daarmee tot een dode letter verwordt. Art. 19 LW maakt n.l. het leven van ambtenaren belast met uitvoering van de Woonruimtetewet, en in het bijzonder met vordering, heel wat aangener dan vóór 1986, doordat een groot aantal feilen uit de vorderingsprocedure wordt gehaald. Dit zou wel eens met zich mee kunnen brengen dat m.i.v. 1986 het aantal vorderingen per jaar zal stijgen. Het totaal aantal vorderingen was de laatste jaren niet groot, al was een stijgende lijn te bespeuren. Ter illustratie de meest recente cijfers:<sup>18)</sup>

Jaar	totaal aant. vorderingen	waarvan in A'dam	waarvan in R'dam
1979	154	111	27
1980	174	138	25
1981	202	169	20
1982	228	145	39



Art 4 luidt als volgt:

1. In de gemeenten, ten aanzien waarvan vóór 28 september 1974 toepassing is gegeven aan artikel 31 van de Woonruimtetwet 1947 (Stb. H 291), dan wel nadien aan artikel 31, eerste lid, van die wet, is met ingang van de datum van inwerkingtreding van deze wet hoofdstuk II van de Woonruimtetwet 1947 (Stb. H 291) wederom van toepassing op zelfstandige woongelegenheden en gebouwen, die leegstaan in de zin van artikel 1, eerste lid, onder d.
2. In de in het vorige lid bedoelde gemeenten zijn met het oog op de aldaar bedoelde toepassing van hoofdstuk II van de Woonruimtetwet 1947 (Stb. H 291) de artikelen 24-28 van die wet eveneens van toepassing.

Ook in geliberaliseerde gemeenten zal dus weer gevorderd kunnen worden, zij het dat alleen zelfstandige ruimtes in aanmerking komen. Hierbij moet worden opgemerkt dat ook woningen *boven* de huur- of kooprijsgrens gevorderd kunnen worden, mits zij maar "leegstaan". In niet-geliberaliseerde gemeenten is in beginsel nog steeds vordering van onzelfstandige ruimten mogelijk (art. 7 Wrw). Bij het vorderen van gebouwen is een gemeente overigens niet gebonden aan de beperkingen van art. 1 lid 1 sub b, i.v.m. de in de aanhef van dit artikel gemaakte uitzondering.

De in het tweede lid van art. 4 genoemde bepalingen van de Wrw die ook in geliberaliseerde gemeenten wederom van kracht zijn, behelzen de sanctie- en contrôlebepalingen die samenhangen met de vorderingsbevoegdheid.

Tenslotte moet worden opgemerkt dat art. 7 van de Woonruimtebeschikking 1984 bepaalt, dat eerst gevorderd mag worden nadat duidelijk is gebleken dat op basis van vrijwilligheid geen oplossing mogelijk is. De vordering moet bovendien zo snel mogelijk worden beëindigd, hetzij door omzetting in een huurovereenkomst tussen ingevorderde en eigenaar, hetzij door beschikbaarstelling van andere woonruimte aan de ingevorderde.

### *3.2 Vereenvoudiging van de vorderingsprocedure*

Art. 19 LW brengt een groot aantal wijzigingen aan in de Wrw. De vorderingsprocedure wordt aanzienlijk vereenvoudigd. Mochten B&W vroeger eerst een vorderingsbesluit nemen nadat de zg. "Commissie van Advies"<sup>19)</sup> was gehoord, thans is deze Commissie afgeschaft. In plaats van de verzetprocedure tegen een vorderingsbesluit of de normale Arob-procedure<sup>20)</sup> wordt tegen elk vorderingsbesluit de versnelde Arob-rechtsgang opengesteld, waardoor binnen 2 à 3 maan-

den duidelijk is of de vordering plaats kan vinden. Totdat uitspraak is gedaan, is de vordering van rechtswege geschorst. Men zie de (door art. 19 LW ingevoerde) nieuwe tekst van art. 8 Wrw:

Voor de toepassing van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen met betrekking tot een besluit tot vordering, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onder a, gelden de volgende bepalingen:

a. artikel 7, tweede lid, van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen blijft buiten toepassing;

b. door de instelling van het beroep wordt de vordering van rechtswege geschorst totdat op het beroep uitspraak is gedaan;

c. de artikelen 79 en 80 van de Wet op de Raad van State blijven buiten toepassing;

d. de bijzondere procedure voor spoedeisende gevallen, voorzien in de artikelen 81-83 van de Wet op de Raad van State is van rechtswege van toepassing op ieder beroep, dat ingevolge de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen tegen de vordering wordt ingesteld, met dien verstande dat de Afdeling rechtspraak uiterlijk twee maanden na de dag, waarop het beroep-schrift is ontvangen, uitspraak doet. De Afdeling geeft alleen toepassing aan artikel 82, derde lid, van die wet, indien aan haar blijkt dat een versnelde behandeling van de zaak een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot de daardoor te dienen belangen. In dat geval doet de Afdeling uiterlijk drie maanden na de dag, waarop het bezwaarschrift is ontvangen, een uitspraak.

Na dit Arob-beroep tegen een vorderingsbesluit is degene tot wie de vordering is gericht, uitgeprocedeerd. Art. 19 LW voert eveneens een nieuw art. 9a Wrw in, waaruit blijkt dat men na vordering geen beroepsmogelijkheid heeft tegen toewijzing of verhuring door B&W. Dit nieuwe art. luidt:

Zo spoedig mogelijk nadat een vordering als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onder a, onherroepelijk is geworden, wijzen burgemeester en wethouders de gevorderde woning of de na de vordering in het gevorderde aangebrachte woonruimten toe aan een of meer met name te noemen personen of stellen zij die woning of woonruimten door middel van huur en verhuur aan die personen ter beschikking. Tegen die toewijzing of verhuring is geen hogere voorziening toegelaten.

Overdracht van de gevorderde ruimte aan een ander leidt evenmin tot een nieuwe procedure. Aan art. 9 Wrw wordt door art. 19 LW een vijfde lid toegevoegd, dat luidt:

De vordering gedaan tegen de in voorgaande leden bedoelde personen wordt beschouwd tevens te zijn gedaan tegen hun rechtsopvolgers.

Een tweede vereenvoudiging van de procedure is gelegen in de af-

schaffing van de strikte eis van art. 7 lid 1 Wrw, dat de vorderende instantie verplichtte te letten op "de rechtspositie van partijen". Dit werd door de HR geïnterpreteerd als een verplichting om bij vordering reeds de naam van de woningzoekende te vermelden te wiens behoefte gevorderd werd.<sup>21)</sup> Mede door de tijdrovende vorderingsprocedure was de kans groot dat deze woningzoekende inmiddels onder dak was op het moment dat B&W daadwerkelijk tot vorderen over konden gaan. En daarmee was de hele gang voor niets afgelegd. Art. 19 LW wijzigt nu art. 7 lid 1 Wrw aldus: de woorden "de rechtspositie van partijen" worden vervangen door "de rechtspositie van de eigenaar, de belangen van woningzoekenden". Daarmee is het blanco-vorderen mogelijk.

### 3.3 Nieuwe vorderingsbeperkingen

Terwijl aan de ene kant art. 4 LW het vorderingsinstrument meer ruimte geeft, wordt aan de andere kant de mogelijkheid om te vorderen door art. 19 LW beperkt. Dit artikel voegt n.l. een nieuw art. 7a aan de Woonruimtetwet toe, luidende:

1. Burgemeester en wethouders maken van hun in het eerste lid van artikel 7 omschreven bevoegdheid ten aanzien van
  - a. een niet bewoonde woning die laatstelijk door de eigenaar gedurende een termijn van ten minste een jaar onafgebroken als eigenaar is bewoond geweest, en
  - b. een niet bewoonde woning die nimmer is bewoond geweest, slechts gebruik met inachtneming van het tweede en derde lid.
2. Een woning als bedoeld in het eerste lid, onder a, wordt gedurende een termijn van een jaar na het tijdstip waarop de bewoning door de eigenaar een einde heeft genomen, niet gevorderd tenzij er gewichtige redenen zijn om niettemin tot vordering over te gaan.
3. Een woning als bedoeld in het eerste lid, onder b, wordt gedurende een termijn van een jaar na het tijdstip waarop de woning voor bewoning is gereedgekomen, niet gevorderd tenzij er gewichtige redenen zijn om niettemin tot vordering over te gaan.

Dit artikel is een gevolg van de gefaseerde invoering van de LW. Aanvankelijk werd deze materie geregeld in de LW zèlf i.p.v. de Wrw, door in art. 7 LW voor de, nu in lid 1 van art. 7a Wrw, genoemde woonruimte een uitzondering te maken op het beginsel van verplichte vordering. Nu dit art. 7 LW (nog) niet wordt ingevoerd, maar art. 4 LW wèl, waren de Kamerleden De Beer en Van Baars bevreesd dat genoemde woonruimte zonder meer gevorderd kon worden.<sup>22)</sup>

Nieuwbouwwoningen en de categorie woningen, genoemd in lid 1

onder a (deze zal ik gemakshalve verder met de omschrijving 'particuliere koopwoning' aanduiden, hoewel ik mij ervan bewust ben dat de wettelijke formulering ook bijv. het geval omvat waarin het huis na overlijden van de eigenaar-bewoner leegstaat, terwijl de erfgenaam nog geen concrete plannen met het huis heeft) - deze hele groep woningen is gedurende één jaar gevrijwaard van vordering. Slechts omwille van "gewichtige redenen" kan deze uitzondering worden opgeheven. Desgevraagd antwoordden de bewindslieden dat de gewichtige redenen niet nader konden worden gepreciseerd.<sup>23)</sup> Dit opent de mogelijkheid dat B&W beschuldigd kunnen worden van willekeur, indien toch tot vordering van een dergelijk pand wordt overgegaan. Nu voorlopig immers invoering van een leegstandregister wordt uitgesteld, is contrôle op de leegstand nooit waterdicht. B&W zullen m.i. eerst aan moeten tonen dat geen andere ruimte voorhanden is, welke zonder meer gevorderd kan worden; vervolgens zullen B&W gewichtige redenen moeten opgeven om de uitzonderingstoestand voor een in art. 7a *Wrw* bedoelde woning op te heffen; daarna zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten kunnen rechtvaardigen dat juist *deze* woning gevorderd wordt. In verband hiermee zou ik iedere gemeente willen afraden een beroep op "gewichtige redenen" te doen!

#### 4. De tijdelijke huurovereenkomst: artt. 15-17

##### *4.1 Inleiding*

Het buitenspel zetten van een aantal, of zelfs alle, speciale regels m.b.t. verhuurde woonruimte is geen novum. Zo is reeds bekend de huurovereenkomst die een gebruik van woonruimte betreft dat naar zijn aard slechts van korte duur is (art. 1623a lid 1 BW). Hierbij is gedacht aan vakantie- en seizoenshuisjes.<sup>24)</sup> Op deze categorie overeenkomsten is de regeling m.b.t. woonruimte niet van toepassing verklaard.

In hetzelfde artikel wordt ook gewezen op huurovereenkomsten aangaande gemeentelijke slooppanden (art. 1623a lid 1 slot BW). Slechts een beperkt aantal artikelen van de vierde afdeling is op dergelijke overeenkomsten van toepassing verklaard, en art. 17 LW preciseert de negatieve lijst als volgt:

In de tweede zin van het eerste lid van artikel 1623a van het Burgerlijk Wetboek wordt in plaats van "De artikelen 1623a-1623f, 1623j-1623m en 1623o" gelezen: De artikelen 1623b-1623f, 1623j, 1623k, eerste en tweede lid, 1623l, 1623m, 1623n, derde lid en 1623o.

Art. 1623a BW zelf is derhalve weer van toepassing verklaard, hetgeen een inconsequentie wegneemt, evenals art. 1623k lid 3, dat een uitwerking is van de wél toepasselijke artt. 1623g-i over voortzettingsrechten.<sup>25)</sup> Het op de negatieve lijst plaatsen van art. 1623n lid 3 BW brengt met zich mee dat gemeenten kunnen bedingen, dat de overeenkomst m.b.t. het slooppand zonder opzegging zal kunnen eindigen. Overigens geven in dit geval de artt. 1606 en 1607 (regelend recht) aan, dat een schriftelijk huurcontract eindigt door het verstrijken van de bepaalde termijn, i.t.t. een mondeling overeenkomst.

Ruwweg kan men derhalve stellen dat slechts de voortzettingsbepalingen van 1623g-i BW van toepassing zijn op verhuurde gemeentelijke slooppanden, naast uiteraard de algemene bepalingen. Geheel anders is de regeling omtrent de huurovereenkomst voor bepaalde tijd, bedoeld in art. 1623e lid 1, 2° en lid 2 BW, wel aangeduid als 'tussenhuurovereenkomst'. Hier gaat het om verhuurde woonruimte waarbij alle huurbepalingen van toepassing zijn, dus inclusief de bescherming tegen opzegging door de verhuurder (art. 1623b-f). In de in lid 2 genoemde gevallen kan de verhuurder evenwel wijzen op een speciale opzeggingsgrond: art. 1623e lid 1 onder 2. De nu door de Leegstandwet mogelijk gemaakte huurovereenkomst lijkt, voor wat de toepasselijke woonruimtebepalingen betreft, sterk op die t.a.v. gemeentelijke slooppanden. M.a.w. de huurder wordt geconfronteerd met een belangrijke inbreuk op de huurbescherming, die hij normaal gesproken zou genieten. Dit is uitsluitend toegelaten in gevallen waarin woonruimte leegstaat en van de eigenaar niet kan worden verlangd dat hij deze woonruimte dienstbaar maakt aan de volkshuisvesting op een andere wijze, dan door deze tijdelijke verhuur (art. 15 lid 3 sub a en b LW). Het gaat hier dus om inbreuk op huurbescherming bij woonruimte *welke anders zou leegstaan*, d.w.z. noch zou worden bewoond door een huurder met volledige huurbescherming, noch door een koper, indien niet de mogelijkheid van tijdelijk verhuur zou bestaan.<sup>26)</sup> Teneinde hierop scherp te kunnen toezien, is een systeem ontwikkeld waarbij voorafgaande vergunning vereist is, welke

slechts in nauwkeurig omschreven gevallen kan worden verleend.

#### 4.2 Toetsing vooraf door B&W

Artikel 15 lid 1, voor zover thans van belang, luidt:

1. Burgemeester en wethouders kunnen de eigenaar vergunning verlenen tot het aangaan van overeenkomsten van huur en verhuur van woonruimte op welke overeenkomsten de artikelen 1623a, eerste lid, 1623b, vierde tot en met tiende lid, 1623c-1623f, 1623j, 1623k, eerste en tweede lid, 1623l, 1623m, 1623n, derde lid, tweede zin en 1623o van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn, indien het gaat om:
  - a. woonruimte in een gebouw;
  - b. woonruimte in een voor de verkoop bestemde woning welke
    - 1°) nimmer bewoond is geweest, hetzij
    - 2°) gedurende een tijdvak van ten minste twaalf maanden voorafgaand aan het tijdstip waarop die woning laatstelijk geheel is komen leeg te staan of, indien die woning in haar geheel binnen een tijdvak van twaalf maanden voorafgaand aan dat tijdstip voor bewoning gereed is gekomen, gedurende het overblijvende gedeelte van het laatstgenoemde tijdvak, onafgebroken geheel of grotendeels door de eigenaar als eigenaar bewoond is geweest, hetzij
    - 3°) gedurende een tijdvak van tien jaren voorafgaand aan het tijdstip waarop de vergunning is aangevraagd, niet langer dan gedurende een al dan niet aaneengesloten tijdvak van drie jaren geheel of gedeeltelijk als woonruimte verhuurd is geweest;
  - c. woonruimte in een voor de verhuur bestemde woning welke ten tijde van het aanvragen van de vergunning bestemd is voor afbraak of voor vernieuwbouw.

De eigenaar dient vóór het aangaan van een tijdelijke huurovereenkomst een vergunning aan te vragen bij B&W. Verkrijgt hij de vergunning en houdt hij zich aan de voorwaarden van art. 16 lid 10, die erop neerkomen dat de potentiële huurder op de hoogte is gebracht van het bijzondere karakter van de huurovereenkomst, eerst dan blijven de in lid 1 genoemde wetsartikelen buiten toepassing. Zonder vergunning en/of in strijd met het bepaalde in art. 16 lid 10 verhuuren, betekent dat de gewone huurregeling (art. 1623a BW e.v.) onverkort geldt.

Dat de vergunning niet door de kantonrechter maar door B&W mag worden verstrekt, is m.i. terecht. B&W zullen in de regel de plaatselijke woningmarkt kennen en derhalve ook kunnen beoordelen of de aanvrager van de vergunning de woning ook op andere wijze, dan door tijdelijke verhuur, dienstbaar kan maken aan de volkshuisvesting (art. 15 lid 3 sub b LW). Voorts betoogden de bewindslieden dat B&W ook bevoegd zijn om tot vordering over te gaan; evenals vorderen is

tijdelijke verhuur een middel ter bestrijding van leegstand. De instrumenten zouden aldus in één hand liggen.<sup>27)</sup> Overigens is het niet zo, dat tijdelijke verhuur pas toegestaan mag worden als vordering om bepaalde redenen niet kan: tussen beide instrumenten is geen rangorde aangebracht. Denkbaar is derhalve de situatie dat B&W, bij het beoordelen van een vergunningaanvraag, besluiten tot vordering en de vergunning weigeren. Tegen dit laatste is geen beroep mogelijk: art. 15 lid 8 LW, waarover later meer.

B&W mogen de vergunning slechts afgeven, indien het woonruimte betreft welke valt onder de limitatieve opsomming in lid 1. Daarvan verdient vooral categorie b nadere aandacht: de voor de verkoop bestemde woning. Die bestemming kan bijvoorbeeld blijken uit de toepasselijke subsidieregeling, hetgeen vooral zal spelen bij de eerste soort woningen die onder categorie b valt. Nieuwbouwoopwoningen die onverkocht bleven, werden in het verleden niet graag verhuurd i.v.m. de opzeggingsbescherming, welke de huurders zouden genieten.

De bestemming "koopwoning" kan ook blijken uit de hoedanigheid van de eigenaar. Indien de woning niet alleen diens eigendom, maar ook minimaal een jaar woonhuis van de eigenaar was voordat het pand geheel leeg kwam te staan, ook dán mag in beginsel een vergunning voor tijdelijke verhuur worden afgegeven. Voorwaarde is dan wel, dat de eigenaar-bewoner niet meer dan een ondergeschikt gedeelte heeft verhuurd. De mogelijkheid van tijdelijke verhuur is immers niet bedoeld om leegstaande huurwoningen uit de gewone markt te prijzen.

Bij de omschrijving van deze twee soort woningen die onder categorie b valt, komt de afgrijselijke formulering voor: "door de eigenaar als eigenaar bewoond". Dit is het gevolg van de ruime definitie van het begrip in art. 1 LW. Bij de bespreking hiervan is reeds opgemerkt, dat onder "eigenaar" bijvoorbeeld ook een huurder kan vallen. Indien het de huurder niet is verboden om onder te verhuren, voldoet hij aan de omschrijving dat hij "bevoegd tot het in gebruik geven" is. De formulering "door de eigenaar als eigenaar bewoond" beoogt deze huurders nu uit te sluiten.<sup>28)</sup> Dit lijkt ook correct, gezien de strekking van het artikel: het moet in beginsel niet gaan om een leegstaande huurwoning. Anderzijds kan men beweren dat de woning niet leegstaat in de zin der wet zolang er nog een huurder is; waardoor de verfoeilijke zinsnede vermeden had kunnen worden. Uiteindelijk moet het gaan om een leegstaande woning, waar-

omtrent de voormalige bewoner verkoopplannen en -bevoegdheden bezit. M.i. sluit de definitie daarom niet uit, dat onder 'eigenaar' verstaan mag worden: een vruchtgebruiker met vervreemdingsbevoegdheid (art. 3.8.13 NBW) die zelf de woning heeft bewoond. Zoals eerder gesteld: het mag in beginsel niet gaan om een leegstaande huurwoning. Uitzondering hierop vormt categorie c, waaraan strikte eisen zijn gesteld. Duidelijk moet hier de afbraak- of vernieuwbouwbestemming blijken. Dit kan o.m. aangetoond worden door de toestand van het pand, of een aanvraag voor een bouwvergunning.<sup>29)</sup>

Tweede uitzondering is de derde soort koopwoningen van categorie b: deze mag in de afgelopen tien jaren slechts drie jaren verhuurd zijn geweest. Hoe B&W dit moeten controleren is niet duidelijk. Lid 2 bepaalt dat de vergunning schriftelijk moet worden aangevraagd op een bij de gemeente te verkrijgen formulier. Dit formulier bevat de letterlijke weergave van art. 15 lid 1, a, b en c. De aanvrager behoeft slechts een kruisje te zetten voor de toepasselijke (sub-)categorie. Vervolgens zullen B&W ook de overige voorwaarden moeten toetsen, vermeld in de leden 3 en 4.

#### *4.3 Overige voorwaarden voor vergunningverlening*

Art. 15 lid 3 luidt als volgt:

3. De vergunning wordt slechts verleend indien:
  - a. het gebouw of de woning, voor de verhuring waarvan de vergunning wordt gevraagd, leeg staat;
  - b. van de eigenaar in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij het gebouw of de woning op een andere wijze dan door het aangaan van een of meer huurovereenkomsten als bedoeld in het eerste lid, eerste zin, dienstbaar maakt aan de volkshuisvesting;
  - c. de eigenaar aantoont dat de te verhuren woonruimte, gelet op de omstandigheden en mogelijkheden, in voldoende mate zal worden bewoond;
  - d. de eigenaar, indien het gaat om woonruimte als bedoeld in het eerste lid, onder c, aantoont dat de vernieuwbouw van ingrijpende aard zal zijn en voorts dat de afbraak of de vernieuwbouw binnen een redelijke termijn zal plaatsvinden.

De voorwaarde onder b is m.i. het hart van de regeling. Op diverse plaatsen<sup>30)</sup> in de parlementaire geschiedenis vindt men de waarschuwing terug: het grotendeels buiten werking stellen van huurbescherming moet naar het oordeel van B&W gerechtvaardigd worden door bijzondere omstandigheden. Van de eigenaar moet in redelijkheid niet kunnen worden verlangd dat hij op normale wijze verhuurt. Dit is het



geval wanneer hij onevenredig zou worden benadeeld door een beroep op huurbescherming op het moment dat de bestemming (verkoop, sloop e.d.) kan worden verwezenlijkt. Het staat B&W in beginsel vrij om, i.p.v. een vergunning te verlenen, tot vordering te besluiten. Toch lijkt het mij haaks te staan op art. 7 van de Woonruimtebeschikking 1984, waarin staat dat pas gevorderd kan worden, nadat is gebleken dat op basis van vrijwilligheid geen oplossing mogelijk was.

Over de "redelijkheid" van alternatieven moet van geval tot geval geoordeeld worden. Zeer wel mogelijk is, dat een voor de verkoop bestemde woning leeg blijft staan vanwege een hoge vraagprijs. B&W staan dan voor de moeilijke opgave te beslissen of zij de vergunning zullen weigeren en daarmee een redelijkheidsoordeel moeten uitspreken over de vraagprijs. De bepaling onder c beoogt te voorkomen dat d.m.v. tijdelijke verhuur als het ware bescherming wordt verkregen tegen vordering, terwijl de woning onderbenut wordt. M.i. wordt d.m.v. deze bepaling van de eigenaar verlangd, dat hij vóór het aanvragen van de vergunning al naar potentiële huurders op zoek gaat. Daarbij zal hij dan bijzonder voorzichtig moeten zijn, opdat voorkomen wordt hij dat reeds contracteert vóór beslist is omtrent de vergunning.

Lid 4, ingevoegd op vrijwel Kamerbreed verzoek, decreteert:

4. De vergunning wordt ten aanzien van hetzelfde gebouw of dezelfde woning slechts eenmaal verleend en wel voor een duur van ten hoogste twee jaren. Op schriftelijk verzoek van de eigenaar kunnen burgemeester en wethouders deze duur telkens verlengen, met dien verstande dat de gehele duur van de vergunning ten hoogste drie jaren kan bedragen. Het bepaalde in het tweede lid, tweede zin, is van overeenkomstige toepassing.

Verlenging wordt geregeld in de leden 5-7. Na twee, maximaal drie jaar kan dus geen *nieuwe* vergunning worden aangevraagd t.a.v. *hetzelfde* gebouw. De vergunning wordt afgegeven met het oog op het gebouw, níét met het oog op een bepaalde tijdelijke huurder. Binnen de periode waarvoor de vergunning geldt, kan dus meer dan één huurcontract gesloten worden. Op een volgend huurcontract hebben B&W niet de greep van lid 3 onder c.

Dat de vergunning slechts éénmaal kan worden afgegeven brengt het volgende met zich mee. Stel dat voor een voor de verkoop bestemde woning een vergunning wordt afgegeven aan eigenaar A. Na enige tijd wordt de woning verkocht (en geleverd) aan B. B woont

enkele jaren in het huis, wil het verkopen en komt in dezelfde situatie te verkeren als A. Op korte termijn kan hij de (inmiddels leegstaande) woning niet verkopen. B vraagt een vergunning voor tijdelijke verhuur aan. Deze zal hem o.g.v. lid 4 geweigerd kunnen worden.<sup>31)</sup> De bepaling is opgenomen ter voorkoming van misbruik, hetgeen op zichzelf een loffelijk streven is met het oog op de belangen van huurders. Het belang van B is evenwel totaal ondergesneeuwd: goed denkbaar is dat hij niet eens op de hoogte is geweest van een eerder aan A verstrekte vergunning. Omdat de Leegstandwet ook verder niet bepaalt dat B zich hieromtrent vóór aankoop van het pand bij de gemeente kan vergewissen (trouwens, welke koper denkt daaraan?), lijkt het mij gewenst dat er waarborgen komen voor B. Hierbij kan men wellicht denken aan een standaardclausule in het voorlopig koopcontract of de notariële akte. Opgemerkt zij nog, dat de wet geen minimumtermijn voor de geldigheid van de vergunning kent. Dit in schrille tegenstelling tot art. 16 lid 3 LW, dat de op basis van de vergunning aangegane tijdelijke huurovereenkomst bindt aan een minimumduur van 6 maanden. De logica brengt derhalve mee dat B&W de vergunning niet zouden mogen afgeven voor een periode kórter dan een half jaar.

#### *4.4 Geen beroep tegen beslissing B&W*

Indien B&W afwijzend beslissen omtrent een vergunningaanvraag is daartegen geen beroepsmogelijkheid opengesteld. Art. 15 lid 8 LW luidt:

8. Tegen de beslissing van burgemeester en wethouders tot weigering van de vergunning of tot afwijzing van het verzoek tot verlenging, alsmede tegen een beslissing door burgemeester en wethouders betreffende de huurprijs als bedoeld in artikel 16, negende lid, eerste zin, staat geen beroep open.

Een beroepsprocedure werd om drie redenen onwenselijk geacht. Ten eerste zou de duur van de procedure veelal de termijn waarvoor de eigenaar zou willen verhuren, evenaren of overschrijden. Ten tweede voorzag men problemen ingeval B&W, i.p.v. het verlenen van een vergunning, zouden besluiten tot vordering. Er zou dan een samenloop kunnen ontstaan tussen een beroepsprocedure tegen de weigering en die tegen een vorderingsbesluit. Daarbij zou de vraag kunnen rijzen of B&W wel mogen vorderen, zolang niet onherroepelijk zou zijn

beslist inzake de vergunningskwestie.<sup>32)</sup> Tenslotte heeft meegespeeld dat men simpelweg wilde vermijden dat een groot aantal procedures zou kunnen ontstaan.<sup>33)</sup>

Een en ander betekent waarschijnlijk niet dat een eigenaar volstrekt afhankelijk is van de goedgunstigheid van B&W. De Raad van State betwijfelt of een dergelijke bepaling door de beugel van art. 6 ECRM kan<sup>34)</sup> en de HR heeft al eerder uitgemaakt dat de burgerlijke rechter bevoegd is, indien eiser zich beroept op bescherming van een burgerlijk recht.<sup>35)</sup> Wel zal de beleidsvrijheid van B&W meebrengen dat de burgerlijke rechter slechts marginaal kan toetsen. Bij de behandeling van het wetsontwerp tot Wijziging van de Leegstandwet heeft de PvdA met zoveel woorden gevraagd of de burgerlijke rechter gediëerd mocht worden. Daarop antwoordden de bewindslieden dat zij een dergelijke ontwikkeling niet verwachtten, aangezien het bij de toetsing vooral zal gaan om de vraag of voldaan is aan art. 15 lid 3 onder c LW. Omdat B&W bij die beoordeling bij uitstek deskundig zijn, is de kans dat de burgerlijke rechter anders oordeelt, niet groot.<sup>36)</sup>

#### 4.5 Samenloop van vergunningen

In gemeenten waarin de Wrw van toepassing is, kunnen B&W bepalen dat de aan de eigenaar te verlenen vergunning voor tijdelijke verhuur in de plaats treedt van een woonruimtevergunning. Men zie art. 15 lid 9 LW:

9. Indien ten aanzien van de woonruimte de Woonruimtetwet 1947 (Stb. H 291) van toepassing is, kunnen burgemeester en wethouders bepalen dat de ingevolge dit artikel verleende vergunning in de plaats treedt van een vergunning van burgemeester en wethouders krachtens artikel 1, eerste lid, van de Woonruimtetwet 1947 (Stb. H 291).

M.a.w.: de tijdelijke huurder beschikt door een aan de *eigenaar* afgegeven verhuurvergunning over een *blanco-woonruimtevergunning!* De huurder behoeft niet aan de voorwaarden van de plaatselijke woonruimteverordening te voldoen. Aanvankelijk was deze regeling dwingend voorgeschreven, teneinde te bereiken dat onmiddellijk na het verkrijgen van de verhuurvergunning daadwerkelijk tot verhuur kon worden overgegaan. Omdat de Kamer van oordeel was dat B&W daardoor te weinig mogelijkheden zouden hebben om effectief invloed uit te oefenen op de bewoners, werd deze facultatieve regeling ge-

schapen.<sup>37)</sup> Onlangs heeft Staatssecretaris Brokx van VROM bij circulaire aan de Colleges van B&W laten weten dat, indien B&W het vereiste van een afzonderlijke woonruimtevergunning handhaven, z.i. enige soepelheid moet worden betracht: "Niet uit het oog mag namelijk worden verloren dat bij afweging van een en ander het tijdelijk gebruik van een woning in de regel toch dient te prevaleren boven het blijven leegstaan van de woning".<sup>38)</sup>

De vraag rijst wat er moet gebeuren indien de tijdelijke huurder, die dankzij lid 9 beschikt over een blanco-woonruimtevergunning of die dankzij de door Brokx gewenste soepelheid een woonruimtevergunning heeft verkregen, na afloop van de tijdelijke overeenkomst een normale huurovereenkomst met de eigenaar aangaat. Ook hierop geeft de circulaire antwoord. Naar het oordeel van de Staatssecretaris brengt art. 15 lid 9 "met zich dat de bewoner in het bezit is van de woonruimtevergunning".<sup>39)</sup>

M.i. opent e.e.a. de mogelijkheid tot misbruik. Een eigenaar kan een tijdelijke verhuurvergunning aanvragen bij B&W teneinde te bereiken dat potentiële huurder X, die normaal gesproken geen woonruimtevergunning zou krijgen o.g.v. het distributiesysteem, over een (blanco-)woonruimtevergunning beschikt. De eigenaar, die een verhuurvergunning heeft gekregen, is vervolgens niet verplicht om ook daadwerkelijk tot *tijdelijke* verhuur aan X over te gaan. Indien hij, al was het alleen al door vormfouten (zie art. 16 leden 10 en 11), een gewone huurovereenkomst sluit met X hebben eigenaar en X zich daarmee op legale wijze onttrokken aan de gemeentelijke distributienormen.

#### 4.6 Totstandkoming van de tijdelijke (onder-)huurovereenkomst

Art. 16 lid 10 LW eist:

10. De huurovereenkomst moet bij geschrifte worden aangegaan. Daarbij moet melding worden gemaakt van de vergunning bedoeld in artikel 15, eerste lid, eerste zin, het tijdvak waarvoor deze is verleend en de daarin vermelde huurprijs.

E.e.a. wordt gesanctioneerd door lid 11 van art. 16:

11. Indien aan het bepaalde in het tiende lid niet is voldaan, kan de verhuurder zich niet beroepen op het buiten toepassing blijven van de artikelen genoemd in artikel 15, eerste lid, eerste zin, en op het van toepassing zijn van het bepaalde in het derde tot en met achtste lid van dit artikel.

Het is zeer opmerkelijk dat deze bepalingen pas bij Zesde NvW in het Ontwerp verschenen.<sup>40)</sup> Het is de bedoeling van het voorschrift in lid 10 dat de huurder steeds bekend is met het tijdelijk karakter van de overeenkomst. Bij schending van het vormvoorschrift brengt lid 11 mee dat de tijdelijke overeenkomst van rechtswege geconverteerd wordt in een gewone huurovereenkomst.

Toch is het systeem niet 100% waterdicht. Art. 15 aanhef LW bepaalt dat de huurbeschermingsregels niet van toepassing zijn op een tijdelijke huurovereenkomst, (volgens art. 16 lid 10) aangegaan door een *vergunninghouder*. Indien een ander dan deze verhuurt, is er dus volledige huurbescherming. Consequentie hiervan is dat een tijdelijke huurder, die een zelfstandige woonruimte onderverhuurt, via art. 1623k lid 1 BW zijn verhuurder opscheept met een volledig beschermde onderhuurder. Teneinde risico's ingeval van onderhuur zoveel mogelijk te vermijden (een beroep van de verhuurder op art. 1623k lid 2 kost tijd en levert geen 'zekere overwinning' op), is bij Vijfde NvW<sup>41)</sup> de volgende slotzin toegevoegd aan art. 15 lid 1 LW:

In geval van onderverhuur van woonruimte met betrekking tot de verhuring waarvan een vergunning als bedoeld in de vorige zin is verleend, vindt artikel 16, negende lid, laatste zin, tiende en elfde lid, overeenkomstige toepassing en blijft, indien het gaat om woonruimte welke een zelfstandige woning als bedoeld in artikel 1623a, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek vormt artikel 1623k, eerste en tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing.

Kortom: de onderverhuurder op zijn beurt moet de onderhuurovereenkomst schriftelijk aangaan conform art. 16 lid 10. Zo niet, dan is de onderhuurovereenkomst van rechtswege, ingevolge lid 11, geconverteerd in een normale onderhuurovereenkomst, zij het met dit belangrijke verschil: art. 1623k leden 1 en 2 BW zijn niet van toepassing! M.a.w.: een onderhuurder die volstrekt onbekend is met het feit dat hij slechts onderhuurder is - en dus ook niet weet dat zijn verhuurder (de tijdelijke huurder) een zeer kortstondig woonrecht heeft -, zal de woning moeten ontruimen op het moment dat de tijdelijke huurovereenkomst van de onderverhuurder afloopt. En dit terwijl hij daar op geen enkele wijze van had kunnen kennisnemen. Volstrekt nieuw is deze situatie niet (vergelijk het arrest Tolsma/Rens<sup>42)</sup>), maar hoe schril is de tegenstelling met art. 3.8.16 lid 5 en art. 5.7.16 lid 4 NBW! Ondanks het feit dat het "onderhuurverbod" in die gevallen zelfs *gepubliceerd* is, evenals de duur van het beperkte (zakelijk)

recht, moet de eigenaar (c.q. rechthebbende) een onbevoegde "onderhuurder" dulden.<sup>43)</sup>

Bij de totstandkoming van de tijdelijke huurovereenkomst moet niet alleen aan de schriftelijke vorm worden voldaan en melding worden gemaakt van de vergunning, alsmede het tijdvak waarvoor deze is verleend, bovendien dient de in de vergunning vermelde huurprijs te worden geopenbaard. B&W dienen n.l. o.g.v. art. 16 lid 9 LW de maximaal toelaatbare huurprijs vast te stellen:

9. Burgemeester en wethouders vermelden in de vergunning tegen welke huurprijs ten hoogste mag worden verhuurd. Aan de berekening van het huurbedrag leggen zij de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bedoeld in artikel 15 van de Huurprijzenwet woonruimte gegeven regelen ten grondslag. Komen partijen een hogere huurprijs overeen dan waartegen de woonruimte ten hoogste mag worden verhuurd, dan treedt de huurprijs welke in de vergunning is vermeld in de plaats van de overeengekomen huurprijs.

In afwijking van art. 4 Huurprijzenwet woonruimte (HPW) is vrije prijsvorming derhalve onmogelijk. Ratio daarvan is, dat tijdelijke huurders, die zouden willen ageren tegen de hoogte van een vrijelijk overeengekomen huurprijs, niet beschermd worden tegen een opzegging van de verhuurder om die reden, nu art. 1623e lid 1, 4<sup>o</sup> BW uitgesloten is.<sup>44)</sup> Tegen de vaststelling van de maximumhuurprijs kan overigens geen beroep ingesteld worden; men zie art. 15 lid 8 LW en het eerder daarover opgemerkte.<sup>45)</sup> Ten overvloede bepaalt art. 16 lid 1 LW dat art. 2 HPW n.v.t. is, waarmee buiten kijf staat dat de overige artikelen van de HPW in beginsel gelden.

Reeds eerder is opgemerkt dat de eigenaar in feite de potentiële huurder aan B&W moet voordragen, i.v.m. de eis van art. 15 lid 3 sub c LW, terwijl hij anderzijds moet oppassen dat hij niet reeds met deze potentiële huurder contracteert i.v.m. art. 16 lid 11 LW. Kan eigenaar A nu rechtsgeldig met B een tijdelijke huurovereenkomst aangaan, onder de opschortende voorwaarde dat B&W aan A een vergunning verstrekken? Van de drie essentialia van de huurovereenkomst (genot van een zaak, tegen een bepaalde prijs, voor een bepaalde tijd) hebben partijen zelf de twee laatstgenoemde niet in de hand. Zonder nadere afspraken tussen A en B omtrent aanvaardbare minimale en maximale termijn en prijs zou ik in een dergelijk geval

geen huurovereenkomst willen aannemen, hooguit een voorovereenkomst. Indien A, vol vertrouwen in een goede afloop bij B&W, B alvast toelaat in het pand bestaat de kans dat B&W de vergunning zullen weigeren, omdat het pand niet meer leegstaat, of dat B beschouwd wordt als een 'gewone' huurder i.v.m. art. 16 lid 11 LW. Ook de Pachtwet bestraft haastige lieden: vgl. art. 7 lid 4 Pw.

#### *4.7 Toepasselijke wetsartikelen*

Op de tijdelijke huurovereenkomst zijn, ingevolge art. 15 lid 1 LW, slechts de volgende woonruimtebepalingen van het BW toepasselijk: art. 1623a, tweede - zesde lid; art. 1623b, eerste - derde lid; art. 1623g-i; art. 1623k lid 3 en art. 1623n, m.u.v. de tweede zin van lid 3. Over dit lijstje twee opmerkingen. Ten eerste: de toepasselijkheid van art. 1623a lid 6 doet merkwaardig aan, wanneer men in aanmerking neemt dat een beoogde verkoop van het pand juist redenen maatgevend kan zijn voor de tijdelijkheid van de verhuur.<sup>46)</sup> Ten tweede: de niet-toepasselijkheid van art. 1623b lid 10 is m.i. een slechte zaak. In de parlementaire stukken wordt medegedeeld dat lid 10 niet is overgenomen "in verband met de zwakkere positie welke de huurder bij een tijdelijke huurovereenkomst inneemt".<sup>47)</sup> Omdat een beëindigingsovereenkomst als in dit artikellid bedoeld slechts gelding heeft indien gesloten na de huurovereenkomst, weten beide partijen waarvan zij afstand doen. Indien de wetgever meent dat een verhuurder zijn huurder onder druk zal kunnen zetten, door te dreigen met eenzijdige beëindiging van het huurcontract, dan had de wetgever een andere regeling moeten treffen dan de huidige, die erop neerkomt dat een verhuurder zonder enige restrictie kan opzeggen, mits met inachtneming van de opzegtermijn en niet tussentijds. Kortom, ik zie geen bezwaren tegen art. 1623b lid 10. Eerder voordelen: indien A aan B zijn ter verkoop staande huis heeft verhuurd voor 10 maanden, en A het pand na vier maanden kan verkopen mits het binnen een maand leeg kan worden opgeleverd, dan zou het best zo kunnen zijn dat A en B beide tevreden zijn indien de huurovereenkomst tussentijds (met financiële genoegdoening voor B) wordt afgebroken. Als B dit niet wil, kan hij volstaan met een beroep op art. 1623b lid 2 BW, c.q. art. 16 lid 6 LW (zie hierna).

De tijdelijke huurovereenkomst kan eindigen door ontbinding wegens wanprestatie, mits uitgesproken door de rechter (art. 1623n),

door opzegging en door het verstrijken van de geldigheidsduur van de vergunning. Nadat art. 16 eerst in de leden 2 en 3 stelt:

2. Ten aanzien van huurovereenkomsten, als bedoeld in art. 15, eerste lid, eerste zin, gelden de volgende bijzondere bepalingen.

3. De huurovereenkomst wordt aangegaan voor tenminste zes maanden.

vervolgt het artikel in de leden 4 - 6 en 8 met bepalingen omtrent de opzegging:

4. Bij opzegging door de huurder is de termijn niet langer dan een maand.

5. Bij opzegging door de verhuurder is de termijn niet korter dan drie maanden.

6. Een opzegging die in strijd met het vierde lid van dit artikel of met het eerste of tweede lid van artikel 1623b van het Burgerlijk Wetboek is gedaan en een opzegging die op kortere termijn is gedaan dan is voorgeschreven in het vijfde lid van dit artikel gelden niettemin als waren zij gedaan tegen de voorgeschreven dag en met inachtneming van de voorgeschreven termijn.

8. Elk beding waarbij in strijd met het vierde lid een langere opzeggingstermijn of in strijd met het vijfde lid een kortere opzeggingstermijn wordt overeengekomen of waarbij van andere bepalingen van dit artikel dan wel van artikel 1623b, eerste, tweede en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt afgeweken, is nietig.

Men zal in de Leegstandwet vergeefs zoeken naar een inhoudelijk voorschrift omtrent opzegging. Een opzegging behoeft niet weer te geven waaròm wordt opgezegd. Men achtte dat overbodig, omdat bij tijdelijke verhuur niet de mogelijkheid van voortzetting krachtens rechterlijke beslissing bestaat.<sup>48)</sup> In de discussie omtrent de wijziging van de LW is het ontbreken van (limitatieve) opzeggingsgronden wederom aan de orde gesteld. De bewindslieden weigerden op basis van twee argumenten: bedreiging van effectiviteit van de tijdelijke huurregeling indien verhuurders toch eerst het oordeel van de rechter moeten afwachten en verzwaring van de werkbelasting van de rechterlijke macht.<sup>49)</sup>

Conclusie is, dat opgezegd kan worden zonder enige reden. Indien A voor zijn in de verkoop staande woning een verhuurvergunning heeft verkregen, kan hij na zes maanden huurder B op straat zetten, terwijl het huis nog steeds onverkocht is, en vervolgens met huurder C in zee gaan. En dit zònder dat B hiertegen iets kan ondernemen.

Van den Biezen en Hoogenboom menen, om door mij onderschreven redenen, dat een opzegging aan B om andere redenen dan verkoop in



strijd is met de goede trouw.<sup>50)</sup> Al zou dit zo zijn, het neemt de feitelijke moeilijkheid niet weg dat de bewindslieden door, desgevraagd, te weigeren de limitatieve opzeggingsgrond "realisatie van de bestemming waarvoor de vergunning is afgegeven" op te nemen<sup>51)</sup> om bovengeschetste redenen, weinig ruimte voor een beroep op goede trouw bij een rechter hebben gelaten.

#### *4.8 Relatie vergunning - duur van de overeenkomst*

Hoofdregeel voor de verhouding tussen vergunning en overeenkomst is neergelegd in art. 16 lid 7 (een wat merkwaardige plaats):

7. De huurovereenkomst eindigt in elk geval op het tijdstip, waarop de vergunning haar geldigheid verliest.

"In elk geval" wil zeggen: ook zonder voorafgaande opzegging. In feite heeft opzegging dan ook alleen zin indien men na de overeengekomen termijn, maar vóórdát de vergunningsperiode is verstreken, niet tot verlenging van de huur over wil gaan (art. 1623b lid 2 'elimineert' art. 1606). Uitzondering op de hoofdregeel van art. 16 lid 7 LW is art. 15 lid 6: indien tijdig (lid 5) verlenging van de vergunning is verzocht, loopt de huurovereenkomst door totdat B&W omtrent verlenging hebben beslist. Een positieve beslissing heeft de in lid 7 van art. 15 genoemde gevolgen. De desbetreffende leden zijn hieronder opgenomen:

5. Een verzoek tot verlenging kan uiterlijk tot het tijdstip waarop de vergunning haar geldigheid verliest, worden ingediend. Het bepaalde in het derde lid, onder b, c en d, is van overeenkomstige toepassing.

6. Beslissen burgemeester en wethouders op een verzoek tot verlenging eerst na het tijdstip waarop de vergunning haar geldigheid verliest, dan blijft een huurovereenkomst als bedoeld in het eerste lid, eerste zin, welke op dat tijdstip voortduurt, in afwijking van het bepaalde in artikel 16, zevende lid, van kracht uiterlijk totdat burgemeester en wethouders hebben beslist.

7. Indien burgemeester en wethouders het verzoek tot verlenging toewijzen, loopt een huurovereenkomst als bedoeld in het eerste lid, eerste zin, welke op dat tijdstip voortduurt, tenzij uit die overeenkomst een bepaalde tijd voortvloeit of partijen een bepaalde tijd overeenkomen, voor onbepaalde tijd door, doch uiterlijk tot het tijdstip waarop de vergunning opnieuw haar geldigheid verliest.

De tijdelijke huurovereenkomst vervalt dus van rechtswege op het moment dat de (verlengde) vergunning haar geldigheid verliest, dus na maximaal 3 jaar (art. 15 lid 4 LW).

Sommige Tweede-Kamerleden waren de mening toegedaan dat een tijdelijke huurovereenkomst na drie jaar geconverteerd zou moeten worden in een gewone huurovereenkomst, indien de bestemming dan nog steeds niet zou zijn gerealiseerd. Ook hiertegen opponeerden de bewindslieden met een - door de meerderheid der Kamerleden toch kennelijk geslikt - beroep op de gevaren van aantasting van de effectiviteit van de regeling m.b.t. tijdelijke verhuur.<sup>52)</sup>

#### *4.9 Bezwaren tegen de tijdelijke verhuur-regeling*

De wetgever heeft met de tijdelijke verhuurregeling duidelijk ingespeeld op een behoefte, die m.i. vooral is ontstaan door - terecht - angst voor de gewone huurbepalingen. Voor wat betreft de toepasselijke wettelijke bepalingen is aansluiting gezocht bij de regeling omtrent gemeentelijke slooppanden. Ten onrechte, naar mijn stellige overtuiging, omdat een gemeente als overheidsinstantie zich minder kan permitteren t.o.v. huurders dan een particulier. Mij zijn geen bezwaren bekend tegen het ontbreken van limitatieve opzeggingsgronden bij gemeentelijke slooppanden! Verder heeft een particulier het dikwijls geheel in eigen hand òf en zo ja wannéér hij een bestemming gaat verwezenlijken. Daarom zie ik niet in, waarom een tijdelijk huurder tegenover hem vogelvrij moet zijn.

Meer in het bijzonder verbaast het mij, dat geen aansluiting is gezocht bij de regeling omtrent z.g. "tussenhuurovereenkomsten": overeenkomsten waarbij de huurbepalingen normaal van kracht zijn, doch waarvoor een bijzondere opzeggingsgrond is gecreëerd in art. 1623e lid 1, 2°. Indien men wil tegenwerpen dat deze regeling zich niet leent voor analoge toepassing, i.v.m. de de langere duur van de overeenkomst doordat eerst de rechter zich moet buigen over het beëindigingsverzoek, dan zou ik willen opmerken dat:

- a. die procedure niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te blijven;
- b. de BW-bepalingen vóór 1979 uitgingen van een omgekeerde procedure: tegen het einde van de overeenkomst kòn de huurder de rechter om verlenging verzoeken (verplicht rechterbezoek was er dus niet bij);
- c. de rechter ingevolge art. 1623c lid 3 (oud) BW een afwijzende beschikking aangaande zo'n verzoek uitvoerbaar bij voorraad kon verklaren;
- d. de situaties, genoemd in art. 1623e lid 2 zeer wel vergelijkbaar

zijn met die, welke de Leegstandwet met een vergunning honoreert: in alle gevallen een bepaalde tijd, een uitdrukkelijke eindtermijn (zie vergunning!) en een tevoren vastgesteld doel met het oog waarop de huurder zou moeten ontruimen, zodra dit zich verwezenlijkt.

Tenslotte vermoed ik dat wijziging van de procedure in bovenstaande zin, ook afgezien van LW-perikelen, beter aansluit bij de werkelijkheid van de situaties, geschetst in art. 1623e lid 2. Prettige bijkomstigheid voor de tijdelijk huurder is dat hij, wanneer de LW-regeling zou worden ingebed in bovenstaand systeem, een evt. opzegging kan aanvechten, indien blijkt "dat de verhuurder geen belang meer heeft bij de ontruiming" (art. 1623e lid 1, 2°)!

#### 5. Opschorting uitvoering ontruimingsbevel

Tenslotte heeft de eerste fase van de Leegstandwet een nieuw artikel 438b Rechtsvordering gebracht, met als inhoud:

Tenzij zulks onverenigbaar zou zijn met het belang van degene op wiens vordering het bevel wordt gedaan, kan de rechter bepalen dat een vonnis, waarbij aan anderen dan aan gebruikers of gewezen gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk recht de ontruiming wordt bevolen van een gebouw onroerend goed of gedeelte daarvan, binnen een door hem te bepalen termijn niet ten uitvoer kan worden gelegd, onverminderd het recht van de eerstgenoemde op vergoeding van alle geleden of te lijden schade.

Tenzij zulks onverenigbaar zou zijn met het belang van degene op wiens vordering het bevel tot ontruiming wordt gedaan, bepaalt de rechter dat dit bevel niet ten uitvoer kan worden gelegd, totdat hij omtrent het al dan niet bepalen van een termijn als in het vorige lid bedoeld heeft beslist, na terzake inlichtingen te hebben ingewonnen bij burgemeester en wethouders van de gemeente waarin het onroerend goed zich bevindt. Hiertoe beveelt hij burgemeester en wethouders binnen een door hem te bepalen termijn hun schriftelijk bericht ter griffie in te leveren of op een door hem te bepalen terechtzitting mondeling verslag te doen of door een door hen aangewezen ambtenaar te laten doen.

Desgevorderd kan de rechter bepalen dat een vonnis, waarbij aan anderen dan aan gebruikers of gewezen gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk recht de ontruiming wordt bevolen van een gebouw onroerend goed of gedeelte daarvan, tot een jaar na de dag waarop het vonnis wordt uitgesproken dan wel bekrachtigd, of, indien de rechter een termijn bepaalt als bedoeld in het eerste lid, tot een jaar na de dag waarop die termijn verstrijkt, ten uitvoer kan worden gelegd tegen een ieder die ten tijde van de tenuitvoerlegging zich daar bevindt of daar binnentreedt en telkens wanneer dat zich voordoet.

Dit artikel geeft de rechter, die een civielrechtelijk ontruimingsvonnis wijst, de mogelijkheid de uitvoering daarvan gedurende bepaalde tijd

te blokkeren. Het moet dan wel gaan om krakers: de wetstekst beperkt zich tot "anderen dan gebruikers of gewezen gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk recht". Tot een echte belangenafweging tussen krakers en eigenaar wenste men niet over te gaan: zulks zou in strijd zijn met de beginselen van privaatrecht, omdat aan één zijde de basis (enig subjectief recht) ontbreekt.<sup>53)</sup> Alvorens omtrent zo'n ontruimingstermijn te beslissen, móét de rechter inlichtingen inwinnen bij B&W.<sup>54)</sup> De wetgever wil namelijk voorkomen, dat na ontruiming wederom ongerechtvaardigde leegstand ontstaat. B&W kunnen de rechter inlichten omtrent daarmee samenhangende kwesties, zoals: willen B&W het pand gaan vorderen, heeft de eigenaar een tijdelijke verhuur-vergunning aangevraagd etc.<sup>55)</sup>

Terwijl de rechter eigenmachtig uitstel van executie kan bevelen, kan hij slechts *desgevorderd* het ontruimingsvonnis uitvoerbaar verklaren tegenover een ieder die de woning betreedt of zich daarin bevindt, steeds wanneer dat gebeurt. Hiermee kan gedurende een beperkte periode worden tegengegaan dat krakers elkaar aflossen, waardoor de ontruimingsprocedure geheel opnieuw zou moeten worden gestart. Opgemerkt zij, dat krakers beter af zijn dan tijdelijke huurders volgens de huidige regeling: de laatsten zijn (gewezen) gebruikers krachtens een persoonlijk recht en vallen dus buiten de sfeer van art. 438b Rv. Voor hen geen terme de grâce: teveel werk voor de rechterlijke macht.

## 6. Conclusie

Het doel van de Leegstandwet, n.l. voorkomen van ongerechtvaardigde leegstand, wordt door invoering van de eerste fase van de LW beter bereikbaar dan voorheen. De verruimde vorderingsmogelijkheden en met name de verbeterde procedure zullen daartoe uitstekend kunnen bijdragen, evenals tijdelijke verhuur en een zekere beleidsmatige ontruimingsaanpak.

Zwakke stee in dit geheel is m.i. de wijze waarop men aan die tijdelijke huurovereenkomst inhoud heeft gegeven. Dat móét beter en kán m.i. beter geregeld worden door bijvoorbeeld de schaar te zetten in art. 1623e lid 1, 2<sup>o</sup> en lid 2 BW, en dit te wijzigen in de in paragraaf 4.9. beschreven zin.

## Noten

- 1) In de MvT op het ontwerp-Wijziging van de Leegstandwet (17425 nr. 3 p. 5) noemen de Ministers de geschatte jaarlijkse kosten van 50 à 60 miljoen gulden 'aannemelijk', terwijl aanvankelijk 'slechts' 14 miljoen gulden begroot was.
- 2) Voor de volledigheid dient te worden vermeld dat men tevens overige onvolkomenheden in de Leegstandwet wilde wegnemen. Deze wijzigingen zijn louter tekstueel. Inhoudelijke wijzigingen werden echter niet geaccepteerd: het wetsontwerp beperkte zich tot het mogelijk maken van een gefaseerde inwerkingtreding van de Leegstandwet. Zie bijv. MvA, 17425 nr. 5 p. 15.
- 3) Brief van de Staatssecretaris van VROM, 30 december 1983, 18216 nr. 1 p. 7 e.v. Inmiddels is dit Voorontwerp-Huisvestingswet in juli 1985 verschenen.
- 4) De Staatssecretaris kondigt dat zelf al aan in genoemde brief, p. 12.
- 5) MvT ontwerp Leegstandwet, 15442 nr. 3 p. 12.
- 6) Men wordt door art. 3 Wrv verwezen naar de Woonruimtebeschikking 1984, welke in art. 1 onder h een zelfstandige woonegelegenheid als volgt omschrijft: "elke woonegelegenheid die is bestemd om als afzonderlijke woning te worden gebruikt en waarvan de huurprijs, bepaald met toepassing van het tweede of derde lid (hierin wordt verwezen naar de Huurprijzenwet Woonruimte, MF), ligt beneden de huurprijsgrens (...) of de koopprijs ligt beneden de koopprijsgrens (...)". Deze prijsgrenzen zijn f 400,- voor huurwoningen en f 100.000,- voor koopwoningen. Evt. kan de gemeenteraad deze grenzen verhogen tot resp. f 1000,- en f 300.000,- (art. 1 lid 4 Woonruimtebeschikking 1984).
- 7) Nota n.a.v. het Eindverslag, 15442 nr. 18 p. 14.
- 8) MvA 15442 nr. 8 p. 18.
- 9) Nadere MvA, 15442 nr. 13 p. 1.
- 10) Nadere MvA, 15442 nr. 13 p. 2.
- 11) Art. 5.1.1 lid 1 NBW.
- 12) MvA, 15442 nr. 8 p. 18.
- 13) MvA aan RvSt, 15442, A-D p. 27.
- 14) MvA aan RvSt, 15442, A-D p. 27 en MvA, 15442 nr. 8 p. 3 en 19.
- 15) Nadere MvA, 15442 nr. 13 p. 16.
- 16) MvA op Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 8.
- 17) MvA I, 15442 nr. 126b p. 8.

- 18) Ontleend aan de MvA op Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 8.
- 19) Ingesteld o.g.v. art. 8 Wrw en bestaand uit minimaal 5 leden, representatief voor eigenaren en huurders. Deze Commissie moest degene tot wie de vordering zou worden gericht in de gelegenheid stellen bezwaren kenbaar te maken en vervolgens B&W adviseren omtrent de vordering. Pas daarna mochten B&W een vorderingsbesluit nemen.
- 20) Tegen het vorderingsbesluit was in ieder geval AROB-beroep mogelijk, maar indien het advies van de Commissie van Advies niet eenstemmig was, of genomen in afwezigheid van meer dan een commissielid, dan kon aan het AROB-beroep een verzetprocedure bij G.S. voorafgaan. Verzet leverde schorsing van het vorderingsbesluit op (art. 8 Wrw). Als men daarna tegen de beslissing van G.S. AROB-beroep instelde, kon men schorsing van het G.S.-besluit verkrijgen via de Voorzitter van de Afd. Rechtspraak (art. 80 WRvSt). Al met al kon de beroepsprocedure geruime tijd in beslag nemen.
- 21) HR 12 juni 1959, Administratief. Beslissingen 1960.
- 22) Amendement Wijziging LW, 17425 nr. 11.
- 23) MvA, 15442 nr. 8 p. 16.
- 24) MvA, 10451 nr. 3 p. 5 en Handelingen Tweede Kamer, 1978-1979, p. 5026.
- 25) Vgl. Vijfde NvW, 15442 nr. 111 p. 2.
- 26) Nota n.a.v. het Eindverslag, 15442 nr. 18 p. 2.
- 27) Derde NvW, 15442 nr. 19 p. 3.
- 28) MvA I, 15442 126b p. 7.
- 29) MvA I, 15442 nr. 126b p. 12.
- 30) O.m. Derde NvW, nr. 19 p. 4; MvA I, nr. 126b p. 14 (w.o. 15442) en MvA Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 19.
- 31) Zie ook A.H.J. van den Biesen/T. Hoogenboom "De Leegstandwet", NJB 1981 p. 832. Schrijvers merken ook op dat minister De Ruiter hieromtrent evaluatie op termijn heeft toegezegd.
- 32) Derde NvW, 15442 nr. 19 p. 5.
- 33) Zesde NvW, 15442 nr. 137 p. 4.
- 34) De RvSt maakte deze opmerking n.a.v. het nieuwe art. 9a Wrw, Advies RvSt 15442 A p. 3. Zie ook Van den Biesen/Hoogenboom, t.a.p. p. 828/829.
- 35) HR 9 november 1973, NJ 1974, 91 (Limmen/Houtkoop).
- 36) MvA op Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 18.

- 37) Vgl. Derde NvW, 15442 nr. 19 p. 5 (oorspronkelijke versie) en Zesde NvW, 15442 nr. 137 p. 4.
- 38) Circulaire MG 85-32 d.d. 5 november 1985 betreffende Gedeeltelijke inwerkingtreding van de Leegstandwet, p. 11.
- 39) MG 85-32 p. 10.
- 40) Na een daartoe strekkend amendement van Salomons en Patijn heeft de regering het voorstel overgenomen: Zesde NvW, 15442 nr. 137 p. 6.
- 41) Vijfde NvW, 15442 nr. 111.
- 42) HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 213 m.n. PAS (Tolsma/Rens).
- 43) Ik zie dan ook geen enkele aanleiding om het vijfde lid van art. 3.8.16 en het vierde lid van art. 5.7.1.6 NBW in te voeren, zoals de Invoeringswet, vierde gedeelte, voorstelt. Reden voor invoering was de analogie met de situatie, bedoeld in art. 1623k BW, doch deze analogie is niet aanwezig, als men de HR mag geloven. Ik citeer uit het arrest Tolsma/Rens (vgl. noot 42): "Waar noch de tekst van de wet, noch de wetgevingsgeschiedenis daartoe noopt, mag de toepassingsfeer van een zo ingrijpend wetsvoorschrift als art. 1623k, niet worden uitgebreid tot gevallen van beëindiging van (hoofd)huurovereenkomsten die zelf niet beheerst worden door de art. 1623a e.v. Dit laatste zou tot gevolg hebben dat de verhuurder niet alleen - zonder dat daartoe zijn toestemming is vereist - partij wordt bij een tussen anderen tot stand gekomen huurovereenkomst, maar ook dat deze hem bindende (onder)huurovereenkomst door andere wettelijke regels - ook voor wat de vaststelling van de huurprijs betreft - geregeerd kan worden dan die welke de overeenkomst beheersen, op grond waarvan hij het verhuurde aan de (hoofd)huurder in huur had afgestaan".  
Op grond van bovenstaande overweging kan ik overigens het tragisch lot van de onwetende onderhuurder van een tijdelijk huurder billijken.
- 44) Vgl. MvA I, 15442 nr. 126b p. 14; Zesde NvW, 15442 nr. 137 p. 5 en MvA op Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 21.
- 45) De suggestie van Van den Biesen/Hoogenboom, t.a.p. p. 833/834, om de gemiddelde verhuiskosten in de huurprijs te verdisconteren, acht ik bijzonder nuttig.
- 46) Overigens geef ik toe dat partijen dit risico in de duur van de overeenkomst kunnen verdisconteren.
- 47) Vierde NvW, 15442 nr. 102 p. 5.
- 48) Vierde NvW, 15442 nr. 102 p. 4.
- 49) VV Wijziging LW, 17425 nr. 4 p. 12 en MvA Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 18 en 19.
- 50) Van den Biesen/Hoogenboom, t.a.p. p. 833.

- 51) VV Wijziging LW, 17425 nr. 4 p. 12.
- 52) MvA Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 19.
- 53) Nadere MvA, 15442 nr. 13 p. 9.
- 54) Zie MvA Wijziging LW, 17425 nr. 5 p. 14.
- 55) Vgl. Nadere MvA, 15442 nr. 13 p. 25; Eindverslag, 15442 nr. 17 p. 6 en 7.



## HET AANVAARDE DERDENBEDING: TWEE- OF DRIEPARTIJENOVEREENKOMST?

Mr M.S. Bijleveld

*In de onderstaande beschouwing wordt de grondslag van de positie van de derde bij het derdenbeding zowel naar huidig als naar komend recht besproken. Gezien wordt dat naar beide stelsels de theorie ter verklaring van de positie van de derde dezelfde is, terwijl de gevolgen van aanvaarding door de derde, te weten naar komend recht een driepartijenovereenkomst in plaats van, volgens de leer van het huidige recht, een tweepartijenovereenkomst, wel verschillend kunnen zijn. Dit verschil wordt nader bekeken en tevens wordt gezocht naar de beargumentering ervan. Ook de praktische gevolgen voor de betrokken partijen ten aanzien van het hier aangeduide zullen in deze beschouwing aan de orde komen.*

### 1. Inleiding

Door de jaren heen is er door reeds vele juristen aandacht besteed aan de problematiek rond de rechtspositie van de derde bij het derdenbeding. Daarbij hebben meestal de vragen centraal gestaan hoe en wanneer de derde zijn recht verkrijgt en wat zijn positie is in de periode die ligt tussen het aangaan van de overeenkomst stipulator-promissor en zijn aanvaarding. Diverse theorieën waarmee getracht wordt de antwoorden op deze vragen te geven hebben in de loop der jaren het licht mogen aanschouwen. Het is niet de opzet van deze beschouwing elk van hun uitvoerig te bespreken. Zij zullen slechts kort worden weergegeven en wel voorzover zij van belang zijn voor het vinden van het antwoord op de hier centraal staande vraag: is het aanvaarde derdenbeding een twee- of driepartijenovereenkomst en via welke redenering komt men tot het antwoord op deze vraag?

Zowel huidig als komend recht zullen in deze beschouwing centraal staan. Dit omdat, zoals hieronder zal blijken, in het huidige recht de opvatting overheerst dat het derdenbeding een tweepartijenovereenkomst is, terwijl het NBW kiest (zij het als regelend recht) voor de driepartijenovereenkomst. Wat vandaag nog A is kan dus morgen B

zijn, tenzij partijen anders overeenkomen, en dan is het weer A.

Om dit verschil aan de orde te stellen zullen concreet gesteld de volgende vragen besproken worden.

1. Wat is momenteel de heersende leer aangaande het hier aan de orde gestelde?
2. In hoeverre wijkt het komende recht hiervan af?
3. Wat zullen de gevolgen zijn van deze afwijkingen?
4. Welke regeling verdient de voorkeur?

## 2. Huidig recht

Een van de beginselen van ons contractenrecht is het autonomiebeginsel of te wel het recht op zelfbeschikking: de uitoefening van bevoegdheden en het aanknopen van rechtsbetrekkingen wordt overgelaten aan het initiatief en de vrije keuze van de daarbij betrokkenen.<sup>1)</sup> Niet alleen kan men een ander buiten diens wil door middel van een overeenkomst geen verplichtingen opleggen, maar ook 'zou het in strijd zijn met de waardigheid van de mens indien hem door een ander naar willekeur rechten kunnen worden opgedrongen'.<sup>2)</sup> Dit beginsel vindt men terug in art. 1351 BW. Het derdenbeding vormt een uitzondering op dit beginsel: als gevolg van de overeenkomst stipulator-promissor, waarbij laatstgenoemde zich verbindt jegens eerstgenoemde tot een prestatie jegens een derde, ontstaat voor deze derde een recht waartoe hij zelf zijn wil niet heeft geuit. Dit recht heeft echter geen werking zolang het niet door de derde is aanvaard, hetgeen de toelaatbaarheid van deze uitzondering op het hierboven bedoelde beginsel verklaart.<sup>3)</sup>

Zoals onder 1. reeds is gezegd zijn er in de loop der tijden vele theorieën ontstaan aangaande de rechtspositie van de derde bij het derdenbeding (wanneer en hoe ontstaat het recht van de derde en wat is zijn positie voor zijn aanvaarding). Van Ginneken<sup>4)</sup> vat ze als volgt samen:

"de theorie der rechtbevestigende verklaring, de theorie der rechtsverkrijgende verklaring, de verschillende aanbodtheorieën en de verschillende vertegenwoordigingstheorieën. Naar een ander criterium kan men de derdenbedingtheorieën onderscheiden in sui-generis-theorieën, waartoe de beide eerstgenoemde categorieën behoren en theorieën die het derdenbeding herleiden tot enig reeds bestaand instituut, waartoe de beide laatstgenoemde categorieën behoren."

Rutten<sup>5)</sup> bespreekt de diverse theorieën uitvoerig en vermeldt daarbij tevens hun voorstanders en de erover verschenen literatuur. Daarvoor verwijs ik bij deze naar hem. Ik wil hier volstaan met een zeer korte beschrijving van de door Van Ginneken genoemde hoofdcategorieën.

Volgens de theorie van de rechtbevestigende verklaring ontstaat het recht van de derde jegens de belover terstond bij het sluiten van de overeenkomst tussen stipulator en promissor; de aanvaarding door de derde heeft slechts deze betekenis dat daardoor het recht van de stipulator om te herroepen teniet gaat.

De theorie van de rechtverkrijgende verklaring beschouwt de aanvaarding van de derde als een essentiële voorwaarde voor de rechtsverkrijging door de derde. Voor zijn aanvaarding heeft de derde volgens deze theorie nog geen enkel recht, doch slechts een verwachting.

De theorie van het aanbod komt in verschillende vormen voor. Kern der varianten is steeds dat het recht van de derde ontstaat door zijn aanvaarding van een aan hem, hetzij door de stipulator, hetzij door de promissor, gedaan aanbod.

De voor deze beschouwing interessante variant op de aanbodtheorie is die van Suyling<sup>6)</sup>: tengevolge van een door de promissor gedaan en door de derde aanvaard aanbod treedt de derde toe tot de tussen de stipulator en de promissor reeds bestaande overeenkomst<sup>7)</sup>: er is dan een driepartijenovereenkomst ontstaan (bij de andere varianten op deze theorie komt er steeds een nieuwe tweepartijenovereenkomst tot stand nl. tussen de derde en de promissor).

Karakteristiek bij de vertegenwoordigingstheorieën is dat de stipulator optreedt als onbevoegd vertegenwoordiger van de derde en dat het recht van de derde ontstaat op het moment dat deze de handeling van de stipulator bekrachtigt.

Wat kan men nu zeggen is onder het huidige recht de heersende leer? Zeker is dat de Hoge Raad in zijn arrest van 13 februari 1924 (W 11211 m.n. SB, NJ 1924, p. 711) de theorie der rechtbevestigende verklaring heeft verworpen (de Hoge Raad zegt daarin nl. expliciet dat het recht van de derde eerst door de aanvaarding wordt geboren).

Verdere definitieve conclusies kunnen uit de jurisprudentie nau-

welijks worden getrokken. Rutten<sup>8)</sup> staat de theorie der rechtverklaring voor zij het met dit verschil dat de derde voor zijn aanvaarding niet slechts een verwachting heeft edoch een (wils)-recht.

Andere schrijvers echter hebben in het arrest van de Hoge Raad van 13 februari 1924 de aanbod-theorie gelezen<sup>9)</sup>, terwijl Schoordijk<sup>10)</sup> daarin zijn uit 1958 stammende vertegenwoordigingstheorie, die hij overigens ook nu nog steeds verdedigt<sup>11)</sup>, bevestigd zag.

Met andere woorden, het is in het huidige recht erg moeilijk met zekerheid te zeggen wat de heersende leer aangaande het aanvaarde derdenbeding is. Wel duidelijk is dat alleen volgens de aanbodtheorie van Suyling het aanvaarde derdenbeding een driepartijovereenkomst is. *Alvorens naar het komende recht over te stappen, wil ik deze aanbod-theorie nog eens nader onderzoeken.*

### 3. De aanbod-theorie van Suyling

Waarom het aanvaarde derdenbeding volgens Suyling een driepartijovereenkomst is beredeneert hij, zoals hierboven al is aangegeven, als volgt:

De tussen de stipulator en de promissor gesloten overeenkomst bevat een door de stipulator bedongen aanbod van de promissor aan de derde. Door de aanvaarding van de derde van dit aanbod treedt hij toe tot de overeenkomst die daarvoor nog slechts verbintenissen tussen de stipulator en de promissor in het leven had geroepen.

Deze theorie is door diverse schrijvers afgewezen. Een van de argumenten daarbij is dat deze theorie aan art. 1353 BW alle betekenis ontnemt<sup>12)</sup>: hetgeen Suyling beschrijft is een 'gewone' driepartijovereenkomst terwijl het derdenbeding juist gekenmerkt wordt door het gegeven dat het beding slechts een onderdeel van de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor is, waaruit volgt dat deze laatste tegenover de eerste de verplichting op zich neemt aan de derde een prestatie te verrichten en dit laatste dus niet omdat de derde en de promissor ooit de bedoeling hebben gehad een overeenkomst met elkaar aan te gaan.<sup>13)</sup>

Aan dit argument ligt echter reeds de stelling ten grondslag dat het derdenbeding en een 'gewone' driepartijovereenkomst twee verschillende rechtsfiguren zijn, hetgeen Suyling juist ontkent. Hij ontzegt aan art. 1353 ('een ijdelen regel') enige betekenis door te

stellen dat het verschil tussen het derdenbeding en het driepartijencontract slechts is dat het eerste in twee tempo's wordt gesloten.<sup>14)</sup>

Ik zou er weinig<sup>15)</sup> op tegen hebben het derdenbeding te zien als een 'gewone' overeenkomst waarbij echter de in dit geval door de promissor te leveren prestatie wordt opgesplitst, waardoor hij niet één edoch twee crediteuren heeft, te weten de stipulator en de derde. Het bijzondere van art. 1353 ligt dan nog in de uitzondering die het maakt op art. 1351 (zie hierboven onder 2.).

De stelling dat de promissor nooit de bedoeling heeft gehad een overeenkomst met de derde aan te gaan is het argument om te verwerpen dat er door de promissor überhaupt een aanbod wordt gedaan (Er komt volgens die opvatting dus geen enkele overeenkomst tot stand met de derde, noch een driepartijen- noch een tweepartijenovereenkomst). Dit kan echter ook anders gezien worden. Partijen willen dat er voor de derde een recht ontstaat. Waarom zou dat niet kunnen door middel van de aanvaarding van een aanbod? Zeker zal aanvankelijk de promissor nooit de bedoeling hebben gehad een overeenkomst met de derde aan te gaan. Maar waarom zou dat nog altijd zo zijn nadat hij met de stipulator is overeengekomen dat (een deel van) de door hem te leveren prestatie jegens deze derde verschuldigt zal zijn? Ik zie daarin geen argument het ontstaan van het recht van de derde niet te verklaren uit een door de promissor aan de derde gedaan aanbod dat door de laatste is aanvaard.

Resteert echter nog dat wel de vraag wat het gevolg is van de aanvaarding door de derde van het aanbod, een twee- of een driepartijenovereenkomst. Gerbrandy<sup>16)</sup> acht het niet onlogisch en onredelijk om de derde in bepaalde opzichten na zijn aanvaarding als partij te beschouwen. In bepaalde opzichten, omdat, aldus Gerbrandy, het niet terecht zou zijn om aan de derde alle rechten die uit het partij-zijn voortvloeien toe te kennen. Dit omdat de overeenkomst ten opzichte van de derde niet wederkerig is.<sup>17)</sup> Gerbrandy legt echter geen juridische constructie aan zijn opvatting ten grondslag.

Zwitser<sup>18)</sup>, die zelf een variant op de aanbod-theorie aanhangt waarbij er na de aanvaarding door de derde een nieuwe overeenkomst tussen deze derde en de promissor tot stand komt, voert tegen het ontstaan van een driepartijenovereenkomst het volgende aan:<sup>19)</sup>

"Tegen deze visie geldt, . . . ., het bezwaar dat er geen rechtsband tussen bedinger en derde inherent is aan het derdenbeding. Noch behoeft er wilsovereenstemming te bestaan tussen bedinger en derde, noch ook kunnen gebreken in een eventueel wél be-

staande relatie tussen bedinger en derde repercussies hebben voor de overeenkomst tussen bedinger en belover en op de rechtsverhouding tussen belover en derde. Bovendien is het onpraktisch om, zoals het NBW wil, derde en bedinger samen een actie uit wanprestatie te laten instellen, waar wanprestatie van de belover de bedinger veelal in het geheel niet raakt en de bedinger onvindbaar kan zijn."

De eerste twee bezwaren zijn mijns inziens ongegrond wanneer men in ogenschouw neemt dat de derde door zijn aanvaarding, toetreedt tot de tussen de stipulator en de promissor reeds bestaande overeenkomst. In deze reeds bestaande overeenkomst ligt naar mijn mening de toestemming tot toetreding reeds besloten.

Ook het bezwaar dat gebreken in een wel (reeds!) bestaande relatie tussen bedinger en derde geen repercussies kunnen hebben op het geheel kan ik niet onderschrijven. Ook in de opvatting dat het aanvaarde derdenbeding een driepartijenovereenkomst is, is het zo dat de eventueel bestaande relatie tussen de stipulator en de derde er misschien wel de oorzaak van geweest is dat men het derdenbeding is aangegaan, maar het maakt er op zich geen deel van uit.

Het laatste bezwaar van Zwitser dat wijst op een eventueel onpraktisch gevolg wil ik nu even laten voor wat het is.

Ook Kortmann<sup>20)</sup> wijst bij het derdenbeding op de vage grens die kan lopen tussen een twee- en een driepartijenovereenkomst:

"De verwantschap met bepaalde vormen van vertegenwoordiging, . . . . , is onmiskenbaar, terwijl men ook aansluiting kan zoeken bij het driepartijencontract."

Ook hij komt echter niet tot een juridische constructie van het laatste, maar houdt het bij een verwijzing naar het NBW.

Laat ik nu ook overstappen naar het komende recht. Zoals ik in mijn inleiding reeds even aangaf, kiest het NBW voor de driepartijenovereenkomst. Laten we eens kijken hoe het een en ander daar wordt beargumenteerd.

#### 4. Komend recht

Het derdenbeding wordt in het NBW geregeld in de artt. 6.5.3.5-7. Van deze artikelen kunnen partijen ingevolge art. 6.5.3.2a afwijken, behoudens van art. 6.5.3.5 lid 1 (de derde verkrijgt het recht steeds eerst door en op het moment van zijn aanvaarding). Hieruit volgt dat partijen ook ten aanzien van art. 6.5.3.5a lid 2 (nadat de derde het

beding heeft aanvaard, geldt hij als partij bij de overeenkomst) een afwijkende regeling kunnen treffen.

Ten aanzien van het vereiste van aanvaarding door de derde stelde de commissie in het Voorlopig Verslag de volgende vraag aan de orde.<sup>21)</sup> Is om te kunnen aanvaarden vereist dat de derde door middel van een aanbod van de kant van partijen bij de overeenkomst kennis heeft genomen van het ten zijne behoefte gemaakte beding, of is dit ook mogelijk wanneer de derde door een andere, wellicht toevallige, oorzaak van het beding op de hoogte is geraakt?

Een aantal leden van deze commissie wees daarbij in dit verband op het feit dat, evenals dat het geval is bij een overeenkomst tussen twee partijen of bij een andere overeenkomst tussen drie partijen dan het derdenbeding, de contractuele verhouding tot stand moet komen door een aanbod en aanvaarding daarvan.

"Men kan het beding zelf als het aanbod beschouwen, maar dan moet het wel als zodanig, in een tot de derde gerichte verklaring, deze hebben bereikt (art. 3.2.4. lid 3)."(22)

In de Memorie van Antwoord wordt hierop gesteld dat de mogelijkheid tot aanvaarding van de derde niet afhankelijk is van de vraag of hem daartoe een aanbod is gedaan. Deze eis zou een soepele hantering van de figuur van het derdenbeding in gevaar kunnen brengen, bijvoorbeeld in gevallen dat het nog niet duidelijk is door welke derde het aanvaardt zal kunnen worden, aldus de Memorie van Antwoord.

Ik kan het met deze zienswijze niet eens zijn. Welk aanbod dan ook kan niet aanvaard worden wanneer nog niet bekend is tot wie het is gericht. Het kan de derde dan ook nog niet bereiken. Maar op het moment waarop partijen het erover eens zijn of dat vast is komen te staan welke derde(n) het betreft, dan kan mijns inziens deze derde het tot hem gerichte aanbod accepteren, ongeacht de vraag hoe het aanbod hem heeft bereikt. Wanneer ik appels te koop aanbied is het toch niet relevant of de koper deze appels in mijn winkel heeft zien liggen, mijn advertentie daaromtrent heeft gelezen of van zijn buurvrouw heeft gehoord dat ik appels te koop aanbied?<sup>23)</sup>

Hartkamp<sup>24)</sup> trekt uit de Parl. Gesch. de conclusie dat de theorie van het aanbod hierdoor wordt verworpen en dat de theorie van de rechtverkrijgende verklaring wordt aanvaard (zij het dan in de variant van

Rutten, zie hierboven onder 2., omdat de derde vóór' zijn aanvaarding niet slechts een uitzondering heeft edoch een wilsrecht).<sup>25)</sup>

De conclusie kan dus luiden dat naar komend recht bij het derdenbeding de derde tot de overeenkomst tussen de stipulator en de promisor kan treden, zonder daartoe een aanbod te hoeven aanvaarden.<sup>26)</sup>

Een onbevredigend en naar mijn idee ook onnodig resultaat. De uiteindelijke rechtspositie die de derde verkrijgt wordt daarmee ook losgekoppeld van de theorie die aan het ontstaan ervan ten grondslag ligt, terwijl juist verwacht kan worden dat het eerste door het laatste wordt verklaard.

Als gevolg hiervan doet de vraag zich voor of het 'geldt hij als partij bij de overeenkomst' van art. 6.5.3.5a soms niet gelezen moet worden dat de derde tot de overeenkomst toetreedt, maar dat hij slechts qua rechten gelijk gesteld wordt met een partij, dus meer "als ware hij partij". Dit zou dan kunnen verklaren waarom aanvaarding van een aanbod niet noodzakelijk is.

Dit is echte niet het geval. In de Parl. Gesch.<sup>27)</sup> wordt bijvoorbeeld gesproken van een vergelijk met de gewone driepartijenovereenkomst "waarbij echter de derde partij (wellicht wegens tijdelijke afwezigheid) als laatste haar toestemming geeft". En verder dat art. 6.5.3.5a lid 1 niet alleen tot gevolg heeft dat op het aanvaarde derdenbeding de speciale bepalingen aangaande meerpartijenovereenkomsten van toepassing zijn (vgl. artt. 6.5.1.1 lid 2 en 6.5.4.22), maar dat de erkenning van de derde als partij ook op andere punten gevolgen heeft. "Zo zal de derde ook als partij moeten worden beschouwd bij de toepassing van de artikelen 6.5.3.11 en 6.5.3.12 op kettingbeding."<sup>28)</sup>

De derde krijgt dus na zijn aanvaarding volledige rechten. Het lijkt me dan ook gezien dit feit niet zinvol een onderscheid te maken tussen 'partij-bij' en 'als ware hij partij'. Daarbij, in het laatste geval zou er ook niet echt sprake zijn van een driepartijenovereenkomst.

##### 5. Het waarom van art. 6.5.3.5a

In de Parl. Gesch.<sup>29)</sup> worden twee redenen genoemd waarom het aanvaarde derdenbeding onder komend recht een driepartijenovereenkomst is.

1. In het huidige recht is het onwenselijk dat de derde in geval



jegens hun wanprestatie wordt gepleegd ontbinding van de overeenkomst zou kunnen vragen, hetgeen het gevolg zou zijn van het 'partij-zijn-bij'. Dit argument vervalt onder het komend recht, gezien de speciale regeling die het NBW voor de ontbinding van meerpartijenovereenkomsten geeft (zie art. 6.5.4.22).

2. Het is welbeschouwd een illusie dat men de overeenkomsten met derdenbeding als een eenvoudige tweepartijenovereenkomst zou kunnen behandelen. "Immers, ook aan de stipulator kan men het ontbindingsrecht niet toekennen zonder beperkingen die de positie van de derde - wiens recht door de ontbinding zou vervallen - versterken."

Art. 6.5.3.5a is zoals gezegd regelend recht: partijen kunnen anders overeenkomen. Vanuit dit gegeven moet mijns inziens ook lid 2 van dit artikel gelezen worden. Dit lid bepaalt dat de derde, indien dit met de strekking van het beding in overeenstemming is, daaraan ook rechten kan ontleen over de periode voor de aanvaarding. Zou artikel 6.5.3.5a een dwingend rechtelijke bepaling zijn dan zou lid 2 naar mijn mening een overbodige bepaling zijn. Wanneer de derde tot de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor toetreedt, worden de rechten die hij daardoor verkrijgt immers steeds bepaald door de inhoud van de overeenkomst.

Op dit punt gekomen, wilde ik nu overgaan tot het bespreken van de volgende vraag. Wat is nu eigenlijk uiteindelijk voor de betrokken partijen het concrete verschil in gevolgen tussen het aanvaarde derdenbeding als twee- of het aanvaarde derdenbeding als driepartijenovereenkomst.

Dit is mede hierom interessant nu onder het komende recht beiden mogelijk zijn. Partijen moeten dan ook weten waartussen ze te zijner tijd gaan kiezen.

## 6. Het verschil in resultaat

Wanneer partijen niet anders regelen, treedt de derde in het komende recht toe tot de reeds tussen de stipulator en de promissor bestaande overeenkomst. Op dat moment is er dan een meerpartijenovereenkomst ontstaan, waarvoor de artt. 6.5.1.1 lid 1<sup>30)</sup> en 6.5.4.22<sup>31)</sup> van belang zijn. Wanneer partijen echter art. 6.5.3.5a uitsluiten, blijft

eerstgenoemd gevolg uit en zijn de hier aangegeven artikelen dus niet van toepassing.

Wat zijn nu de precieze gevolgen van dit verschil voor de vraag welke rechten en bevoegdheden de driepartijen kunnen doen gelden wanneer één van hen niet aan zijn verplichtingen voldoet.

Nemen we het geval dat er sprake is van een tekortkoming aan de kant van de promissor. Aan wie komt in dat geval het recht op ontbinding toe? Wanneer er sprake is van een driepartijenovereenkomst volgt het antwoord uit art. 6.5.4.22 lid 3: de stipulator en de derde kunnen in ieder geval gezamenlijk tot ontbinding overgaan. "In ieder geval" duidt erop dat hiervan niet steeds sprake hoeft te zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan het geval dat partijen anders zijn overeengekomen: de rechten van de derde vloeien tenslotte steeds voort uit de inhoud der overeenkomst.<sup>32)</sup>

Tevens lijkt het mij dat elk der partijen zelfstandig kan ontbinden in de volgende gevallen:

1. de stipulator: wanneer en voorzover het belang van de derde zich daartegen niet verzet<sup>33)</sup>
2. de derde: wanneer het betreft een beding met daaraan verbonden een last: de derde is dan een symetrische partij in de zin van art. 6.5.4.22 lid 2.

Hartkamp<sup>34)</sup> merkt in verband met het tweede geval op dat het hier echter steeds slechts een gedeeltelijke ontbinding zal kunnen betreffen: de derde kan zich wel door ontbinding van zijn verbintenis bevrijden, maar kan daarmee niet de rechtsverhouding tussen de stipulator en de promissor beëindigen. Hij stelt dat dit voortvloeit uit de aard van de overeenkomst (zie art. 6.5.4.22 lid 2). Ikzelf baseer dit eerder op de ratio van een gezamenlijke ontbinding die aan art. 6.5.4.22 lid 2 en 3 ten grondslag ligt nl. dat geen der partijen de ander in zijn belang kan schaden zonder dat deze ten aanzien van de gevolgen daarvan zijn wil heeft geuit.

Kijken we dan nu naar het derdenbeding als tweepartijenovereenkomst. Wat zijn dan de bevoegdheden der partijen wat betreft de hierboven behandelde problematiek?

Wanneer men uitgaat van de theorie der rechtverkrijgende verklaring (zie hierboven onder 2.) blijft de derde steeds 'derde' bij de overeenkomst, hetgeen tot gevolg heeft dat hij in ieder geval nooit de bevoegdheid heeft wegens wanprestatie ontbinding te vragen.<sup>35)</sup>

Of de stipulator bij wanprestatie van de promissor jegens de derde ontbinding van de overeenkomst kan vorderen is, wanneer partijen daaromtrent niets hebben afgesproken, in het huidige recht nog steeds een omstreden vraag.<sup>36)</sup>

De vraag dringt zich op hoe onder het komende recht hierover geoordeeld moet worden wanneer partijen toetreding van de derde hebben uitgesloten. In het antwoord op deze vraag ligt, wat betreft het ontbindingsrecht, namelijk tevens het antwoord besloten op de hier aan de orde zijnde vraag: wat is het verschil in gevolg wanneer partijen art. 6.5.3.5a lid 1 uitsluiten?

Ik denk dat het verschil met het huidige recht wat dit betreft het volgende is. Wanneer partijen van art. 6.5.3.5a afwijken, dan sluiten zij daarmee ook uitdrukkelijk de toepasselijkheid van art. 6.5.4.22 uit. De stipulator kan dan niet slechts tezamen met de derde tot ontbinding overgaan, maar kan dat dan ook alleen, hetgeen de derde van tevoren wist en met de aanvaarding van zijn recht geaccepteerd heeft.<sup>37)</sup>

Verlaten we nu het terrein der ontbinding en kijken we naar een ander verschil dat uitsluiting van art. 6.5.3.5a wellicht met zich mee kan brengen. Ik wil hiertoe een citaat uit Asser-Rutten (38) tegenover een citaat uit Asser-Rutten-Hartkamp (39) zetten. Rutten:

"Anders dan volgens de regeling van het Nieuw BW (art. 6.5.3.5a), worden naar geldend recht door het derdenbeding tussen de derde en de stipulator geen verbintenissen in het leven geroepen."

Hartkamp:

"Tengevolge van de aanvaarding door de derde ontstaat een drie-partijen-overeenkomst, maar hierdoor worden tussen de derde en de stipulator geen verbintenissen in het leven geroepen."

Zou Hartkamp gelijk hebben, dan zou uitsluiting van art. 6.5.3.5a voor het in deze citaten aan de orde gestelde geen verschil maken. Ik vraag het mij echter af.

Stel het volgende geval. Als gevolg van een niet-presteren aan de kant van de stipulator mag de promissor de aan de derde te leveren prestatie opschorten. Stel nu dat deze opschorting de promissor erg goed uitkomt, waardoor laatstgenoemde niet de behoefte heeft de stipulator tot nakoming aan te sporen. Wat zijn dan de mogelijkheden

van de derde? In de opvatting van Hartkamp zal de derde waarschijnlijk<sup>40)</sup> steeds aangewezen zijn op de promissor (het niet-aanspreken van de stipulator door deze zou ten opzichte van de derde onredelijk zijn) of wellicht op de stipulator, via een actie uit onrechtmatige daad.

Gaat men er echter van uit dat door toetreding van de derde er wel verbintenissen tussen de derde en de stipulator ontstaan, nl. die ex art. 6.5.3.1 lid 1 (een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien) dan zou de derde een rechtstreekse actie ten opzichte van de stipulator op grond van de overeenkomst kunnen instellen.<sup>41)</sup> Ik zelf ben een voorstander van deze laatste opvatting. Deze benadrukt mijns inziens de onderling samenhang tussen de driepartijen, een gevolg dat partijen, indien niet gewenst, steeds kunnen uitsluiten.

## 7. Conclusie

Het derdenbeding is een overeenkomst waarbij de stipulator en de promissor een eigen recht creëren voor een derde, waartoe de promissor een aanbod doet. Afhankelijk van partijbedoelingen ontstaat er na de aanvaarding door de derde een tweepartijen (promissor-derde)- of een driepartijen (stipulator-promissor-derde) overeenkomst.

Zo kan naar mijn mening het derdenbeding, zowel naar huidig als naar komend recht, worden gezien. Wanneer er een driepartijenovereenkomst ontstaat, houdt dit waarschijnlijk (afhankelijk van de inhoud der overeenkomst) in dat de rechten van de derde omvangrijker zijn (zie onder 6.). Nu dit zeker niet altijd gewenst<sup>42)</sup> zal zijn, is het verklaarbaar dat veelal onder het huidige recht, waarin een speciale regeling wat betreft de speciale gevolgen van een meerpartijenovereenkomst ontbreekt, partijen meestal een tweepartijenovereenkomst bedoelen te laten ontstaan.

Naar komend recht kunnen partijen de door de derde te verkrijgen rechten op twee manieren beïnvloeden. Ten eerste door middel van uitsluiting van art. 6.5.3.5a en ten tweede door middel van de verdere inhoud der overeenkomst.

Het is begrijpelijk dat het NBW niet gekozen heeft voor een dwingend rechtelijke bepaling als die van art. 6.5.3.5a, met de mogelijkheid de gevolgen van een driepartijenovereenkomst zelf te regelen. Ten eerste niet omdat partijen zelf moeten kunnen uitmaken of zij een derde als partij erbij willen en ten tweede omdat dit minder goed zou aansluiten bij de opzet van de algemene regeling aangaande meerpartijenovereenkomsten (vgl. art. 6.5.1.1 lid 2).

De bedoeling van partijen staat in deze regeling in het NBW dus centraal. Dit regelende recht dwingt partijen ook van te voren te beslissen over de door de derde te verkrijgen rechten. Laatstgenoemde weet dan wat hem te wachten staat en kan dat ook beïnvloeden door middel van zijn wel of niet aanvaarden. Regelen partijen van te voren niets, dan kan dat niet in het nadeel van de derde werken.

Een minpunt van het NBW vind ik dat art. 6.5.3.5a slechts een pragmatische grondslag heeft, die niet juridisch onderbouwd wordt door de aanvaarde theorie der rechtverkrijgende verklaring (zie onder 4.). De derde wordt, tenzij anders overeengekomen, partij bij de overeenkomst 'omdat de wet het zegt' en niet omdat hij een aanbod daartoe aanvaard.

Tot slot kan in ieder geval gesteld worden dat de onderverdeling van Van Ginneken (zie onder 2.) der bestaande theorieën in sui-generis theorieën en theorieën die aansluiten bij reeds bestaande instituten volgens het NBW niet vol te houden is. Het NBW wijst duidelijk op de verwantschap met vertegenwoordiging, terwijl ze uiteindelijk de theorie van de rechtbevestigende verklaring aan haar regeling ten grondslag legt. Nee, de figuur van het derdenbeding laat zich niet eenvoudig in een bepaald hokje stoppen!

#### Noten

- 1) Vgl. J.H. Nieuwenhuis. Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden 1979, blz. 63.
- 2) Asser-Rutten II, Zwolle 1982, blz. 291.
- 3) Vgl. Asser-Rutten II, blz. 291.  
In de TM art. 6.5.3.5-8 (Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Van Zeben, Du Pon en Olthof, Deventer 1981, Boek 6, blz. 948) wordt gesteld dat de regel, dat in het algemeen niemand op zijn eigen naam iets kan bedingen dan voor zichzelf thans algemeen als verouderd wordt beschouwd. Zo ook P.P.J.N. van Ginneken (AA XV, 6, blz. 168 en de aldaar

genoemde schrijvers): 'Het derdenbeding wordt niet langer beschouwd als een uitzonderingsfiguur op een voorafgaande regel: een met artt. 1351 en 1376 corresponderende bepaling is in het nieuwe BW niet opgenomen'. Echter: ook aan de artt. 6.5.3.1-6.5.3.8a ligt het beginsel ten grondslag dat een overeenkomst in het algemeen slechts verbintenissen vestigt tussen de partijen die haar aangingen (zie Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985; nr. 378). Hartkamp onderschrijft het argument van de TM dat het stelsel historisch uit enkele eigenaardigheden van het Romeinse recht is te verklaren, maar nu verouderd is (t.a.p. nr. 417) maar stelt wel dat het derdenbeding ook onder het komende recht een uitzondering blijft op de regel dat men ook rechten niet iemand tegen diens wil moet kunnen opdringen (t.a.p. nr. 383, 416). Er is dan ook n.m.m. geen verschil wat dit betreft tussen huidig en komend recht.

- 4) T.a.p. blz. 170/171.
- 5) Asser-Rutten II, blz. 297 e.v.
- 6) Inleiding tot het Burgerlijk Recht II, nr. 121.
- 7) En niet, zoals Asser-Rutten (blz. 298) zegt, dat er na de aanvaarding van de derde een nieuwe overeenkomst tot stand komt tussen de drie betrokken partijen.
- 8) Asser-Rutten II, blz. 300.
- 9) Vgl. Van Ginneken, t.a.p. blz. 174.
- 10) H.C.F. Schoordijk, Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard, diss. Amsterdam 1958, blz. 163 e.v.
- 11) H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1979, blz. 515.
- 12) Asser-Rutten II, blz. 298.
- 13) Vgl. Star Busmann, noot onder HR 13 februari 1924, W 11211.
- 14) Suyling, t.a.p. nr 121.
- 15) Ik kom op het karakter van het derdenbeding nog terug onder 7.
- 16) WPNR 4727 onder IV.
- 17) Dit hoeft echter niet steeds zo te zijn. Aan het derdenbeding kan ook een last worden verbonden. Vgl. Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek door Van Zeben, Du Pon en Olthof Boek 6, Deventer 1981, blz. 953.
- 18) R. Zwitser, Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss. Leiden 1984, blz. 83. Zo ook n.m.m. Arr.-Rechtbank Almelo, 24 december 1952, NJ 1953, 710.
- 19) Zwitser, t.a.p. blz. 82.

- 20) S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbepalingen, diss. Nijmegen 1977, blz. 148 e.v.
- 21) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 953/954.
- 22) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 954.
- 23) Zo ook Zwitser, t.a.p. blz. 86/87.
- 24) Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 422 e.v.
- 25) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 958.
- 26) Een gevolg van art. 6.5.1.1 lid 2?
- 27) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 948.
- 28) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 961.
- 29) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 960.
- 30) Art. 6.5.1.1 lid 2 luidt: Op overeenkomsten tussen meer dan twee partijen zijn de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet toepasselijk, voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet.
- 31) Art. 6.5.4.22 luidt als volgt: 1. Op overeenkomsten waaruit tussen meer dan twee partijen verbintenissen voortvloeien, vinden de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten met inachtneming van de volgende leden overeenkomstige toepassing, voorzover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet.  
2. De partij die een verbintenis op zich heeft genomen ter verkrijging van een daartegenover van een of meer der andere partijen bedongen prestatie, kan haar recht op ontbinding gronden op een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis jegens haarzelf.  
3. Schiet een partij met samenhangende recht en verplichtingen zelf tekort in de nakoming van haar verbintenis, dan kunnen in ieder geval de overige partijen gezamenlijk de overeenkomst ontbinden.
- 32) Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 427.
- 33) Zie Parl. Gesch., Boek 6, blz. 1047.
- 34) Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 428.
- 35) Wanneer echter uitgegaan wordt van de aanbodtheorie waarbij na aanvaarding een nieuwe overeenkomst tussen de derde en de promissor ontstaat, heeft de derde, wanneer het betreft een derdenbeding met daaraan verbonden een last, mijns inziens wel het ontbindingsrecht.
- 36) Vgl. Asser-Rutten II, blz. 304, Schoordijk (diss.) t.a.p. blz. 154 en de daar vermelde literatuur en HR 2 februari 1951, NJ 1951, 540 m.n. Ph.A.N.H.

- 37) De problemen die hierbij kunnen optreden zullen worden beheerst door artt. 3.2.2 en 3.2.3.
- 38) T.a.p. blz. 302/303.
- 39) T.a.p. nr. 431.
- 40) Men zou zich nog kunnen afvragen of het bij de relatie stipulator-derde misschien een rechtsverhouding betreft die beheerst wordt door de goede trouw. Vgl. mede voor voorbeelden hiervan Asser-Rutten II, blz. 269.
- 41) Uiteraard mits voldoende belang; vlg. art. 3.11.8.
- 42) Vgl. het door de diverse schrijvers aangegeven 'speciale karakter' van het derdenbeding, zie onder 3. Dit is m.i. mede afhankelijk van de onderlinge samenhang tussen de diverse verbintenissen.



ART. 3.4.2.5 LID 2 NBW EN DE RELATIVITEIT VAN VERHOUDINGEN

Mr F.J. de Vries

*Eigendom is een absoluut recht: iedere buitenstaander dient dit recht in principe te respecteren. Toch zijn er altijd juristen geweest die zich tegen dit absolutisme van de eigendom hebben verzet. Zij betoogden dat eigendom ook relatief kan zijn: aanwezig in relatie tot één, maar afwezig met betrekking tot een ander. Art. 3.4.2.5 lid 2 bevat een duidelijk voorbeeld van een dergelijke betrekkelijkheid van de eigendom. De geldigheid van de levering *constituto possessorio* wordt afhankelijk gesteld van de positie van waaruit men de levering bekijkt. Kijkt men door de ogen van de vervreemder of verkrijger, dan is zij geldig. Kijkt men als oudere gerechtigde, dan ziet men niets: in zijn ogen is de levering niet geschied. Dat betekent, dat gezien vanuit de positie van de verkrijger (of vervreemder) het bezit en eventueel de eigendom is overgegaan maar dat gezien vanuit de positie van de oudere gerechtigde het bezit en de eigendom zijn gebleven waar het was. Zij zien daarom beiden een andere eigenaar.*

*De relativiteit van de levering c.p. is een jong gestorven geesteskind van de jurisprudentie en literatuur over de fiduciaire eigendomsoverdracht. In het Sio-arrest aanvaard werd zij in het Pluvier-arrest en het Van Gend & Loos-arrest alweer verworpen: slechts de levering c.p. in het kader van een fiduciaire eigendomsoverdracht moet in haar gevolgen gerelativeerd worden.*

*Het nu volgende artikel gaat over de vraag of we ons moeten verheugen over de reïncarnatie van de gerelativeerde levering c.p. in het nieuwe BW. De fiducia keert in het nieuwe BW niet terug, zodat het misschien ongewenst is de overgebleven "gewone" levering c.p. te relativieren. En is het ook niet zo, dat de wetgever tegen een belangrijk gebod zondigt door de gerelativeerde eigendom in de wet toe te laten? Paul Scholten's leer van het reële bezit bereikt hetzelfde resultaat langs een simpelere weg.*

### 1. Artikel 3.4.2.5 lid 2 NBW

Evenals in het huidige recht is voor de eigendomsoverdracht van roerende zaken niet-registergoederen in het nieuwe BW behalve een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder levering vereist door middel van bezitsverschaffing (art. 3.4.2.5 lid 1 NBW). Deze bezitsverschaffing kan geschieden door feitelijke of symbolische overgave van de zaak of door de verklaringen, genoemd in art. 3.5.9 (constitutum possessorium, brevi en longa manu). In het tweede lid van art. 3.4.2.5 wordt de levering *constituto possessorio* als volgt gerelativeerd:

"Blijft de zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met de overdracht heeft ingestemd."

De levering c.p. werkt niet tegenover een oudere gerechtigde. Met de oudere gerechtigde wordt slechts bedoeld degene die een zakelijk recht op de zaak heeft, bijvoorbeeld de gedeposedeerde eigenaar (indien de dief bijvoorbeeld c.p. doorlevert), de bezitloze pandhouder en de vruchtgebruiker, die het beheer heeft overgelaten aan de hoofdgerechtigde.<sup>1)</sup> Omdat het *roerende* zaken betreft komen andere beperkte rechten niet in aanmerking. Deze relativering wordt niet toegepast als de oudere gerechtigde bij voorbaat of achteraf ingestemd heeft met de overdracht. Dit zal met name het geval zijn bij bezitloze verpanding van handelsvoorraden. De pandhouder, meestal een bank, zal er geen bezwaar tegen hebben, dat de pandgever zijn voorraad binnen de normale uitoefening van zijn bedrijf vervreemdt. De gepri-viligeerde schuldeiser wordt niet tot de oudere gerechtigde gerekend. Hij wordt - soms - op andere wijzen beschermd tegen vervreemding door zijn schuldenaar (zie § 2).

De relativering van de levering c.p. moeten we ons als volgt voorstellen. In beginsel is deze leveringsvorm net zo geldig als alle andere manieren om bezit te verschaffen, mits uiteraard de vervreemder niet houder maar bezitter is (vgl. de artt. 3.5.5 en 3.5.9 sub a). Als rijwielhandelaar R op een winterse dag een fiets verkoopt aan koper K en als R en K afspreken dat K de fiets zal komen ophalen als de fietspaden niet meer zo spiegelglad zijn en R tot zolang de fiets in bewaring houdt, dan wordt door deze levering c.p. K eigenaar, niet

slechts in relatie tot bepaalde personen, maar ten opzichte van iedereen.

Anders wordt het als R tot zekerheid van de aflossing van een door bank B verstrekte lening de fiets al vóór de levering aan K bezitloos had verpand aan B. In dat geval heeft B een ouder recht op de zaak. Indien we nu uitgaan van het ongewone geval, dat B overdrachten als die tussen R en K verboden heeft, dan werkt de levering ten opzichte van B pas als K de fiets bij R heeft opgehaald. In de ogen van B heeft de levering *constituto possessorio* geen enkel effect gehad en is daarom R nog steeds eigenaar gebleven, terwijl het bezitloze pandrecht op de fiets is blijven rusten.

Kruipen we nu in de huid van K dan zien we heel wat anders. Vanuit zijn positie bezien is de levering geldig en is hij eigenaar van de fiets geworden, want de vervreemder was - weliswaar beperkt - beschikkingsbevoegd. Indien hij het bezitloze pandrecht niet kende, niet behoefde te kennen of niet behoefde te twifelen aan de normale afwikkeling van de transactie B-R<sup>2)</sup>, dan vervalt bovendien nog in K's ogen B's bezitloze pandrecht op grond van art. 3.4.2.3a lid 2. Voor het - meer zeldzame - geval, dat K aan dit alles wél moest twifelen, blijft op grond van de regel van zaaksgevolg B's bezitloze pandrecht op K's fiets rusten. Door zijn ogen gezien, want in B's visie is ook in dit laatste geval de fiets van R gebleven.

Pas als K de fiets bij R heeft opgehaald wordt de levering in absolute zin geldig: ook ten opzichte van B is aan K het bezit verschafte. Toch behoeft de relativiteit ook dan nog niet opgeheven te worden. Dat gebeurt alleen als K op het moment van ophalen nog steeds te goeder trouw is: op grond van art. 3.4.2.3a lid 2, dat nu van toepassing wordt in de verhouding B-K, vervalt het - nog relatief geldige - bezitloze pandrecht. Maar als K inmiddels niet meer te goeder trouw is blijft de relativiteit van verhoudingen voortduren: ten opzichte van de buitenwereld was door de werking van art. 3.4.2.3a lid 2 het bezitloze pandrecht al vervallen. In de verhouding B-K vervalt het bezitloze pandrecht niet, omdat K niet meer te goeder trouw is (vgl. voor een verwante situatie art. 453a lid 2 NRv). Door het droit de suite blijft het pandrecht op de aan K geleverde fiets rusten, echter slechts gezien in de verhouding B-K.

Nu lijkt het net alsof art. 3.4.2.5 lid 2 twee eigenaren voor één fiets aanwijst. Maar deze vorm van gelijktijdige eigendom is beslist wat anders dan de mede-eigendom of gemeenschap, zoals die in titel

3.7 geregeld is. In het geval van gemeenschap oefenen twee of meer personen gezamenlijk de eigenaarsbevoegdheden uit. Maar hier hebben we te maken met een vorm van relatieve eigendom: in de verhouding B-R en B-K geldt R als eigenaar, in de verhouding R-K en "de rest van de wereld" geldt K als eigenaar. Als D de fiets bij R steelt, dan kan K de fiets bij D als eigenaar revindiceren (art. 5.1.4). Als K de fiets misschien al tegen diefstal zou hebben verzekerd, dan kan hij de eigendom door middel van een akte aan zijn verzekeraar overdragen (art. 3.4.2.7a). R zou noch als eigenaar kunnen revindiceren, noch de eigendom op de bovenomschreven manier kunnen overdragen, omdat hij in zijn verhouding tot D en de verzekeraar geldt als houder voor K. Indien R echter in gebreke blijft de schuld aan B af te lossen en indien B besluit tot executie tot afgifte van de fiets (art. 3.9.2.2 lid 3 j° art. 496 NRV) en openbare verkoop (art. 3.9.2.9), dan kan K hier niets tegen beginnen: in de verhouding B-K geldt R als eigenaar en B als bezitloos pandhouder van de fiets.

De manier, waarop hier de wetgever de belangen van de derde-verkrijger in evenwicht heeft proberen te brengen met de belangen van de oudere gerechtigde is onorthodox. In het nieuwe BW wordt meestal gekozen voor een zwart-wit benadering. Bijvoorbeeld: de derde-verkrijger te goeder trouw wordt beschermd, die te kwader trouw niet, de verkrijger te goeder trouw om baat wordt eigenaar in tegenstelling tot de verkrijger om niet (zie art. 3.4.2.3a). Als de derde te goeder trouw wordt beschermd wordt hij bij de levering eigenaar in absolute zin en verliest de gedeposeerde de eigendom, eveneens in absolute zin.

Het lijkt net, alsof de wetgever in het geval van de levering c.p. geen partij heeft willen kiezen. De oudere gerechtigde mag de levering c.p. negeren, maar de verkrijger mag zich tegenover de vreemder en anderen op de geldigheid ervan beroepen. Maar is het compromis niet té slim uitgevallen: "kijk maar, het is niet zoals het is?" De verkrijger is eigenaar, maar hij is het ook weer niet. Of is het compromis juridisch gezichtsbedrog en wordt er in werkelijkheid op een verholde manier voorrang verleend aan de belangen van de oudere gerechtigde? Lees maar, er staat niet, wat er staat.

## 2. Complicaties

Aanvankelijk luidde art. 3.4.2.5 lid 2 als volgt:

"Blijft echter een geleverde roerende zaak na levering in handen van de vervreemder, dan kan tegenover een derde, die een ouder recht op die zaak heeft, en tegenover een schuldeiser van de vervreemder geen beroep op de levering worden gedaan. Deze bepaling lijdt uitzondering, wanneer naar buiten van de levering blijkt, wanneer de vervreemder zijn bedrijf ervan maakt zaken van gelijke soort als de geleverde voor derden te houden, of wanneer aan de rechthebbende of de schuldeiser de levering is betekend of deze uit anderen hoofde daarvan kennis draagt. Een schuldeiser kan de bepaling evenmin invoeren, wanneer de verkrijger hem andere goederen van de vervreemder aanwijst, die voldoende zijn om daarop zijn vordering te verhalen."

In deze versie genieten de schuldeisers op dezelfde wijze bescherming als de derden met een ouder recht op de zaak. Volgens Meijers was dat noodzakelijk om de schuldeiser een wapen te geven tegen het kort vóór en kort na de oorlog veelvuldig voorkomende misbruik, dat de schuldenaar van de levering c.p. maakte om zijn goederen aan het verhaal van de schuldeiser te onttrekken.<sup>3)</sup> In het gewijzigde ontwerp wordt deze speciale bescherming van de schuldeiser weer geschrapt, omdat deze in die gevallen op grond van de actio Pauliana hetzelfde resultaat kan bereiken.<sup>4)</sup> Het artikellid is sindsdien niet meer gewijzigd.

Het is opvallend dat Meijers in 1954 een dergelijke regeling in het ontwerp heeft opgenomen. In 1951, een aantal jaren voor het verschijnen van het oorspronkelijk ontwerp schreef hij in een passage over het arrest Woldijk/Nijman, HR 9 februari 1939, NJ 1939, 685 (EMM): "Eigenaar van de vordering tegenover de een, niet-eigenaar tegenover een ander, het is altijd een gewrongen constructie, maar het minst wat men om deze te aanvaarden mag verlangen, is een wettelijke basis."<sup>5)</sup> Men zou verwachten dat wat Meijers in deze zaak vindt ten aanzien van vorderingen op naam ook zo moet gelden ten aanzien van roerende zaken. Toch heeft hij kennelijk geen uitweg gezien de relatieve eigendom in de boven beschreven gevallen te voorkomen. Misschien was hij nog in de ban van het een jaar daarvoor gewezen Sio-arrest, HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (JD); AA III, blz. 179 (JD). Daar werd immers óók gezegd, dat de levering constitutum possessorium "slechts kan worden erkend, indien en voorzover de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn". Met

name de woorden "en voorzover" zouden met zich meebrengen, dat de Hoge Raad hier een relatieve eigendom op het oog had.<sup>6)</sup>

Over het Sio-arrest is bijzonder veel geschreven. Daarentegen heeft art. 3.4.2.5 lid 2 weinig kritiek ontmoet.<sup>7)</sup> Dat is opvallend gezien de ongewone manier, waarop de belangen tegen elkaar afgewogen worden. Het is des te opvallender als men ziet hoe gecompliceerd de werking van het artikellid wordt in de uitleg van de beide compendia van het nieuwe BW: het Compendium Hartkamp en het Compendium Hijma/Olt-hof.<sup>8)</sup> Beide splitsen de gevolgen van de geslaagde levering terecht in twee elementen: verschaffing van het bezit en eigendomsoverdracht. In de compendia wordt betoogd, dat de relativering van de levering c.p. slechts tot één gevolg beperkt blijft. Door de levering c.p. wordt *het bezit* in absolute zin overgedragen. Ook de oudere gerechtigde moet de verkrijger als bezitter erkennen. Maar de eigendomsoverdracht, de overgang van het recht, wordt gerelativeerd: in de ogen van de oudere gerechtigde blijft dit recht bij de vervreemder (of bij hemzelf), terwijl het recht ten opzichte van andere rechtssubjecten wél is overgegaan. Deze redenering maakt m.i. de kwestie te ingewikkeld en is niet in overeenstemming met het idee van de relativiteit van verhoudingen. Als rijwielhandelaar R een fiets, waarop een bezitloos pandrecht ten behoeve van B rust, zonder toestemming van de laatste constituto possessorio levert aan K, dan is de situatie volgens deze opvatting in de ogen van B als volgt: R is eigenaar van de fiets en oefent bovendien de feitelijke macht uit. Maar R heeft niet het bezit, want dat berust bij K. B's pandrecht rust dus op een zaak, waarvan de pandgever eigenaar is en de feitelijke macht heeft, maar niet het bezit.<sup>9)</sup> Hoewel dit pandrecht zo met recht "bezitloos pandrecht" genoemd mag worden, moet deze onvoltooide interpretatie van de relativiteit van verhoudingen vermeden worden. Het is juistere beide consequenties van de relativiteit te aanvaarden. Ten opzichte van de oudere gerechtigde bestaat de levering rechtens niet en er is daarom vanuit zijn standpunt bezien noch sprake van bezitsoverdracht, noch van rechtsovergang. Zo zegt art. 3.4.2.5 lid 2 het: er staat dat *de levering* niet werkt tegenover de oudere gerechtigde en niet dat slechts de uit de levering voortvloeiende rechtsovergang niet tegenover de oudere gerechtigde werkt.

Op nog één andere plaats in het nieuwe BW wordt verwezen naar art. 3.4.2.5 lid 2. Lid 2 van art. 3.10.3.3 betreffende het voorrecht wegens kosten tot behoud van een zaak gemaakt, luidt:

"De schuldeiser kan de vordering op het goed verhalen, zonder dat hem rechten van derden op dit goed kunnen worden tegengeworpen, tenzij deze rechten na het maken van de kosten tot behoud zijn verkregen. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 3.9.2.2 gevestigd pandrecht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien de zaak of het toonderpapier in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht. Een na het maken van die kosten overeenkomstig artikel 3.4.2.5 verkregen recht kan slechts aan de schuldeiser worden tegengeworpen, indien tevens aan de eisen van lid 2 van dat artikel is voldaan."

Een schuldeiser die vóór de levering c.p. kosten tot behoud van de zaak heeft gemaakt, kan net als de oudere gerechtigde die levering c.p. negeren. In zijn ogen blijft de "vervreemder" eigenaar en blijft om die reden de zaak tot verhaal van zijn juist op die zaak bevoorrechte vordering strekken. Vanuit de positie van de verkrijger bezien is de eigendom wél overgegaan. Hij zal zich tegen inbreuken op het recht te weer kunnen stellen met de middelen die de wet hem als eigenaar geeft. Ook in dit geval wordt de relativiteit opgeheven, als de verkrijger de zaak in handen heeft gekregen. De schuldeiser verliest zijn (relatieve) bijzondere voorrecht.

De oudere gerechtigde en de schuldeiser die het voorrecht wegens behoud van de zaak heeft, kunnen een latere levering c.p. naast zich neerleggen. Wat wil dat nu zeggen voor de situatie dat de vervreemder failliet gaat na de levering c.p. van een zaak maar vóór het afhalen daarvan door de verkrijger. Laat ons terugkeren naar het voorbeeld van de rijwielhandelaar R, die een fiets constituto possessorio levert aan de koper K. De fiets is geleverd door fabrikant F, die vóór R's faillietverklaring de koopovereenkomst heeft vernietigd wegens bedrog van R. Omdat tegenover hem de levering c.p. niet werkt, is hij vanuit zijn standpunt bezien eigenaar gebleven en kan hij dus de fiets opeisen van de curator van R. Maar K kan de fiets ook opvorderen van de curator, want in de verhouding K-R geldt K als eigenaar en R als houder voor K. Wie het eerst komt die het eerst maalt, is dus de eenvoudige regel, met dien verstande dat als K bij de revindicatie de aanspraak van F kent of behoort te kennen, de levering weliswaar ook tegenover F geldt, maar K toch geen eigenaar wordt, omdat hij niet te goeder trouw is ten aanzien van de beschikingsbevoegdheid van R. Om die reden zal K zich niet kunnen beroepen op art. 3.4.2.3a lid 1<sup>10</sup>). Voor hem blijft dan niets anders over dan een concurrente vordering op R wegens diens wanprestatie.

Stellen we voor de fabrikant F de bezitloze pandhouder bank B in

de plaats, dan geldt ook in die situatie het recht van de snelste. Om zijn pandrecht niet te verliezen, zal B sneller de vordering tot afgifte van de fiets moeten inzetten dan K de revindicatie. Want ook hier moet de curator beide rechten erkennen. Indien K bij de "revindicatie" niet meer te goeder trouw is, zal op grond van de regel van zaaksgevolg het bezitloze pandrecht op de fiets blijven rusten. Als K wel te goeder trouw is, vervalt het pandrecht op grond van art. 3.4.2.3a lid 2.

Hetzelfde principe geldt tenslotte ook in het geval van het conflict tussen de bevoorrechte schuldeiser S die kosten tot behoud van de fiets heeft gemaakt, en de verkrijger K aan wie daarna c.p. geleverd is. Als S zijn bevoorrechte vordering ter verificatie aanmeldt, voordat K revindiceert, zal de curator de fiets alleen aan K mogen afgeven onder behoud van het voorrecht. Dat is onaangenaam voor K, want het was niet zijn bedoeling de fiets als verhaalsobject te gebruiken, maar om er het genot van te hebben. Nu loopt hij het - grote - risico, dat S beslag op de fiets legt. Om dat te voorkomen zal K de vordering aan S moeten voldoen.<sup>(11)</sup>

Als K daarentegen eerder revindiceert, verliest S zijn voorrecht, ongeacht goede of kwade trouw van K. Dat laatste lijkt onredelijk. Er is veel voor te zeggen, een soort droit de suite toe te kennen aan het voorrecht als de verkrijger van de zaak waarop het voorrecht rust te kwader trouw is ten aanzien van het bestaan van dat voorrecht.

### 3. Relativiteit van verhoudingen

Niet alleen filosofen en theologen zijn onder de indruk geraakt van de moderne ontwikkelingen op het gebied van de natuurkunde, ook juristen hebben soms ongewoon lyrisch de nieuwe ontwikkelingen bezongen. Met name de Amsterdamse hoogleraar Hijmans was overtuigd van de rijke vruchten die de quantumfysica voor de rechtswetenschap zouden afwerpen. De theorie van Max Planck zou de causaliteitsleer overbodig maken. Ook was Hijmans ervan overtuigd dat de onzekerheidsrelaties van Heisenberg en de relativiteitsleer van Einstein het einde zou betekenen voor het absolutisme van de dogma's.<sup>12)</sup> Vervanging van absolute opvattingen door relatieve had steeds zijn sympathie.<sup>13)</sup> Voor ons onderwerp is van belang, dat hij als een vorm van relativiteit van verhoudingen erkende, dat de eigendom tegenover de een kon bestaan, maar tegenover de ander niet.<sup>14)</sup> Aan de andere kant was deze opvattingen niet zó nieuw. Paul Scholten had in 1913 al verdedigd, dat bij de overdracht van onroerend goed de eigendom tussen partijen overgaat bij het verlijden van transportakte, maar dat



de eigendom voor derden pas overgaat na inschrijving van de akte in de registers. Hij kon wat dit betreft teruggrijpen op het Oud-Vaderlandse recht.<sup>15)</sup>

Maar de naam die wel altijd met de relativiteit van verhoudingen verbonden zal worden is die van Eggens. In al zijn geschriften bevestigde hij, dat wat tussen twee personen als een bepaalde rechtsbetrekking gold, ten opzichte van een derde een andere inhoud kon hebben. Met virtuositeit beschreef hij bijvoorbeeld de relatieve werking van de actio Pauliana; hoe ten opzichte van de schuldeiser de overeenkomst nietig, maar tussen de contracterende partijen nog steeds geldig is.<sup>16)</sup> Het had voor hem geen zin te praten in termen van "schijn" en "werkelijkheid". De werkelijkheid is betrekkelijk en in die betrekking niet schijn maar werkelijkheid.<sup>17)</sup> Het kwam er niet op aan tegenstrijdigheden te bestrijden, maar juist de verdoezeling daarvan.<sup>18)</sup> Hij kon daarom tot paradoxaal schijnende uitspraken komen, zoals "*de verkoper levert en levert niet te gelijk*".<sup>19)</sup> De "betrekkelijke eigenaar" duikt in zijn werk regelmatig op.

Aan het eind van de 19e eeuw wilde de Hoge Raad ten aanzien van de levering c.p. niets weten van relativering. In het arrest van 23 februari 1889, W 5684, besliste hij met betrekking tot de regel dat na de levering c.p. de eigendom is overgegaan en de vervreemder voor de verkrijger houdt:

"dat, voor zoover 's Hofs bedoeling mocht zijn, dat deze regel wel tusschen partijen, maar niet tegenover derden geldt, zij (...) onjuist zou zijn, omdat art. 596 BW eene dergelijke onderscheiding niet kent, en zij bovendien tot het resultaat zoude leiden dat na zoodanige overeenkomst de koper wel tegenover den verkoper maar niet tegenover derden eigenaar geworden was, hetgeen met het zakelijk tegenover allen gelijkelijk geldend karakter van dit recht zou strijden;"

In de zaak die tot deze procedure leidde had een schuldeiser van de vervreemder na de levering c.p. beslag gelegd op de overgedragen zaken. Uit het arrest van de Hoge Raad en dat van het Haagse Hof (18 juni 1888, W 5597) zoals die gepubliceerd zijn, blijkt niet of het een bevoorrechte schuldeiser was of niet. Maar dat was gezien de duidelijke bewoordingen van het arrest hoogstwaarschijnlijk niet van belang: de levering c.p. gold ten opzichte van iedereen in gelijke mate.

In het Sio-arrest<sup>20)</sup> werd op dit standpunt teruggekomen en de levering c.p. wél gerelativeerd. De Hoge Raad overwoog:

"dat (de levering c.p.) slechts kan worden erkend indien en voorzover de belangen van derden niet rechtstreeks betrokken zijn;"

Dit was in feite een overweging ten overvloede<sup>21)</sup>, want de Hoge Raad besliste tevens dat overeenkomstig de gedachte die aan art. 592 BW ten grondslag ligt een levering c.p. door een houder nietig (in absolute zin) is. Aangezien het in deze procedure een levering c.p. door een houder betrof, kwam men niet toe aan toepassing van de relatieve erkenning van de levering c.p.

Deze formulering is via Meijers<sup>22)</sup> en Losecaat Vermeer<sup>23)</sup> ontleend aan art. 717 van het Zwitserse Zivil Gesetzbuch, dat als volgt luidt:

1. Bleibt die Sache infolge eines besondern Rechtsverhältnisses beim Veräusserer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.
2. Der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen."

De eigendomsoverdracht werkt niet tegenover derden, indien daarmee hun benadeling of het ontduiken van de pandbepalingen bedoeld is en er bovendien constituto possessorio geleverd is. Algemeen aangenomen wordt, dat met de derden uitsluitend de schuldeisers van de vervreemder bedoeld zijn.<sup>24)</sup> Losecaat Vermeer en Meijers wilden ook in de eerste plaats de werking aan de levering c.p. onthouden tegenover de schuldeisers, zonder dat het Paulianeuze karakter van zo'n overdracht door middel van levering c.p. vast hoefde te staan.<sup>25)</sup> In het arrest Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank<sup>26)</sup> besliste de Hoge Raad echter, dat de levering c.p. wel geldig is ten aanzien van schuldeisers van de vervreemder.

Zoals bekend kwam de Hoge Raad uitdrukkelijk terug op de Sio-formule in het Pluvier-arrest.<sup>27)</sup> Het verbinden van een relativering aan de levering c.p. op zichzelf werd in zijn algemeenheid verworpen. Deze relativering ging te ver, omdat het in de praktijk alleen wenselijk was de werking van de levering c.p. bij een fiduciaire eigendomsoverdracht te beperken.<sup>28)</sup> In het Pluvier-arrest transponeerde de Hoge Raad de relativering naar de titel, maar ook die constructie werd in de literatuur slecht ontvangen.<sup>29)</sup> In het Van

Gend & Loos-arrest<sup>30)</sup> en het recente arrest van 21 juni 1985, RvdW 1985, 133 (LDM/Brock) verwoordde de Hoge Raad de relativering als volgt:

"Een eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid en zonder feitelijke overgave van de zaken, heeft niet volledig dezelfde rechtsgevolgen als een normale eigendomsoverdracht. Er kan aanleiding bestaan de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende zaken."

In het Pluvier-arrest mocht de verkoper, die op de geleverde zaken het speciale privilege van art. 1185 sub 3 had, de zekerheidsoverdracht ten aanzien van die zaken buiten beschouwing laten. In het Van Gend & Loos-arrest mocht de douane-expediteur op grond van zijn algemene privilege de zekerheidsoverdracht ten aanzien van de door hem ingeklaarde goederen negeren.

Fiduciaire eigendomsoverdracht zonder feitelijke overgave van de zaken, waaronder in ieder geval de levering c.p. valt<sup>31)</sup>, heeft niet alle rechtsgevolgen van een normale eigendomsoverdracht. Cahen<sup>32)</sup> kan zich hiermee verenigen:

"In de eerste plaats al, omdat de partijbedoeling een eigendoms-overgang voorstaat waarvan de toepassingsmogelijkheden beperkt worden tot één, te weten de uitoefening van verhaal. Behalve een in zijn toepassingsmogelijkheden beperkte, beogen partijen bovendien een in zijn gelding gerelativeerde eigendomsovergang, waardoor de rechtsgevolgen in nog sterkere mate komen af te wijken van de in art. 639 bedoelde rechtsgevolgen. Hetgeen partijen bewerkstellingen is een intern erkend verhaalseigendom van de fiduciaire crediteur, op zaken die extern gelden als eigendom van de fiduciaire debiteur. In de motivering van de Hoge Raad komt duidelijk naar voren dat ook al is deze bedoeling van partijen ook in het positieve recht aanvaard, de rechtsgevolgen van deze relativiteit van verhoudingen geen zaak zijn van partij-autonomie, maar moeten worden vastgelegd onder voortdurende afweging van de belangen van derden. Voorzover hun belangen moeten worden beschermd, ontlenen deze derden dus rechten aan de door partijen bewerkstelligde relativiteit van verhoudingen."

Partijen beogen bij een normale eigendomsoverdracht met levering c.p. niet een dergelijke gerelativeerde eigendomsovergang. Bovendien zal de verkrijger niet de eigendom aanwenden om er verhaal voor een vordering op te zoeken, maar om het genot van de zaak te hebben. Naar huidig recht wordt sinds het Pluvier-arrest de gewone levering c.p. niet meer gerelativeerd. Zo zullen het verkopersprivilege of het voorrecht van de douane-expediteur vervallen als rijwielhandelaar R

de fiets *constituto possessorio* levert aan de koper K. Ook de leverancier die na aflevering van de fiets de koopovereenkomst met R wegens diens wanprestatie ontbindt, is de eigendom van de fiets in dat geval kwijt, mits K te goeder trouw is. Voor het academische geval, dat er op de fiets een recht van vruchtgebruik rustte, terwijl de fiets in handen van R bleef, zal ook dat recht teniet gaan, mits wederom K te goeder trouw is.

Dit alles betekent, dat art. 3.4.2.5 lid 2 afwijkt van het huidige recht, ja zelfs een regel bevat die door de Hoge Raad in het Pluvier-arrest expliciet is afgewezen.

#### 4. lus tertii

Art. 3.4.2.5 lid 2 introduceert een bepaalde vorm van relatieve eigendom in het nieuwe BW. Zojuist beschreef ik in het kort hoe deze relativiteit van verhoudingen tot ontwikkeling is gekomen. In de loop van het betoog hebben we verschillende belangen, of rechten, met elkaar laten botsen. Het antwoord op de vraag welk belang bij zo'n botsing het sterkste was, hing af van de positie van waaruit we de confrontatie gadesloegen. Het hing af van de betrekking, de relatie, waarin dit belangenconflict plaats vond.

Hoe verschillend de uitkomsten iedere keer ook waren, als de rechten van de oudere gerechtigde en die van de verkrijger met elkaar botsten, dan prevaleerden, gezien in hun betrekking, de rechten van de oudere gerechtigde. Dat is ook logisch, want in hun verhouding gold de levering aan de verkrijger niet en deze had om die reden noch het bezit noch het recht verkregen. Aan de andere kant stond de verkrijger weer sterk tegenover ieder ander dan de oudere gerechtigde. En als deze laatste stil zou zitten, stond hij er zelfs het sterkst voor. Men zou kunnen zeggen dat de verkrijger een eigendomsrecht heeft verkregen onder de ontbindende voorwaarde, dat de andere gerechtigde zijn recht inroept.<sup>33)</sup>

Er ontstaat zo een hiërarchie van rechten. Dit is in ons zakenrecht op zichzelf helemaal niet vreemd, maar met deze hiërarchie is wat ongewoons aan de hand. De eigendom van de verkrijger, in normale gevallen het meest omvattende recht op een zaak, is eigenlijk niet meer dan een façade naar de buitenwereld toe. De oudere gerechtigde, die voor de buitenwereld onzichtbaar is, niet gekwalificeerd is, heeft het sterkste recht.

De wetgever heeft de rechten van de oudere gerechtigde willen laten prevaleren boven die van de verkrijger aan wie c.p. geleverd is. Maar waarom wordt aan die verkrijger dan nog een gerelativeerde eigendom toegekend? Is het niet duidelijker te zeggen, dat ondanks de levering c.p. de eigendom in absolute zin blijft bij de oudere gerechtigde/eigenaar of dat het beperkte recht of voorrecht de zaak "volgt"?

Het wel toekennen van een bepaalde vorm van eigendom is in zekere zin natuurlijk een erkenning van wat er zich in de werkelijkheid afspeelt: de verkrijger aan wie c.p. geleverd is, zeker als hij te goeder trouw is ten aanzien van het oudere recht, zal zichzelf als (onbezwaarde) eigenaar beschouwen, net zoals de personen rondom hem. Zijn positie lijkt bijvoorbeeld op die van derde/bezitter te goeder trouw aan wie een gestolen zaak is geleverd, gedurende de periode dat de gedeposeerde nog kan revindiceren<sup>34)</sup>, of op de bezitter aan wie krachtens nietige titel is geleverd. Zij zullen zich meestal als eigenaar beschouwen en ook als eigenaar optreden tegen inbreuken door derden op hun recht.<sup>35)</sup> Er is wel verdedigd ook aan hun in het algemeen een relatieve eigendom toe te kennen, omdat zij weliswaar niet het beste recht hebben maar toch een beter recht dan een willekeurige inbreukmaker.<sup>36)</sup> Volgens die opvatting zouden de bovengenoemde personen zich tegen storingen als eigenaar kunnen verweren. In het geval van levering krachtens nietige titel neemt men vaak aan, dat de Hoge Raad in het arrest Damhof/Staat (HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 DJV) deze mening niet deelt. Damhof had tijdens de 2e wereldoorlog van een Duits vennootschap roerende goederen gekocht en geleverd gekregen. Na de bevrijding legde de Staat beslag op de goederen, achteraf stellende dat de titel van eigendomsverrijging van Damhof nietig was op grond van art. 10 lid 1 van het Londense besluit A6. (Ik laat de principiële beslissing over art. 2014 van de Hoge Raad in dat arrest hier buiten beschouwing). De Hoge Raad ging uit van de nietigheid van de titel, ontzegde Damhof daarom een beroep op art. 2014 en rechtvaardigde zo het door de Staat gelegde beslag. Damhof was immers geen eigenaar. Het bijzondere van dit geval was, dat de Staat niet zo maar een willekeurige inbreukmaker was, maar stelde dat op grond van besluit E133 de eigendom van de goederen van de Duitse vennootschap op hem was overgegaan. De Hoge Raad (17 april 1891 W6027) had wel al eens eerder beslist,

dat een inbreukmaker ter afwering van een vordering van degene die pretendeert dat er een inbreuk op zijn recht ten aanzien van roerende zaken gepleegd is, zich kan beroepen op het (nog) betere recht van een derde. Zo zou dus een inbreukmaker de "revindicatie" van de bezitter kunnen frustreren door te wijzen op het recht van de echte eigenaar.

In Engeland noemt men dit verschijnsel het verweer van het *ius tertii*.<sup>37)</sup> In beginsel gaat in Engeland dat verweer niet op, tenzij men deze *tertius* in het geding betreft. Degene die in zijn recht gestoord is, heeft nog altijd een 'better title' dan de inbreukmaker, dus deze laatste moet, vaak letterlijk, het veld ruimen.

Hoewel wij in Nederland de term niet kennen, zou men kunnen zeggen dat gezien de bovengenoemde twee arresten het verweer van het *ius tertii* wel opgaat bij roerende zaken. Dat komt mede, omdat het huidige BW geen bezitsacties voor roerende zaken kent: de bezitter kan niet *als bezitter* tegen storingen optreden (art. 611 BW). Er zijn nu twee manieren om de bezitter een wapen tegen dergelijke inbreuken te geven. Veegens noemt er één:

"Is de inbreukmaker echter toevallig op de hoogte van het gebrek van het bezit van zijn wederpartij en maakt hij daarvan een middel, dan zou ik aan den bezitter - en zelfs aan den bloten houder - een persoonlijke vordering tot herstel in den vorigen toestand uit art. 1401 BW willen toekennen. De bezitter heeft in ieder geval relatief meer recht dan de inbreukmaker, zolang de eigenaar zich niet aandient."(38)

De vraag is of deze opvatting gezien het arrest uit 1891 en het arrest Damhof/Staat voor alle gevallen geldend recht weergeeft.

De andere manier is de relativering van de eigendom: als de bezitter in zijn betrekking tot de inbreukmaker beschouwd moet worden als eigenaar, dan kan hij zich tegen diens storingen verweren met alle rechtsmiddelen, die een eigenaar toekomen. Door middel van het toekennen van relatieve eigendom aan iemand met een "goed recht" ten aanzien van een zaak, maar niet het "beste recht", ontnemt men een inbreukmaker de mogelijkheid zich te beroepen op dit beste recht van een derde.

In het nieuwe BW is er weinig noodzaak de bezitter/niet-eigenaar van een roerende zaak relatieve eigendom toe te kennen als wapen tegen inbreuken van buitenaf. Naar NBW kan ook de bezitter van roerende zaken zich als bezitter verweren tegen storingen, zie art. 3.5.17. De

inbreukmaker kan zich niet beroepen op het recht van de eigenaar: de bezitsactie wordt alleen afgewezen als *de gedaagde* een beter recht heeft (art. 3.5.17 lid 2). Relatieve eigendom is dus voor de bezitter van een roerende zaak eigenlijk overbodig. Aan de andere kant is relatief bezit ook een nodeloos inperken van de positie van de bezitter: de rechten van de oudere gerechtigde worden ook gewaarborgd bij een bezit in absolute zin van de verkrijger.<sup>39)</sup>

#### 5. Geen toepassing van art. 3.4.2.3a bij de levering constituto possessorio

In het nieuwe BW is er geen bezwaar tegen, de levering c.p. in die zin absoluut als geldig te beschouwen, dat de verkrijger aan wie c.p. geleverd is ten opzichte van iedereen, inclusief de oudere gerechtigde, van de vervreemder het bezit overgedragen krijgt. De bezitsverschaffing door middel van de levering c.p. behoeft wat dat gevolg betreft niet gerelativeerd te worden. Wel moet voorkomen worden, eveneens in absolute zin, dat het recht op de verkrijger overgaat.

Het is niet zozeer de levering c.p. die schadelijk is voor het recht van de oudere gerechtigde, als wel de werking van art. 3.4.2.3a. Als gevolg van het bepaalde in lid 1 van dat artikel verliest de gedeposedeerde zijn eigendomsrecht op een roerende zaak als de derde-verkrijger te goeder trouw is en overigens aan de vereisten van dat artikel voldaan is. In lid 2 staat, dat een beperkt recht op een roerende zaak vervalt als die zaak aan een derde te goeder trouw overgedragen wordt.

In § 1 zagen we het belang van de werking van art. 3.4.2.3a. Door de levering c.p. verliest de oudere gerechtigde ten opzichte van de buitenwereld zijn recht, indien de verkrijger te goeder trouw is. Pas als de zaak in handen van de verkrijger raakt, verliest de oudere gerechtigde zijn recht gezien in zijn betrekking tot de verkrijger, mits de verkrijger op dat moment nog steeds te goeder trouw is.<sup>40)</sup>

Als men aan de levering constituto possessorio niet het rechtsverlies bij de oudere gerechtigde wil verbinden, ook niet in het geval van goede trouw van de verkrijger, dan moet in art. 3.4.2.3a bepaald worden, dat de verkrijger aan wie "slechts" c.p. geleverd is geen beroep kan doen op art. 3.4.2.3a. Maar dat is niets anders dan aanvaarden van de oude leer van P. Scholten<sup>41)</sup> van het reële bezit. Zijn leer houdt (onder andere) in, dat degene aan wie c.p. geleverd

is geen beroep op art. 2014 kan doen. Pitlo<sup>42)</sup> heeft al gezegd, dat de eis van het reële bezit en de regel van art. 3.4.2.5 lid 2 op hetzelfde neerkomen.

Naar huidig recht is de leer van het reële bezit niet aanvaard (zie § 6). In het nieuwe BW is zij evenmin aanvaard, maar de relativiteit van de levering c.p. benadert haar zeer dicht. De bezwaren van deze wettelijk vastgelegde relativiteit van verhoudingen heb ik in het voorgaande proberen aan te tonen. Ik zou er daarom voor willen pleiten art. 3.4.2.5 lid 2 te schrappen en de leer van P. Scholten te aanvaarden door de leden 1 en 2 van art. 3.4.2.3a enigszins te wijzigen. De toevoeging "tenzij het goed in handen van de vreemder is gebleven" is al voldoende.

De wetgever is zelf onlangs deze weg al ingeslagen bij de regeling van het reclamerecht. Art. 7.1.8.4 geeft een oplossing voor het conflict tussen de verkoper en tweede koper aan wie de eerste koper heeft doorverkocht. Is de tweede koper te goeder trouw en heeft hij om baat verkregen, dan wordt hij beschermd tegen het reclamerecht. Art. 7.1.8.4 lid 1 luidde aanvankelijk:

"De bevoegdheid tot terugvordering (door de verkoper, FJV) vervalt, wanneer de zaak overeenkomstig artikel 3.4.2.5 lid 1 anders dan om niet is overgedragen aan een derde die redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat het recht zou worden uitgeoefend; artikel 3.4.2.5 lid 2 is van overeenkomstige toepassing."

Bij nota van wijziging<sup>43)</sup> is het artikellid als volgt gewijzigd:

"Tenzij de zaak in handen van de koper is gebleven, vervalt de bevoegdheid tot terugvordering wanneer de zaak overeenkomstig artikel 3.4.2.5 lid 1 of artikel 3.4.2.5a anders dan om niet is overgedragen aan een derde die redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat het recht zou worden uitgeoefend."

In de daarbij behorende memorie van antwoord<sup>44)</sup> is geen spoor te vinden van de reden van deze andere benaderingswijze.

Tenslotte is er ook voor de echte liefhebber van de relativiteit van verhoudingen een troost, als art. 3.4.2.5 lid 2 geschrapt wordt: ook in de materiële functie van art. 2014 zag Eggens een toepassing van de relativiteit van verhoudingen.<sup>45)</sup>

## 6. De relativering van de gewone levering constituto possessorio

Ondertussen is de meest fundamentele vraag nog niet gesteld: behoren de rechten van de oudere gerechtigde te prevaleren boven die



van de verkrijger te goeder trouw aan wie c.p. geleverd is? Een groot aantal schrijvers, waaronder Beekhuis in Asser-Beekhuis I,<sup>46)</sup> betoogt, dat in het geldend recht alleen de fiduciaire levering c.p. gerelativeerd moet worden en de gewone levering c.p. niet. Alleen Pitlo en uiteraard P. Scholten en misschien ook Kleijn<sup>47)</sup> zijn er voorstander van de normale levering c.p. eveneens in haar gevolgen te relativeren. Pitlo beroept zich daarvoor op anticiperende werking van art. 3.4.2.5 lid 2.

Als men de mening van Asser-Beekhuis c.s. ook voor het nieuwe recht wil aanvaarden, is dat doel zeer eenvoudig te bereiken: door schrapping van art. 3.4.2.5 lid 2 worden de beperkingen aan de werking van de levering c.p. opgeheven. Zo zou het NBW in overeenstemming komen met de meerderheidsopvatting betreffende deze controverse in het huidige recht.

Naar mijn mening moet de strekking van art. 3.4.2.5 lid 2 in het NBW gehandhaafd blijven, maar moet die strekking verwoord worden op de manier zoals P. Scholten het formuleerde. Als de zaak in handen van de vervreemder blijft, heeft de verkrijger geen beroep op art. 3.4.2.3a. Uiteraard is het constitutum possessorium een volledig erkende leveringsvorm, maar het besloten karakter van deze leveringsvorm bevordert dat de duivel van het misbruik wel zeer alert op de loer ligt. Daarom is het terecht de levering c.p. met de nodige reserves te behandelen en bij het conflict tussen oudere gerechtigde en verkrijger aan wie c.p. geleverd is, te kiezen voor de rechten van de oudere gerechtigde. Intussen is het praktische belang niet meer zo groot. Door de uitbanning van de fiduciaire eigendomsoverdracht in het nieuwe BW zal het aantal leveringen c.p. die ook onder het nieuwe recht plaatsvinden, zullen in de regel snel gevolgd worden door feitelijke overgaven (bijv. de auto die rijklaar gemaakt moet worden).

## 7. Besluit

In de 17e eeuw hadden de Venetiaanse en Romeinse clavecimbelcomponisten een middel verzonnen de in de loop van een suite afgedwaalde aandacht van de luisteraar er weer bij te halen: de schok die de zogenaamde "durezza", harde, lelijke akkoorden die niet in de toonaard van de suite pasten, teweegbrachten voerden de luisteraar vanzelf weer terug naar de muziek.

Art. 3.4.2.5 lid 2 is een juridische durezza. Het valt uit de toon in het wetboek. Een wettelijke basis voor gerelativeerde eigendom is niet wenselijk. De sleutel, die het geeft om botsende rechten te rangschikken, heeft bijna altijd, ook in eenvoudige gevallen, een gecompliceerde redenering tot gevolg. Is voor het huidige recht een gerelativeerde eigendom misschien onontkoombaar vanwege de gesplijste bevoegdheden tussen fiduciaire en economische eigenaar, in het nieuwe BW is de noodzaak niet evident. De fiduciaire eigendom is vervangen door het bezitloze pandrecht, een beperkt recht, dat beter andere gelijktijdige rechten verdraagt. Erkenning van de leer van P. Scholten door schrapping van art. 3.4.2.5 lid 2 en een eenvoudige aanvulling van art. 3.4.2.3a lid 1 en 2 leiden via een meer eenvoudige redenering tot hetzelfde doel.

Maar misschien verdiept zo'n lastig artikellid juist weer ons inzicht in de moeilijke problematiek van de eigendomsoverdracht. De muziek van Frescobaldi is toch ook prachtig en lokte indertijd soms meer dan 30.000 toehoorders naar zijn concerten in de Romeinse Sint Pieter.

#### Noten

- 1) Van Zeben/Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis* Boek 3, Deventer 1981, blz. 385.
- 2) HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 m.nt. WMK (Hoogovens/Matex).
- 3) *Parlementaire Geschiedenis* Boek 3, blz. 382, 708; Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 1936, *Correspondentieblad* 1936, blz. 277-280.
- 4) *Parlementaire Geschiedenis* Boek 3, blz. 385.
- 5) Meijers, Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed, WPNR 4187 (1951), blz. 177-178.
- 6) Schultsz (*Eigendomsverkrijging bij koop van roerende goederen in het Westeuropees internationaal privaatrecht*, diss. UvA, 's-Gravenhage 1955, blz. 111-112) was een van de eersten die daarop wees en er kritiek op uitoefende.
- 7) Mijnsen/Schut, *Bezit, levering en overdracht*, Zwolle 1984, blz. 107-108, 143; Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht*, Zwolle 1983, blz. 95 en *Problemen van zakenrechtelijke aard rondom een stereo-geluidsinstallatie*, oratie Groningen, Arnhem 1974, blz. 23-24; Wedeven, *Het probleem van de levering door verklaring van houderschap in verband met rechten van derden*, beschouwd

vanuit het leerstuk der nietigheden, RMTh 1976, blz. 211 e.v.; Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht, Zwolle 1985, blz. 105 e.v.

- 8) Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, Deventer 1984, nr. 98; Hijma/Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht NBW, Deventer 1984, nr. 127.
- 9) In het huidige recht is steun voor deze opvatting te vinden bij Meijers, Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken, WPNR 1998 (1908), blz. 107; Bregstein, geciteerd in AA '54-'55, blz. 56 en Asser-Beekhuis 3 I, Zakenrecht, algemeen deel, Zwolle 1985, nr. 352; de verwijzing aldaar naar J. Drion (noot onder HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189, AA III, blz. 179, Sio) moet op een vergissing berusten.
- 10) Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 386.
- 11) Over de botsing tussen voorrechten en fiduciaire eigendom, speciaal bij faillissement van de fiduciaire debiteur is veel geschreven naar aanleiding van het Pluvier-arrest (HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 PhANH, AA 1970, blz. 211 G) en het Van Gend & Loos-arrest (HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 WMK, AA 1975, blz. 619 G). Zie de literatuur bij Korthals Altes, (Semi)separisten op de tocht? WPNR 5420 (1978), blz. 77 en Rb. Rotterdam, 18 december 1981, NJ 1983, 118.
- 12) Hijmans, Handwerk, kunst en wetenschap, Themis 1937, blz. 487-489.
- 13) Hijmans, Boekbespreking Schröder, WPNR 3047 (1928), blz. 357.
- 14) Hijmans, De tweesprong der rechtswetenschap, diesrede Amsterdam, 1933, blz. 15.
- 15) Asser-Scholten, Zakenrecht, 5e druk, Zwolle 1913, blz. 123.
- 16) In: Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1947, blz. 18 e.v.; zie de behandeling van art. 1107 in Klaassen-Eggens, Huwelijksgoederen- en erfrecht, 6e druk, Arnhem 1938, blz. 459 e.v.
- 17) Samenval van momenten in rechtshandelingen, VPO 1, Haarlem 1958, blz. 177.
- 18) Een oude vraag naar aanleiding van een nieuwe, VPO 1, a.w. blz. 207.
- 19) Idem, blz. 197.
- 20) HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (JD), AA III ('53-'54) blz. 179 (JD).
- 21) Zie J. Drion in zijn annotaties.
- 22) Preadvies (zie noot 3) blz. 279-283.

- 23) Preadvies NJV 1928, blz. 21.
- 24) Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I, Zürich 1974, blz. 197, Zürcher Kommentar (Haab/Scherer/Simonius) art. 717 N 619, (Oftinger/Bär) art. 884 N 292; Berner Kommentar (Meier-Hayoz) blz. 24.
- 25) Vgl. ook art. 3.4.2.5 lid 2 oorspronkelijk ontwerp.
- 26) HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579 LEHR.
- 27) HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 PhANH, AA 1970, blz. 211 G.
- 28) Asser-Beekhuis 3 I, nr. 353; H. Drion, De betekenis van het bezit voor ons huidige recht, WPNR 4942 (1967), blz. 122, Geschriften, Deventer 1982, blz. 207.
- 29) Onder andere de beide annotatoren.
- 30) HR 7 maart 1975, NJ 1976 WMK, AA 1975, blz. 619 G.
- 31) Zie voor mogelijke andere leveringsvormen met name Brahn, Fiduciare Eigendomsoverdracht etc., blz. 49-50 n.a.v. HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 WMK, AA 1978, blz. 512 PvS (FNCB/Easco).
- 32) Vorm, vorm en titel, of titel? WPNR 5100 (1970), blz. 466.
- 33) Berner Kommentar t.a.p.
- 34) Met inachtneming van de nieuwe leden 3 en 4 van art. 3.4.2.3a.
- 35) Vgl. Veegens onder HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat).
- 36) P.-G. Berger in zijn conclusie voor het arrest Damhof/Staat; De Haan, Eigendomsovergang van roerende zaken, diss. UvA, 's-Gravenhage 1946, blz. 108; J.C. van Oven, Eigendom van roerende zaken, NJB 1951, blz. 232-233.
- 37) Dias/Markesinis, Tort Law, Oxford 1984, blz. 113; Lawson/Rudden, The law of property, Oxford 1982, blz. 49-50.
- 38) In zijn noot onder Damhof/Staal.
- 39) Zo lijkt het alsof ik weer kom tot de in § 2 bestreden opvatting van de compendia, met dit verschil dat de levering c.p. in het geheel geen rechtsovergang met zich meebrengt.
- 40) Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 386.
- 41) Asser-Scholten, Zakenrecht, 8e druk, Zwolle 1945, blz. 100.
- 42) Pitlo/Brahn, Zakenrecht, Arnhem 1980, blz. 212.
- 43) Wetsontwerp 16.979 nr. 9.
- 44) Idem nr. 8, blz. 30.
- 45) Boekbespreking Polak, WPNR 3036 (1928), blz. 152.

- 46) Asser-Beekhuis 3 I, nr 530 e.v.; Brahn, stereo-geluidsinstallatie, blz. 22; Cahen a.w. blz. 467; Van der Grinten onder het Pluvier-arrest.
- 47) Onder het Van Gend & Loos-arrest.

## DE BEWIJSOVEREENKOMST IN HET KOMEND RECHT

Mr A.G. Castermans

*Het is stil rond de bewijsovereenkomst. De studie van Scheltema, gepubliceerd in 1935, geldt nog steeds als pièce de résistance. Toch, op drie fronten duikt de bewijsovereenkomst op: in het ontwerp bewijsrecht (artikel 180 nieuw Rv), in de regeling van de algemene voorwaarden (artikel 6.5.2A.3 sub k Nieuw BW) en in die van de vaststellingsovereenkomst (artikel 7.15.1 lid 3 Nieuw BW). Hoe ver gaat het de bewijsovereenkomst in het komend recht?*

### 1. Inleiding

Het sluiten van een overeenkomst brengt talloze risico's met zich mee. Het ontstaan van een conflict is er een van, de wijze waarop de rechter het conflict oplost een ander. Zo heeft de rechter in bewijskwesties een grote vrijheid. Op wie legt hij de bewijslast? Welke kracht kent hij toe aan een bepaald bewijsmiddel? Partijen kunnen met het oog op een proces, vooraf of tijdens het proces, een bewijsovereenkomst sluiten: afspraken omtrent bewijslast en bewijsmiddelen. Zij beperken hiermee langs procesrechtelijke weg het risico dat de vrijheid van de rechter in bewijskwesties met zich meebrengt. Twee bekende voorbeelden: in huwelijkse voorwaarden kunnen echtgenoten vastleggen op wie van de twee bij het einde van het huwelijk de bewijslast rust van de eigendom van bepaalde goederen; tussen bank en cliënt geldt de regel dat de boekhouding van de bank tot volledig bewijs strekt, zolang de cliënt de onjuistheid daarvan niet aantoon<sup>1)</sup>.

De rechter is aan de bewijsovereenkomst gebonden op grond van het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter: het zijn partijen die opzet en omvang van het geding bepalen. Zij moeten de omvang van een te voeren geding zoveel mogelijk in eigen hand kunnen houden, de risico's hieromtrent kunnen beperken. De wetgever stelt in het komend recht wel enkele grenzen aan de geldigheid van de bewijsovereenkomst. Deze zijn neergelegd in het ontwerp bewijsrecht, artikel 180 NRv. Daar komen nog bij de artikelen 6.5.2A.2a en 3

sub k NBW waar het gaat om een bewijsovereenkomst in algemene voorwaarden. Artikel 7.15.1 lid 3 NBW tenslotte haalt de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit uit het bewijsrecht en stelt haar gelijk aan de vaststellingsovereenkomst. In deze volgorde, de volgorde van verwachte invoering, wil ik enkele aspecten van de nieuwe wetgeving inzake de bewijsovereenkomst bespreken. De wetgever gaat van deze chronologie uit en verwijst problemen in verband met de onderling verhouding van de hierboven genoemde artikelen naar de invoeringswet van de later in te voeren wetgeving.<sup>2)</sup>

Vooraf zou ik enige aandacht aan de vaststellingsovereenkomst willen schenken. De regeling van de bewijsovereenkomst levert namelijk juist daar problemen op, waar zij raakpunten heeft met de vaststellingsovereenkomst.

## 2. De vaststellingsovereenkomst

De bewijsovereenkomst beperkt het risico als gevolg van de vrijheid van de rechter in bewijskwesities. Partijen regelen zelf op wie de bewijslast rust, welke bewijsmiddelen geoorloofd zijn, welke kracht een bepaald bewijsmiddel heeft, dat tegenbewijs slechts vóór een bepaald tijdstip is toegestaan of dat tegenbewijs van meet af aan is uitgesloten. Men zou kunnen zeggen dat partijen hiermee een procesrechtelijke weg kiezen om het risico te verkleinen.

Met de vaststellingsovereenkomst kiezen partijen voor de materieelrechtelijke weg; vergelijk artikel 7.15.1 lid 1 NBW:

Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

Zij stappen als het ware over de bewijskwesities heen en dragen direct de oplossing van de onzekerheid of het geschil aan. Zij regelen hoe hun rechtsverhouding is. Nogmaals twee bekende voorbeelden: in de huwelijkse voorwaarden staat dan niet op wie van beide echtgenoten de bewijslast rust ("de inboedel wordt geacht van de vrouw te zijn, tenzij de man het tegendeel bewijst"), maar van wie van beide de inboedel is ("de inboedel is van de vrouw")<sup>3)</sup>; wanneer de cliënt door een verklaring overgaat tot erkenning van het door de bank opgegeven saldo, komt een vaststellingsovereenkomst tot stand. Waar de

vaststellingsovereenkomst in het vervolg ter sprake komt, ga ik uit van de regeling van de vaststellingsovereenkomst in titel 7.15 NBW.

### 3. Het ontwerp bewijsrecht

De wetgever erkent de bewijsovereenkomst:

"Het komt dikwijls voor, dat partijen met het oog op een mogelijk proces in afwijking van het wettelijk bewijsrecht afspraken maken omtrent haar bewijspositie, in hier voege b.v. dat bepaalde bewijsmiddelen worden uitgesloten of dwingende bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel wordt verleend, al dan niet met beperking of uitsluiting van tegenbewijs. Zodanige overeenkomsten binden (aldus Scheltema, WPNR 3427-3431) de rechter, indien ze te goeder trouw worden uitgevoerd en niet in strijd zijn met voorschriften van dwingend recht. ... De ondergetekende oordeelt desgelijks, en artikel 180 gaat dan ook van deze mogelijkheid uit."(4)

Artikel 180 NRv werpt twee beperkingen op.<sup>5)</sup> Het artikel luidt:

(1) Overeenkomsten waarbij van het wettelijk bewijsrecht wordt afgeweken blijven buiten toepassing wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan. (2) Hetzelfde geldt wanneer het in strijd zou zijn met de goede trouw zich op de overeenkomst te beroepen.

Het artikel bepaalt ten eerste dat geen rechtskracht wordt toegekend aan bewijsafspraken die liggen op een gebied waar geen contractsvrijheid bestaat. Zo leent het personen- en familierecht zich zelden voor bewijsovereenkomsten.

Ten tweede staat artikel 180 de rechter toe de bewijsovereenkomst terzijde te schuiven - aldus de toelichting -

"als degene tegen wie een beroep op de bewijsovereenkomst wordt gedaan in rechte aannemelijk maakt dat het beroep daarop in de gegeven omstandigheden tot bepaald onredelijke gevolgen leidt, welke niet stroken met de ook bij de uitvoering van een bewijsovereenkomst in acht te nemen goede trouw."(7)

Hiermee is in artikel 180 de regel vastgelegd die onder het huidige recht wordt aangenomen op grond van artikel 1374 lid 3 BW.<sup>8)</sup> Wanneer leidt een beroep op de bewijsovereenkomst tot bepaald onredelijke gevolgen? De wetgever lijkt aan te knopen bij de criteria die sinds het arrest Saladin/HBU zijn ontwikkeld:

"Zulks zal afhangen van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het concrete aan de rechter ter beslissing voorgelegde geval."(9)



De rechter zal de overeenkomst die tegenbewijs uitsluit eerder buiten toepassing laten dan die, waarbij tegenbewijs is toegestaan. De in het verband van exoneratieclausules bekende factoren spelen ook hier een rol: de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.<sup>10)</sup>

#### 4. De invoering van Boek 6 NBW

##### *4.1 De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid*

Na de invoering van Boek 6 NBW lijkt mij artikel 180 NRv tweede zin niet meer dan een herhaling van artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW, dat luidt:

Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De schakelbepaling 6.5.1.6 NBW verklaart afdeling 6.5.3 van overeenkomstige toepassing op de bewijsovereenkomst.<sup>11)</sup> Artikel 180 NRv is wat dit betreft dus eigenlijk overbodig. Dit betekent niet dat het artikel zou moeten worden geschrapt. Op zich maakt het systematisch gebruik van schakelbepalingen in het NBW hantering van het NBW zèlf niet altijd gemakkelijk. Hier wordt een artikel uit het NBW van toepassing verklaard op de bewijsovereenkomst, die vanwege zijn procesrechtelijke aard is geregeld in het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij een dergelijke schakeling buiten het NBW lijkt herhaling van de regel - zoals 180 NRv de regel van 6.5.3.1 lid 2 NBW herhaalt - gewenst.

Wel zou de tekst van het artikel in overeenstemming met de redactie van artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW moeten worden gebracht.<sup>12)</sup> De huidige tekst van artikel 180 NRv spreekt van een beroep op het beding in strijd met de goede trouw. De tekst lijkt geënt op artikel 1374 lid 3 BW: hij legt de nadruk op de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw. Artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW maakt echter een inhoudelijke toetsing van overeenkomst mogelijk. Niet alleen gedragingen en omstandigheden na, maar ook vóór en bij de overeenkomst kunnen tot toepassing van dit artikel leiden.<sup>13)</sup> Dit is in de tekst van artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW tot uiting gebracht. Nu artikel 6.5.3.1 lid 1

NBW geldt als opvolger van artikel 1374 lid 3 BW en artikel 180 NRv op artikel 1374 lid 3 BW lijkt te zijn geënt<sup>14)</sup>, verdient het aanbeveling artikel 180 NRv als volgt aan te passen:

Overeenkomsten waarbij van het wettelijk bewijsrecht wordt afge- weken blijven buiten toepassing wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan. *Hetzelfde geldt, voor zover deze overeenkomsten in de gegeven omstandigheden naar maatstraven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden zijn.*

#### 4.2 Artikel 6.5.2A.3 sub k NBW

##### 4.2.1 Bewijsovereenkomsten in algemene voorwaarden

Zowel artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW als artikel 180 NRv tweede zin blijft buiten toepassing in alle gevallen die door de artikelen 6.5.2A.2a en 3 NBW worden bestreken: de bewijsovereenkomst die als beding in algemene voorwaarden is opgenomen. Artikel 2a verklaart een dergelijk beding vernietigbaar, indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden of indien de wederpartij niet op een eenvoudige wijze van de algemene voorwaarden kennis heeft kunnen nemen. Wanneer is het beding onredelijk bezwarend voor de wederpartij? Artikel 3, de zwarte lijst, geeft de gevallen aan, waarin het beding steeds als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt. Het betreft alleen die gevallen, waarin de wederpartij consument is (zie de aanhef van het artikel). Onder k wordt onredelijk bezwarend verklaard het beding

dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend.

Een beding dat de consument beperkt in zijn bewijsvoering - beperking in tijd of in de keuze van bewijsmiddel, uitsluiting van de mogelijkheid tegenbewijs te leveren - is van meet af aan vernietigbaar krachtens artikel 2a. Een beding dat de bewijslast legt op de schou- ders van de consument is dat niet. In het laatste geval moet de consument eerst aantonen dat een dergelijk beding onredelijk bezwa- rend is. Artikel 3 sub k slot laat op deze regel twee uitzonderingen toe: ook van meet af aan vernietigbaar is de verklaring in algemene

voorwaarden dat (bijvoorbeeld) de gekochte zaak vrij van gebreken is en het beding inhoudende omkering van de bewijslast in afwijking van artikel 6.1.8.1 NBW waar het de toerekenbaarheid van de tekortkoming van de gebruiker betreft.

#### *4.2.2 Vaststellingsovereenkomst op de zwarte lijst?*

De wetgever lijkt met artikel 3 sub k slechts bedingen op het oog te hebben die ten nadele van de wettelijke bewijsregels afwijken. Hij waarschuwt zelfs:

"Men lette er evenwel op dat bewijsbedingen soms moeilijk van bedingen met materiële rechtsvolgen te onderscheiden zijn ..."(15)

Toch omvat artikel 3 sub k in ieder geval één beding met materiële rechtsgevolgen: de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit staat krachtens artikel 7.15.1 lid 3 NBW met de vaststellingsovereenkomst gelijk. Artikel 3 sub k noemt wellicht nog een andere vaststellingsovereenkomst: ik maak mij sterk dat dikwijls in de 'verklaring omtrent de deugdelijkheid van de verschuldigde prestatie', bijvoorbeeld dat de gekochte zaak vrij is van gebreken, een vaststellingsovereenkomst kan worden gelezen.

Ik vraag mij dan ook af of artikel 3 sub k ook geldt voor de vaststellingsovereenkomst in het algemeen. Ook al zegt men van de vaststellingsovereenkomst dat deze tegenbewijs 'irrelevant maakt', deze sluit tegenbewijs hoe dan ook evengoed uit. Een positief antwoord op mijn vraag zou niet onredelijk zijn. In het geval een bewijsovereenkomst kan een consument steeds een beroep doen op de vernietigbaarheid ervan. Zou dan, als het gaat om een vaststellingsovereenkomst - dat wil zeggen een andere vaststellingsovereenkomst dan genoemd in artikel 3 sub k -, de consument in ieder afzonderlijk geval eerst moeten aantonen dat die overeenkomst voor hem onredelijk bezwarend is?

## 5. Bewijsovereenkomst en vaststellingsovereenkomst

### *5.1 Uitsluiting van tegenbewijs*

Bijzondere beschouwing verdient de bewijsovereenkomst die tegenbe-

wijs uitsluit. Zij komt in de jurisprudentie weinig voor<sup>16)</sup>, maar de wetgever heeft zich wel degelijk om haar bekommerd. In de toelichting op artikel 180 NRv tweede zin dient zij steeds als voorbeeld<sup>17)</sup> en de artikelen 6.5.2A.3 sub k en 7.15.1 lid 3 NBW noemen haar uitdrukkelijk.

In de literatuur is de geldigheid van een dergelijke overeenkomst omstreden. Zij zou in strijd zijn met één van de pijlers van een goed procesrecht, de mogelijkheid van tegenbewijs.<sup>18)</sup> De ene partij zou met huid en haar aan de andere worden overgeleverd.<sup>19)</sup>

Ik ben het met deze kritiek niet eens. Partijen bepalen aard en omvang van het burgerlijk geding, de rechter is in beginsel ook gebonden aan de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit. Indien deze overeenkomst in een bepaald geval onredelijk werkt, dan moet de rechter alsnog op grond van 180 NRv of 6.5.2A.3 sub k j<sup>o</sup> 2a NBW tegenbewijs toelaten. Het dilemma dat men niet aannemelijk kan maken, dat de overeenkomst onredelijk werkt - tegenbewijs is immers uitgesloten<sup>20)</sup> - snijdt geen hout. Ten eerste gaat het hier in wezen om twee verschillende bewijsvragen: het bewijs van bijvoorbeeld de hoogte van het saldo van een rekening courant en het bewijs dat de overeenkomst inzake het bewijs van de hoogte van het saldo onredelijk is. De bewijsovereenkomst ziet slechts op de eerste vraag, niet op de tweede. Ten tweede kan het niet de bedoeling van partijen zijn dat één van beiden verstoken blijft van de verzekering, dat de overeenkomst strookt met wat redelijk en billijk is. Hier zal bewijs steeds moeten worden toegelaten.

Een derde argument tegen geldigheid: de overeenkomst zou in strijd met de procesrechtelijke aard van de bewijsovereenkomst een materieelrechtelijk effect bewerkstelligen.<sup>21)</sup> Vooropgesteld, een bewijsovereenkomst beïnvloedt veelal de materieelrechtelijke positie van partijen:<sup>22)</sup>

"De enkele noodzaak van bewijsovereenkomst ... brengt de mogelijkheid mede dat ten gunste van een partij een recht in rechte wordt erkend, waarvoor in werkelijkheid de ontstaansvoorwaarden niet zijn vervuld."(23)

Een beding in huwelijkse voorwaarden dat luidt "de inboedel is van de vrouw, tenzij de man zijn eigendomsrecht bewijst", brengt mogelijk met zich mee, dat de vrouw als eigenaar geldt enkel en alleen omdat de man zijn eigendomsrecht niet kan aantonen.

Het bezwaar van de schrijvers lijkt vooral gericht tegen het feit dat een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit *in ieder geval* materieelrechtelijk effect heeft. De verdenking rijst dat zij een materieelrechtelijke strekking heeft. Dit zou in strijd zijn met de procesrechtelijke aard van de bewijsovereenkomst.<sup>24)</sup>

Echter, zoals Luijten ook opmerkt<sup>25)</sup>, een bewijsovereenkomst leidt een sluimerend bestaan: zolang er zich geen bewijskwestie voordoet en zolang er geen beroep op wordt gedaan, blijft zij buiten beschouwing. Betwist de vrouw het eigendomsrecht van de man niet, dan geldt hij als eigenaar zonder dat van hem enig bewijs wordt verlangd. Dit geldt ook voor de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit.

De mogelijkheden om aan de werking van de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit te ontsnappen (180 NRv tweede zin en 6.5.2A.3 sub k NBW) en de wetenschap dat deze overeenkomst een belangrijke eigenschap van de bewijsovereenkomst niet verliest (het sluimerend bestaan) nemen vele bezwaren ertegen weg. Voegt men daarbij het feit dat de wetgever, gezien de hierboven genoemde bepalingen, in beginsel van geldigheid uitgaat, dan ontkomt men er niet aan de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit als zodanig te erkennen.<sup>26)</sup>

## 5.2 Bewijsovereenkomst en vaststellingsovereenkomst

Intussen trekt de gelijkenis met de - materieelrechtelijke - vaststellingsovereenkomst wel zeer dwingend de aandacht. Is er verschil tussen "de inboedel wordt geacht van de vrouw te zijn, tegenbewijs uitgesloten" en "de inboedel is van de vrouw"?

Toch zou men vast kunnen houden aan een strikte scheiding tussen bewijs- en vaststellingsovereenkomst. Zo schrijft Scheltema:

"Bewijsovereenkomsten ... regelen de wijze, waarop partijen in een toekomstig proces bepaalde feiten, waaromtrent zij mogelijkere wijs van mening zullen verschillen, zullen bewijzen ... (bijvoorbeeld) of tegenbewijs zal mogen worden geleverd ... Een vaststellingsovereenkomst ligt niet op het terrein van het bewijs: zij regelt niet, hoe feiten ten processe worden bewezen, maar doet tussen partijen feiten, zowel in als buiten proces, vaststaan."(27)

Het ontwerp bewijsrecht lijkt Scheltema hierin te volgen. In de Toelichting wordt de bewijsovereenkomst omschreven als een afspraak

tussen partijen omtrent de bewijspositie, al dan niet met beperking of uitsluiting van tegenbewijs.<sup>28)</sup> De nadruk ligt derhalve op het procesrechtelijke karakter. De bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit fungeert bovendien steeds als voorbeeld in het kader van artikel 180 NRv tweede zin, zonder dat daarbij wordt afgeweken van de in de Toelichting geformuleerde omschrijving van de bewijsovereenkomst.

Meijers draagt een andere mening uit in zijn noot onder het arrest Wentholt/De Cocq-Cremers q.q.<sup>29)</sup> Het ging om een overeenkomst die tegenbewijs na een bepaalde periode uitsloot:

"Wat overigens de vraag zelf betreft of partijen, al dan niet voorwaardelijk, tegen een bewijsmiddel tegenbewijs kunnen uitsluiten, zoo is ten onrechte door het Hof in zijn thans vernietigd arrest staande gehouden, dat een zoodanig beding uitsluitend bewijsrechtelijke betekenis heeft. Zoodra op grond van een tusschen partijen getroffen beding een vaststelling als juist moet worden aangenomen, zonder dat in rechte tegenbewijs toegelaten zal zijn, heeft men een overeenkomst van materieelrechtelijke strekking, met een zoogenaamde vaststellingsovereenkomst, te doen."

Deze gedachte is neergelegd in artikel 7.15.1 lid 3 Nieuw BW: een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij tegenbewijs uitsluit. De wetgever belicht deze regel maar schaars. Hij stelt voorop, dat een vaststellingsovereenkomst tegenbewijs niet uitsluit, maar irrelevant maakt.<sup>30)</sup> Vervolgens acht hij de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit aan de vaststellingsovereenkomst gelijk, nu uit praktisch oogpunt uitsluiting van tegenbewijs de vaststelling zeer nabij komt.<sup>31)</sup>

Hiermee onttrekt de wetgever de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit aan het procesrecht, en daarbij naar mijn mening ook aan de werking van artikel 180 NRv. Bij lezing van de toelichting op artikel 180 NRv tweede zin dient men zich dit te realiseren, nu de wetgever op dit punt niet heeft geanticipeerd op het NBW: telkens gebruikt hij deze overeenkomst als voorbeeld (zie noot 17). Dat artikel 180 hier buiten beschouwing blijft is op zich niet zo'n bezwaar. Artikel 3.2.7 NBW roept partijen een halt toe waar zij de grenzen van de contractsvrijheid overschrijden en - de regeling van de algemene voorwaarden nog daargelaten - artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW grijpt van rechtswege in als dit uit het oogpunt van redelijkheid en billijkheid noodzakelijk is.

### 5.3 *Het vereiste 'onzekerheid of geschil'*

#### 5.3.1 *Artikel 7.15.1 lid 1 NBW*

Artikel 7.15.1 lid 1 NBW stelt als vereiste voor de vaststellingsovereenkomst dat zij wordt gesloten ter beëindiging of ter voorkoming van een onzekerheid of geschil. De wetgever licht dit vereiste als volgt toe:

"Uit de formulering van het artikel blijkt dat er geen objectieve onzekerheid of goede reden voor een geschil vereist is. Voldoende is dat partijen feitelijk onzeker zijn of een geschil hebben, dan wel dit voor de toekomst vrezen."(32)

Indien tussen A en B geen enkele twijfel bestaat dat A eigenaar is van een zaak, terwijl ingevolge de overeenkomst die zij sloten B als zodanig zou moeten gelden, dan heeft men niet met een vaststellingsovereenkomst te doen. Hier willen partijen de ene zekerheid met de andere vervangen.<sup>33)</sup> Indien A en B ter voorkoming van onzekerheid of geschil een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten en doet zich omtrent de eigendom uiteindelijk geen onzekerheid voor, dan nemen sommige schrijvers wel aan dat de regels van de vaststellingsovereenkomst niet van toepassing zijn.<sup>34)</sup>

#### 5.3.2 *Artikel 7.15.1 lid 3 NBW*

Artikel 7.15.1 lid 3 NBW stelt het vereiste van onzekerheid of geschil niet voor de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst. Kunnen partijen dit vereiste dus omzeilen door voor de formule 'tegenbewijs uitgesloten' te kiezen? De toelichting op dit artikel geeft evenwel aan dat artikel 7.15.1 lid 3 NBW slechts ziet op het geval dat:

"feiten komen vast te staan, omdat de bewijsovereenkomst het tegenbewijs in het gegeven geval daadwerkelijk uitsluit. Dit doet zich niet voor, wanneer het uiteindelijk niet tot enige bewijsvraag komt, omdat de ene partij zich reeds bij de werkelijke stand van zaken heeft neergelegd, ook al zou deze door de andere partij niet bewezen mogen worden. Er is geen reden aan de bewijsovereenkomst dan toch de gevolgen van de vaststellingsovereenkomst toe te kennen. Dat de betreffende feiten zijn komen vast te staan, berust in dit geval immers niet op de overeenkomst, maar op de processuele houding van de wederpartij."(35)

In deze woorden zou men kunnen lezen dat voor de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst het bestaan van

onzekerheid niet voldoende is, maar dat er sprake moet zijn van een rechtsgeding waarin op de bewijsovereenkomst een beroep wordt gedaan. In ieder geval brengt deze lezing met zich mee dat partijen niet worden verleid de formule 'tegenbewijs uitgesloten' te kiezen om zo het vereiste van onzekerheid of geschil te omzeilen. Toch rijst de vraag of het strenge vereiste van rechtsgeding terecht aan de conversie wordt gesteld.

Ervóór pleit dat het procesrechtelijke karakter van de bewijsovereenkomst toch enigszins gehandhaafd blijft. Partijen willen met een bewijsovereenkomst bewijskwesities in eigen hand houden en wat dit betreft zo min mogelijk aan de rechter overlaten. Voordat de rechter zich hierover zou moeten uitlaten heeft de bewijsovereenkomst geen functie te vervullen.

Het argument ertégen acht ik zwaarder in gewicht. Partijen beantwoorden de vragen van bewijs meestal reeds voordat de rechter ze stelt. Is het niet aannemelijk dat partijen met de bewijsovereenkomst rekening houden bij de afweging of de gang naar de rechter zin heeft? De bewijsovereenkomst werpt haar schaduw vooruit: men zal ook vóór het proces de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit beschouwen als ware het een vaststellingsovereenkomst. Ligt het dan niet voor de hand de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit van meet af aan gelijk te stellen aan de vaststellingsovereenkomst - en daarbij het vereiste van onzekerheid of geschil te stellen? Partijen leggen zich bij die stand van zaken neer, die mogelijk afwijkt van de werkelijke , zonder dat de rechter er aan te pas komt.

Als aan de vaststellingsovereenkomst zou derhalve ook aan de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst het vereiste van onzekerheid of geschil moeten worden gesteld. De bewijsovereenkomst blijft bewijsovereenkomst indien zich uiteindelijk geen onzekerheid of geschil voordoet. Een strengere vereiste - een rechtsgeding waarin op de bewijsovereenkomst een beroep wordt gedaan - lijkt mij niet wenselijk.

#### *5.4 Werking tegenover derden*

Bewijsovereenkomsten binden derden niet, zo neemt de Hoge Raad aan op grond van artikel 1376 BW. De overeenkomst zou anders ten nadele van derden strekken omdat



"immers het beding, inzake het bewijs van den eigendom der aan iederen echtgenoot behorende goederen, derden zou verplichten om, met afwijking van de gewone regelen van bewijsrecht, een door de echtgenooten geschapen, eerst door tegenbewijs te ontzenuwen, vermoeden van eigendom tegen zich te laten gelden."(36)

Voortaan, waar het een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit betreft, moeten derden - bijvoorbeeld schuldeisers die verhaal zoeken - op hun hoede zijn.<sup>37)</sup> Anders dan de bewijsovereenkomst kan een vaststellingsovereenkomst inhouden, dat de ene partij (A) een zaak aan de andere partij (B) moet overdragen; vergelijk artikel 7.15.2 NBW. Met andere woorden: de vaststellingsovereenkomst fungeert hier als titel voor eigendomsoverdracht. Wordt zij gevolgd door levering dan zijn derden gebonden aan de ontstane situatie. Dit geldt nu kennelijk ook voor de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit.

Waar het gaat om een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit zijn derden echter afhankelijk van de processuele houding van partijen (vergelijk paragraaf 5.3.2). Zolang B in het voorbeeld geen beroep doet op de overeenkomst blijft de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst achterwege. De betrokken zaak blijft bij A.

A en B kunnen zo met behulp van de formule 'tegenbewijs uitgesloten' een soort schemerduister voor schuldeisers creëren. Liggen die van A op de loer, dan beroept B zich op de overeenkomst. Heeft intussen levering plaatsgevonden - deze kan ingevolge 7.15.2 lid 3 en 3.5.9 NBW besloten liggen in de overeenkomst zelf - dan geldt ook voor de schuldeisers B als zakelijk gerechtigde. B beroept zich natuurlijk niet op de overeenkomst indien hijzelf aan zijn jasje wordt getrokken. Het is zeer twijfelachtig of in het laatste geval een beroep op de actio Pauliana slaagt: het is vraag of het niet beroepen op de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit een rechtshandeling is in de zin van artikel 3.2.11 NBW.<sup>39)</sup>

Het ligt voor de hand, samenspanning zal men vooral vrezen tussen echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn getrouwd.<sup>38)</sup> Schrijvers die kritisch staan tegenover de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit hebben hierbij meestal het oog op een dergelijk beding in huwelijkse voorwaarden.<sup>40)</sup> Deze aversie zal door artikel 7.15.1 lid 3 NBW waarschijnlijk alleen maar toenemen.

De wetgever zou de schemerige situatie, die het artikel in het

leven roept, voorkomen door de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit van meet af aan gelijk te stellen aan de vaststellingsovereenkomst. In het voorbeeld geldt B dan steeds als eigenaar indien er (constitutum possessorium of brevi manu bijvoorbeeld) is geleverd. Willen A en B zich uiteindelijk aan de gevolgen van de vaststellingsovereenkomst onttrekken, dan dienen zij een overeenkomst te sluiten, waarbij B zich verplicht de zaak aan A over te dragen. De betreffende zaak moet aan A 'terug' worden geleverd. Gebeurt dit met de intentie de schuldeisers van B te benadelen, dan kunnen de schuldeisers zich op de actio Pauliana beroepen.

## 6. Slot

Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh spreekt in het interview in dit jaarboek de hoop uit dat het ontwerp bewijsrecht zo snel mogelijk wordt ingevoerd. Artikel 180 NRv inzake de bewijsovereenkomst vormt hierbij zeker niet een belemmering: het is de weergave van het geldend recht. De regeling van de bewijsovereenkomst in het komend recht brengt pas werkelijk problemen met zich mee waar zij raakpunten vertoont met de vaststellingsovereenkomst (artikel 6.5.2A.3 sub k en 7.15.1 lid 3 NBW). Ik ben vooral ingegaan op het moment dat de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit gelijkgesteld moet worden met de vaststellingsovereenkomst. De wetgever zegt: pas wanneer er een beroep op deze overeenkomst wordt gedaan. De wetgever lijkt het procesrechtelijk karakter van de bewijsovereenkomst te handhaven. Hiermee wordt aan de conversie een strenger vereiste gesteld dan wenselijk is. Voldoende lijkt mij dat partijen feitelijk onzeker zijn, een geschil hebben of een geschil of onzekerheid willen voorkomen. Bovendien verruimt het criterium van de wetgever de mogelijkheid tegen schuldeisers samen te spannen.

Ik zou dan ook willen voorstellen dat zodra men een overeenkomst kwalificeert als bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit, deze met de vaststellingsovereenkomst moet worden gelijkgesteld. Partijen weten zich gedekt tegen bepaalde risico's, het toeval uitgesloten. Het lot van de schuldeisers wordt echter - anders dan in het voorstel van de wetgever - in mindere mate in de schoot van hun schuldenaren gelegd.

## Noten

- 1) Artikel 10 algemene voorwaarden van de Postbank, artikel 13 algemene voorwaarden van de Nederlandse Bankvereniging.
- 2) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 13 blz. 27 en 28.
- 3) Zie voor literatuur Personen- en familierecht titel 8, (Lubbers en Hermans) aantekening 4a bij artikel 1:130 NBW.
- 4) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 7 blz. 10.
- 5) Vanzelfsprekend mag de bewijsovereenkomst niet in strijd zijn met bewijsvoorschriften van dwingend recht.
- 6) Vergelijk de toelichting op het ontwerp van de Staatscommissie, 10.377 nr. 5 blz. 12.
- 7) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 7 blz. 11.
- 8) Zie Contractenrecht I (Den Tonkelaar) nr. 51.
- 9) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 3 blz. 11.
- 10) Zie: G.J. Rijken, Exoneratieclausules, Deventer 1983, blz. 133 e.v.
- 11) Tenminste, indien men er van uitgaat dat de bewijsovereenkomst geen overeenkomst is in de zin van artikel 6.5.1.1 NBW.
- 12) Overigens is in artikel 177 NRv wèl reeds aansluiting gezocht bij de terminologie van het NBW. Vergelijk wetsontwerp 10.377 nr. 7 blz. 9 en nr. 13 blz. 27. Zie ook: het nader rapport van de NOA, Advocatenblad 1982, blz. 441.
- 13) Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985, nr. 318.
- 14) De wetgever neemt aan dat artikel 180 NRv tweede zin een voortzetting is van het huidig recht; toelichting 10.377 nr. 7 blz. 11. Vergelijk ook hierboven noot 8.
- 15) Wetsontwerp 16.983 nr. 3 blz. 42.
- 16) Vergelijk Contractenrecht I (Den Tonkelaar) nr. 57.
- 17) Wetsontwerp 10.377 nr. 3 blz. 12 en nr. 7 blz. 11.
- 18) Asser-Anema-Verdam, Zwolle 1953, blz. 59.
- 19) Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985, nr. 29; meer in het algemeen Pitlo-Hidma, Arnhem 1981, blz. 28.
- 20) Zo oppert Hartkamp, zie noot 16.
- 21) Asser-Molmaker II, Zwolle 1984, blz. 210 en Klaassen-Eggens-Luijten, Zwolle 1984, blz. 210.

- 22) Vergelijk Verdam, noot 15 en D.J. Veegens, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, Zwolle 1973, blz. 73.
- 23) A.-G. Langemeijer, voor HR 26 november 1954, NJ 1955 681 (D.J.V.). De Hoge Raad besliste in gelijke zin.
- 24) Vergelijk Pitlo-Van der Burght, Arnhem 1985, blz. 281.
- 25) Zie noot 21.
- 26) Bovendien, wie tot het meerdere bevoegd is (vaststellingsovereenkomst) mag ook het mindere (uitsluiting tegenbewijs); F.G. Scheltema, Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs, WPNR 1935, blz. 449 en De Bruin-Soons-Kleijn, Arnhem 1981, blz. 434.
- 27) WPNR 1935, blz. 455.
- 28) Wetsontwerp 10.377 nr. 3 blz. 10.
- 29) HR 7 december 1934, NJ 1935, 443 (E.M.M.).
- 30) Zie ook: HR 2 december 1927, NJ 1928, 159 (E.M.M.).
- 31) Toelichting ontwerp NBW vierde gedeelte (Boek 7), blz. 1136. De Commissie Boek 7 NBW van de KNB heeft voorgesteld titel 7.15 van overeenkomstige toepassing te verklaren op de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit, voor zover de aard van de bewijsovereenkomst zich hiertegen niet verzet, zo begrijp ik het rapport van de Commissie, gepubliceerd in WPNR 1978, blz. 606. De wetgever zal dan wel moeten kiezen tussen de opvatting van Scheltema en Meijers, anders werkt deze regel niet verhelderend.
- 32) Toelichting (zie noot 31) blz. 1135.
- 33) Idem.
- 34) In ieder geval niet wat de werking tegen derden betreft: zo begrijp ik Luijten (noot 21) blz. 212 en Van der Burght (noot 24) blz. 280. Vergelijk met betrekking tot de werking tussen partijen (echtgenoten): HR 7 november 1975, NJ 1976, 287 en H. Stein, Vaststellingsovereenkomsten, Advocatenblad 1981, blz. 436.
- 35) Toelichting invoeringswet en vaststellingwet van titel 7.15, 17.779 nr. 3 blz. 36. Ik vermoed dat de minister hier een antwoord wil geven op de bezwaren die C.J. van Zeben en H.A.M. Aaftink koesteren tegen het voorontwerp, zie De Vaststellingsovereenkomst, bijzonder nummer NJB 1973, blz. 109 en vergelijk Stein (noot 34) blz. 436. Hieraan zou ik willen toevoegen dat de rechter ook in geval van een vaststellingsovereenkomst de wens van beide partijen deze overeenkomst te negeren moet respecteren. Partijen kunnen immers een liberatoire overeenkomst sluiten. Indien de vaststellingsovereenkomst reeds zakenrechtelijk gevolg heeft gehad, moeten echter wèl de leveringsformaliteiten in acht worden genomen.

- 36) HR 31 maart 1933, NJ 1933, 1333 (P.S.). Wie aanneemt dat de bewijsovereenkomst niet verbintenisscheppend is, neemt artikel 1376 BW analoog als grondslag aan.
- 37) Bedenk hierbij dat de vaststellingsovereenkomst zèlf ook zakelijke werking kan hebben. Neem de vaststelling van de omvang van een vordering waaraan een voorrecht of recht van pand of hypotheek is verbonden, deze kan van belang zijn voor andere schuldeisers met een lagere rang. Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 (P.A.S.) en vergelijk W. Snijders, Rechtskeuze achteraf en vaststellingsovereenkomst herbezocht, in: Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte, Arnhem 1985, blz. 54.
- 38) Indien B zich niet op de overeenkomst beroept, dan geldt A jegens schuldeisers pas als eigenaar indien aan de voorwaarden van artikel 1:130 BW of 61 Fw is voldaan. Dit geldt alleen voorzover de zaken onder de werking van deze artikelen vallen, vergelijk Asser-Moltmaker II 1982, blz. 182.
- 39) Vergelijk voor wat betreft het huidig recht Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr. 1825.
- 40) Zie noot 3.

## PROBLEMEN ROND EEN ONVERSCHULDIGD BETAALDE SLOOPPREMIE

Mr C.G. Breedveld-de Voogd

*Op het eerste gezicht lijkt het op 11 oktober 1985 door de Hoge Raad gewezen arrest<sup>1)</sup> weinig belangwekkend. Toch liggen er in deze zaak drie rechtsvragen besloten, waarvan er twee in deze bijdrage nader worden uitgediept. Een onverschuldigd betaalde slooppremie brengt zowel de verhouding tussen publiek- en privaatrecht aan de orde als de relatie tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking.*

### 1. De casus

De sloopregeling Binnenvaart 1976<sup>2)</sup> heeft tot doel te bevorderen dat bij beëindiging van een scheepvaartbedrijf een af te stoten bedrijfs-middel blijvend uit de vloot verdwijnt.

Op grond van deze pseudowettelijke regeling kent de Directeur-Generaal van het Verkeer aan Stenekes een sloopuitkering toe ter grootte van f 27.960 in verband met de voorgenomen sloop van het aan Stenekes in eigendom behorende schip "Avanti". Deze toekenningsbeschikking komt af op 2 augustus 1976. Volgens art. 2 van de beschikking dient de sloop binnen zes maanden, te rekenen vanaf dagtekening van deze beschikking, te geschieden. Op verzoek van Stenekes wordt deze termijn verlengd tot 2 augustus 1977. Tussen 2 augustus 1976 en 2 augustus 1977, de datum waarop het schip gesloopt moet zijn, geschiedt het volgende: Stenekes verkoopt de Avanti op 1 december 1976 voor f 3.000 aan de sloper G.L. van Jaarsveld, die zich tegenover hem verbindt het schip binnen drie maanden na 1 december 1976 tot schroot te verwerken. Op verzoek van Stenekes wordt in de maand februari 1977 een voorschot op de sloopuitkering ten bedrage van f 14.000 uitbetaald. Op 24 februari 1977 tekent Stenekes een (mede door Van Jaarsveld ondertekende) sloopverklaring, waarbij hij verklaart te hebben geconstateerd dat het schip volledig tot schroot is verwerkt. Deze sloopverklaring is samen met een bewijs van doorhaling van de teboekstelling van het schip in

het in (het toenmalige) art. 749 K bedoelde register aan de Directeur-Generaal van het Verkeer ingezonden. Bij brief van 30 maart 1977 heeft de Directeur-Generaal van het Verkeer medegedeeld dat betaling van het restant van de uitkering kan volgen, nu is vastgesteld dat het binnenschip met motor is gesloopt. Het restant ad f 13.960 wordt in de maand april aan Stenekes uitbetaald.

Achteraf komt echter aan het licht dat het schip "Avanti" na 2 augustus 1977 nog geruime tijd in de vaart is geweest onder de naam "Augurk" bij Kerkhof BV te Zaandam. Eind 1979, nadat is komen vast te staan dat de "Avanti" in 1977 niet gesloopt is, sommeert de Staat Stenekes tot terugbetaling van de slooppremie. Omdat Stenekes hieraan geen gevolg heeft gegeven dagvaart de Staat hem in 1980 voor de Rechtbank te Zwolle met een vordering uit onverschuldigde betaling.

Aantekening verdient nog dat het schip eind 1979 of begin 1980 is gesloopt buiten Stenekes om. In november 1979 was de "Avanti" namelijk door een aanvaring zodanig beschadigd dat zij moest worden gesloopt.

## 2. De rechtsvragen

De Hoge Raad houdt zich in hoofdzaak bezig met twee vragen. In de eerste plaats onderzoekt men of de Sloopregeling Binnenvaart 1976 moet worden aangemerkt als "recht" in de zin van art. 99 RO. In de tweede plaats komt aan de orde het aloude strijdpunt of het voor de toewijsbaarheid van de vordering uit onverschuldigde betaling van belang is of Stenekes door deze betaling ook ongerechtvaardigd is verrijkt.

Het probleem m.b.t. art. 99 RO komt in dit artikel slechts zijdelings aan de orde. Ik verwijs hiervoor naar de noot van Van der Burg onder dit arrest.<sup>3)</sup> Eerst wil ik ingaan op de vraag of de Staat een op grond van een beschikking uitbetaalde premie rechtstreeks als onverschuldigd betaald kan terugvorderen. Tenslotte zal de rol die de ongerechtvaardigde verrijking speelt bij de vordering uit onverschuldigde betaling onder de loep worden genomen.

## 3. De rechtsgevolgen van een voorwaardelijke beschikking

Het lijkt communis opinio te worden dat een toekenningsbeschikking,

zoals die in casu is gegeven, een civielrechtelijke verbintenis schept tot het betalen van bv. het toegekende bedrag aan subsidie. Dit is reeds verdedigd door J. de Boer.<sup>4)</sup> Ook de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State gaat hier kennelijk van uit. In een uitspraak van 19 februari 1980 leert zij immers dat het besluit tot het niet betalen van een gedeelte van een bij beschikking toegekend bedrag moet worden opgevat als "een weigering tot het verrichten van een rechts-handeling naar burgerlijk recht, immers de weigering een vordering te voldoen."<sup>5)</sup>

Wat zijn nu echter de civielrechtelijke gevolgen als er aan de toekenningsbeschikking een voorwaarde is verbonden, zoals in casu het geval is? Men noemt dergelijke aan beschikkingen verbonden voorwaarden liever voorschriften om verwarring te voorkomen met de opschortende en de ontbindende voorwaarde uit het privaatrecht.<sup>6)</sup> Toch is er in de onderhavige beschikking een verband tussen beide soorten voorwaarden aanwezig. Art. 2 van de toekenningsbeschikking luidt:

"Uitbetaling van de in art. 1 vastgestelde uitkering geschiedt zo spoedig mogelijk nadat vanwege de Directeur-Generaal van het Verkeer is vastgesteld, dat het betrokken schip met motor binnen zes maanden, te rekenen vanaf de dagtekening van deze beschikking is gesloopt en doorhaling van de teboekstelling in het in art. 749 K bedoelde register is gevolgd."

De verplichting van de Staat tot het betalen van de uitkering is volgens de beschikking niet onvoorwaardelijk. De voorwaardelijke beschikking schept hier een verbintenis onder de opschortende voorwaarde<sup>7)</sup> dat het schip op 2 februari 1977 en later door verlenging op 2 augustus 1977 zal zijn gesloopt.<sup>8)</sup> Ook de Rechtbank en het Hof gaan er van uit dat het hier een voorwaardelijke verbintenis betreft, waarvan achteraf gezien de voorwaarde niet is vervuld. De betaling heeft derhalve zonder rechtsgrond plaatsgevonden en de Staat kan ingevolge art. 1395 BW het betaalde terugvorderen.

Er bestaat vanuit een administratiefrechtelijke visie bezwaar tegen het, op basis van art. 1395 BW, direkt terugvorderen van het op grond van een toekenningsbeschikking uitgekeerd bedrag. Van der Burg suggereert in zijn noot onder dit arrest dat het beter zou zijn geweest, als eerst tot intrekking van de toekenningsbeschikking was overgegaan. Tegen die intrekking zou Stenekes een Arob-beroep kunnen instellen. Ook J. de Boer is van mening dat, indien niet zonder beschikking of buiten een beschikking om is betaald, de



toekenningsbeschikking eerst moet worden aangetast.<sup>9)</sup>

Intrekking van de beschikking lijkt mij echter niet nodig en bovendien niet juist. Terugvordering van de uitkering kan immers geschieden op basis van dezelfde beschikking, omdat de verbintenis die eruit voortvloeit slechts een voorwaardelijke is.<sup>10)</sup> Stenekes ontbeert m.i. ook niet de rechtsbescherming van de administratieve rechter, omdat hij binnen 30 dagen, nadat de toekenningsbeschikking is gegeven, tegen de bewuste voorwaarde bij de Arob-rechter in beroep had kunnen gaan.<sup>11)</sup>

Bovendien blijkt de bescherming van de burgerlijke rechter niet zo beperkt te zijn, dat deze de nu onaantastbare beschikking als een gegeven beschouwt en de hieruit voortvloeiende normen zonder meer toepast. Er vindt door het Hof en de Hoge Raad een toetsing plaats aan de pseudowettelijke regeling, waarop de beschikking in feite was gebaseerd. Dit blijkt o.m. uit de volgende overweging van de Hoge Raad:

"Het Hof heeft deze sloopregeling juist uitgelegd door te oordelen dat in de gegeven omstandigheden niet was voldaan aan strekking en bedoeling daarvan, en dit oordeel hierop te gronden dat het schip Avanti nà 2 augustus 1977 nog in de vaart is geweest voor het vervoer van oud ijzer, en het slopen volledig buiten Stenekes om heeft plaatsgevonden en alleen maar het gevolg was van een in november 1979 plaatsgehad hebbende aanvaring, terwijl niet is gesteld of gebleken dat Stenekes, nadat hij in april 1978 door een onderzoek van de Rijkspolitie gewaar werd dat de Avanti niet was gesloopt, stappen heeft ondernomen om alsnog tot sloop te geraken. 's Hofs beslissing op dit punt behoeft ook geen nadere motivering."

Met andere woorden: de voorwaarde dat het schip op 2 augustus 1977 gesloopt moest zijn is in overeenstemming met doel en strekking van de Sloopregeling Binnenvaart 1976.

In dit kader kwam ook de vraag ter sprake of bovengenoemde sloopregeling kan worden aangemerkt als "recht" in de zin van art. 99 RO. Dit was volgens de Hoge Raad het geval. Zoals gezegd verwijs ik hiervoor naar de noot van Van der Burg onder dit arrest.

#### 4. Onverschuldigde betaling en verrijkingsvragen

De Hoge Raad overweegt het volgende:

"Voor de toewijsbaarheid van een zodanige vordering is in beginsel niet van belang of Stenekes door deze betaling ook ongerechtvaardigd is verrijkt."

In deze uitspraak lijkt de loskoppeling van de overschuldigde betaling van de vraag of degene van wie men terugvordert wel ongegrond is verrijkt een feit te zijn geworden. De Hoge Raad sluit zo aan bij het NBW, waar de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking als twee zelfstandige leerstukken worden behandeld. Voor een goede analyse van de mogelijke invloed die verrijkingvragen op de onverschuldigde betaling kunnen hebben, is het noodzakelijk te bepalen wat men onder het begrip "verrijking" verstaat.

### 5. Het begrip "verrijking"

De term "verrijking" kan op twee manieren worden opgevat. In de eerste plaats kan het zien op het rechtstreekse resultaat van een vermogensverschuiving. Iemand is verrijkt als er een zekere vermogenswaarde in zijn vermogen is gevloeid, ongeacht de vraag of hij hierop recht had en ongeacht de vraag of er met het oog op het verkrijgen van deze waarde een waarde uit zijn vermogen is gegaan of nog zal gaan.<sup>12)</sup> De tegenprestatie speelt geen rol bij het verrijkingvereiste, maar wel bij de rechtvaardiging hiervan. Bregstein zegt het zo:

"Het enkele feit der vermogensovergang rechtvaardigt de actie; de bestaande aanspraak die de verrijkte kan doen gelden, en de door hem verrichte of nog te verrichten contra-prestatie zijn omstandigheden die de overgang kunnen rechtvaardigen."(13)

In de tweede plaats kan men de verrijking opvatten als een saldo-begrip. Men doelt dan op het uiteindelijke resultaat van een transactie, waarvan de baten de schulden overtreffen. Alvorens in deze theorie een verrijking kan worden geconstateerd, moeten de tegenover elkaar gestelde vermogensverschuivingen worden gewaardeerd. Niet alleen de reeds verrichte prestaties, maar ook de rechten hierop en de plichten hiertoe zullen in de berekening moeten worden betrokken. Iemand die een betaling ontvangt, waarop hij een vorderingsrecht had is in de saldotheorie niet verrijkt, omdat tegenover de ontvangst van de betaling het tenietgaan van het vorderingsrecht staat.<sup>14)</sup> Dit geldt mutatis mutandis ook voor de verarming. Toegepast op het Quint te Poel-arrest<sup>15)</sup> houdt dit in dat Quint niet is verarmd voor de volle waarde van zijn prestatie, omdat tegenover zijn prestatie een vorderingsrecht op de insolvente Hubert te Poel staat. Een nadeel van de saldotheorie is dan ook dat zij noodzaakt tot het waarden van

vorderingsrechten op insolvente debiteuren.<sup>16)</sup>

Een andere tekortkoming van de saldotheorie is dat deze de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking ten achter stelt aan andere verbintenissen. De theorie brengt bijvoorbeeld met zich mee dat iemand die door een onrechtmatige daad een vermogenswaarde verliest niet verarmd is, omdat hem immers de vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad ter beschikking staat.<sup>17)</sup>

Het behoeft dunkt me geen verder betoog dat ik mijn voorkeur uitspreek voor het verrijkingbegrip van Bregstein.

## 6. De Hoge Raad is nu echt om

De Hoge Raad baseerde vanouds - voor het laatst uitdrukkelijk in het Staat/Assuradeuren-arrest<sup>18)</sup> - de onverschuldigde betaling op de ongerechtvaardigde verrijking. Na bovenstaande uitspraak volgen er enkele arresten, waaruit men wel afleidt dat de Hoge Raad de verrijkinggrondslag aan het verlaten is.<sup>19)</sup> Eén daarvan is het Gullikers-arrest.<sup>20)</sup> Deze uitspraak duidt mijns inziens zeker niet op het verlaten van de verrijkingsgedachte, waar de Hoge Raad overweegt:

"Nu de Stichting de onverschuldigd betaalde bedragen op haar postrekening heeft ontvangen, zijn deze bedragen in het vermogen van de Stichting gevloeid en is een verplichting tot terugbetaling van die bedragen aan SVB uit hoofde van onverschuldigde betaling ontstaan."

Uit de zinsnede "in het vermogen van de Stichting gevloeid" blijkt dat de Hoge Raad het verrijkt zijn in de zin die Bregstein hieraan gaf nog wel degelijk van belang acht.

De Advocaat-Generaal Mok verwijst in zijn conclusie voor het Avanti-arrest naar het Mijstocit/IIB-arrest<sup>21)</sup> ter onderbouwing van de stelling dat voor het slagen van de actie uit onverschuldigde betaling thans de eis van ongerechtvaardigde verrijking bij de ontvanger niet, althans niet steeds kan worden gesteld. Dit lijkt mij onjuist. In het Mijstocit/IIB-arrest wordt uitsluitend overwogen dat van toewijzing van een vordering uit onverschuldigde betaling niet door eiser behoeft te zijn gesteld dat de ontvanger (gedaagde) ongegrond is verrijkt. Deze overweging houdt niet in dat de vordering uit onverschuldigde betaling niet op de verrijking is gebaseerd.<sup>22)</sup> Zelfs Bregstein, die aantoonde dat voor de actie uit onverschuldigde betaling geen andere rechtsgrond is aan te voeren dan de plaatsgevonden

verrijking<sup>23)</sup>, stelt dat, indien er sprake is van onverschuldigde betaling, het aan de gedaagde is te bewijzen dat de prestatie hem niet heeft verrijkt of dat de verrijking althans niet meer aanwezig is. De verrijking en de verarming wordt in geval van een onverschuldigde betaling verondersteld. De eiser hoeft dit te stellen noch te bewijzen. Het is aan de gedaagde eventueel het tegendeel aan te tonen.<sup>24)</sup>

Na het onderhavige Avanti-arrest is er echter geen twijfel meer mogelijk. De Hoge Raad stelt dat het in beginsel niet van belang is of Stenekes door deze betaling ook ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit zijn ook de bewoordingen van de MvA bij art. 6.4.2.1 NBW.<sup>25)</sup>

Ik vraag mij echter af of het loslaten van het verrijktingsrecht gegeven de casus wel noodzakelijk was, nu het Hof binnen het verrijktingsrecht tot hetzelfde resultaat komt. Zou het niet duidelijker zijn geweest in verrijkingstermen te blijven denken? Doordat enerzijds wordt losgekoppeld van de verrijking, maar anderzijds, zoals in het vervolg zal blijken, via art. 6.4.2.6 NBW wordt teruggekoppeld, wordt het leerstuk van de onverschuldigde betaling alleen maar mistiger.

## 7. Is Stenekes verrijkt?

Het Hof overweegt het volgende:

"Wat overigens ook zij van de stelling van Stenekes betreffende het verband tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking, i.c. is Stenekes wel degelijk ongerechtvaardigd verrijkt als gevolg van de aan hem verstrekte uitkering, waarvoor zoals uit het voorgaande volgt, geen rechtsgrond aanwezig is gebleken."

Het Hof geeft er in deze overweging blijk van de term verrijking op te vatten in de zin van Bregstein. De verrijking is het directe gevolg van de aan Stenekes verstrekte uitkering. Ook Advocaat-Generaal Mok heeft deze visie, aangezien hij stelt dat Stenekes is verrijkt, omdat de uitgekeerde bedragen in zijn vermogen zijn gevloeid. De rechtvaardiging hiervan of met andere woorden de rechtsgrond<sup>26)</sup> had gelegen kunnen zijn in het feitelijk gesloopt zijn van het schip binnen de gestelde termijn. Dit is niet geschied, zodat, zoals het Hof zegt, geen rechtsgrond aanwezig is gebleken.

Onderdeel 2 van het cassatiemiddel verdedigt dat niet is komen vast te staan dat Stenekes, indien al sprake is van ongegronde verrijking, voor het volle bedrag is verrijkt. De grondgedachte van

dit onderdeel is dat Stenekes zijn schip voor de sloopwaarde heeft afgestaan.<sup>27)</sup>

In wezen wordt zo een beroep gedaan op de saldotheorie. Niet alleen wat in het vermogen is gevloeid is van belang voor de verrijking, maar ook datgene wat als tegenprestatie hiervoor uit het vermogen is gegaan.

De Hoge Raad gaat in eerste instantie niet in op de vraag of Stenekes ongerechtvaardigd is verrijkt, maar neemt de gelegenheid te baat koers te zetten naar het NBW met de hierboven geciteerde overweging, dat de vordering uit onverschuldigde betaling in beginsel niet afhangt van een ongerechtvaardigde verrijking. Hierbij had men het kunnen laten. Het venijn zit echter in de staart. De Hoge Raad vervolgt:

"Wel zijn er omstandigheden denkbaar waarin verrijkingsvragen - in het bijzonder voor de omvang van de vordering - een rol kunnen spelen. Zo zal - in de bewoordingen van art. 6.4.2.6 NBW, zakelijk weergegeven - de ontvanger, tenzij hij de betaling te kwader trouw heeft aangenomen, onder meer de uitgaven in rekening mogen brengen, die hij heeft gedaan in de periode waarin hij met een verplichting tot teruggave van het betaalde geen rekening behoefde te houden, en die zonder die betaling zouden zijn uitgebleven. De stukken laten echter geen andere conclusie toe dan dat zodanige omstandigheden hier niet zijn ingeroepen. Met name kunnen als zodanig niet gelden de bij pleidooi ter toelichting van het onderdeel gereleveerde feiten dat de Avanti in verband met de uitkering - maar vóór de uitbetaling daarvan - uit het vermogen van Stenekes is verdwenen en dat dit schip na het verstrijken van de voormelde termijn tenslotte is gesloopt."

Verrijkingsvragen blijven soms toch een rol spelen en wel in de gedaante van art. 6.4.2.6 NBW. Art. 6.4.2.6 geeft de ontvanger te goeder trouw in beginsel recht op vergoeding van a) de kosten van het ontvangen en teruggeven van het goed en b) uitgaven die zijn gedaan op een moment waarop hij redelijkerwijze met een teruggaveplicht geen rekening behoefde te houden, en die zouden zijn uitgebleven als hij het goed niet had ontvangen.<sup>28)</sup>

Het is dus geen artikel dat rechtstreeks in de verrijkings sleutel is gezet. Dit was het geval geweest als de vordering uit onverschuldigde betaling op zich door de ontvanger gemaakte kosten en uitgaven zou worden beperkt. Woordelijk geeft art. 6.4.2.6 een recht op vergoeding aan de ontvanger te goeder trouw, maar beïnvloedt in principe niet de omvang van de vordering uit onverschuldigde betaling. De Hoge Raad legt deze bepaling zo uit dat het wel ziet op de

omvang van de vordering uit onverschuldigde betaling. Dat lijkt mij juist. Het is toch immers - om in beelden van het arrest te spreken - lood om oud ijzer of de vordering uit onverschuldigde betaling wordt beperkt of de ontvanger een recht op vergoeding krijgt. Dezelfde gedachte ligt aan beide uitgangspunten ten grondslag. Het is onbillijk een vermindering van de verrijking in een periode waarin de verrijkte redelijkerwijze niet met een teruggaveplicht rekening hoefde te houden aan de ontvanger toe te rekenen.

De omvang van de vordering uit onverschuldigde betaling hangt derhalve af van de verrijking en van wat daarop in mindering kan worden gebracht. De gelijkenis met het Duitse systeem, waarin de onverschuldigde betaling een vorm is van de aanspraak uit ongerechtvaardigde verrijking, is frappant. Volgens Par. 818:3 BGB kunnen uitgaven (als die in art. 6.4.2.6 NBW) ten laste van de betaler komen, omdat de vordering is uitgesloten voor zover de ontvanger niet meer is verrijkt. Duidelijk wordt ook dat art. 6.4.2.6 NBW als de evenknie van art. 6.4.3.1 lid 3 NBW kan worden beschouwd. Art. 6.4.3.1 lid 3 NBW luidt:

"Is de verrijking verminderd in de periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding van de schade geen rekening behoefde te houden, dan wordt hem dit niet toegerekend. Bij de vaststelling van deze vermindering wordt mede rekening gehouden met uitgaven die zonder de verrijking zouden zijn uitgebleven."

## 8. De vermindering van de verrijking

De vraag is welke uitgaven in mindering van de verrijking kunnen worden gebracht. Volgens de Hoge Raad komen de feiten, dat de Avanti in verband met de uitkering - maar vóór de uitbetaling daarvan - uit het vermogen van Stenekes is verdwenen en dat dit schip na het verstrijken van de voormelde termijn tenslotte is gesloopt, hiervoor niet in aanmerking. Uit de onduidelijke overweging blijkt niet, waarom het verdwijnen van het schip uit het vermogen niet van invloed is op de bepaling van de omvang van de vordering.

De tussenzin - maar vóór de uitbetaling daarvan - kan erop duiden dat de zaak voor Stenekes misloopt door het moment waarop hij de Avanti heeft verkocht. De uitgave zou dan niet zijn gedaan in een periode waarin men geen rekening met terugbetaling hoefde te houden. Duidelijkheid wordt zo verkregen door het overwegene à contrario uit te leggen. Indien de Avanti na uitbetaling van de premie van

de hand was gedaan dan zou een beroep op de in art. 6.4.2.6 NBW gereleveerde omstandigheden wel zijn opgegaan. Een dergelijke uitleg lijkt mij onaanvaardbaar.

Met uitgaven in art. 6.4.2.6 NBW wordt bedoeld de uitgaven die zijn gedaan, *doordat* er wat is betaald. Het betreft de invloed die iemands bestedingspatroon ondergaat, als er aan zijn vermogen iets wordt toegevoegd. In art. 6.4.2.6 NBW gaat het daarentegen niet om uitgaven die gedaan zijn, *omdat* er wat is of zal worden betaald. Dit was in deze zaak het geval. De Avanti is uit het vermogen van Stenekes gegaan om de betaling van de Staat te kunnen rechtvaardigen. Deze rechtvaardiging is echter nimmer compleet geworden, omdat het schip niet op tijd gesloopt is. De slechts gedeeltelijk uitgevoerde tegenprestatie van Stenekes moet niet in mindering worden gebracht van de verrijking die f 27.000 bedroeg. Men zou anders via art. 6.4.2.6 NBW de saldotheorie binnenhalen.

Of de Avanti nu vóór of na de uitbetaling is verkocht, art. 6.4.2.6 NBW is niet van toepassing, aangezien het hier geen uitgaven betreft als mijns inziens in art. 6.4.2.6 NBW zijn bedoeld. De overweging van de Hoge Raad laat zich wellicht ook in de door mij verdedigde richting verklaren. Het verdwijnen van de Avanti uit het vermogen van Stenekes is niet een uitgave in de zin van art. 6.4.2.6 NBW en kan derhalve niet in mindering worden gebracht van zijn verrijking.

## 9. Conclusie

Uit het Avanti-arrest blijkt onder meer dat uit een voorwaardelijke toekenningsbeschikking een voorwaardelijke verbintenis kan ontstaan. Indien aan de voorwaarde niet is voldaan kan het betaalde op grond van art. 1395 BW worden teruggevorderd zonder dat de toekenningsbeschikking behoeft te worden ingetrokken.

Het grote belang van dit arrest ligt mijns inziens in het formeel loslaten van de verrijkingsgrondslag bij de vordering uit onverschuldigde betaling. Echter voor de aanvang van de vordering uit onverschuldigde betaling kunnen verrijkingsvragen een rol blijven spelen. Art. 6.4.2.6 NBW is hiervan een voorbeeld. Uit het arrest wordt niet duidelijk of het feit dat de Avanti uit het vermogen van Stenekes is verdwenen kan worden aangemerkt als een uitgave in de zin van art. 6.4.2.6. Het blijft derhalve zaak te bepalen wat onder het begrip

verrijking wordt verstaan en welke uitgaven van invloed zijn op het beloop van de verrijking.

Het Avanti-arrest heeft een tweeslachtig karakter. De betalings- en de verrijkingswagon zijn uiteindelijk van elkaar losgekoppeld. Toch blijven ze hardnekkig achter elkaar aanrijden.

#### Noten

- 1) HR 11 oktober 1985, RvdW 1985, 179 en AB 1986, 84 m.n. T.H. v.d. B.
- 2) Nederlandse Staatscourant 1976, nr. 80.
- 3) AB 1986, 84.
- 4) J. de Boer, Terugvordering door de overheid van onverschuldigde betalingen, RM Themis 1981, p. 268.
- 5) Afd. R. RvS, 19 februari 1980, Ten Berge/Stroink, V 165.
- 6) Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 's-Gravenhage 1984, blz. 219 en 220.
- 7) Volgens Adv.-Gen. Mok betreft het een ontbindende voorwaarde.
- 8) Het wordt mogelijk geacht dat een voorwaarde aan iedere rechtshandeling wordt verbonden, als de aard van de rechtshandeling zich er niet tegen verzet en als de wet het niet verbindt. Contractenrecht I, no. 94.
- 9) J. de Boer, t.a.p., p. 269 en 270.
- 10) De wet kan hier vanzelfsprekend van afwijken, zie bijv. t.a.v. sociale verzekeringen HR 11 januari 1985, Rechtspraak Sociale Verzekeringen 1985, 112, m.n. Riphagen.
- 11) Vgl. ook de aantekeningen van Crasborn onder Afd. R. RvS, 19 februari 1980, Ten Berge/Stroink, V 165.
- 12) M.H. Bregstein, Ongegronde Vermogensvermeerdering, diss. Amsterdam 1927, p. 198 e.v.
- 13) M.H. Bregstein, t.a.p., p. 200 en 201.
- 14) A.M. Biegman-Hartogh, Ongegronde Verrijking, diss. Leiden, 1971, p. 7 en 8.
- 15) HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.n. D.J.V.
- 16) Zie ook A. Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, 8e druk, bewerkt door M.F.H.J. Bolweg, Arnhem 1979, p. 287.



- 17) Dit zou in strijd zijn met het NBW, waarin men ervan uitgaat dat, indien er zowel is voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als aan de voorwaarden van een vordering o.g.v. art. 6.4.3.1, de verplichting tot schadevergoeding zowel uit de ene als uit de andere grond voortvloeit. TM, Parl. Gesch., Stud. ed., p. 707/8.
- 18) HR 8 maart 1957, NJ 1957, 525.
- 19) Drion-Hijma-Olthof, Compendium van het Nederlands Vermogensrecht, Deventer 1985, nr. 415a, p. 209.
- 20) HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363.
- 21) HR 1 februari 1985, RvdW 1985, 37.
- 22) Anders J.M. Hoekstra, Katern 15, AA 34 (1985) 6, p. 557 en E.B. Berenschot, Katern 18, AA 35 (1986) 3, p. 703.
- 23) M.H. Bregstein, t.a.p., p. 148 e.v.
- 24) M.H. Bregstein, t.a.p., p. 264.
- 25) MvA II, Parl. Gesch. van het NBW, Boek 6, p. 803.
- 26) Asser-Rutten III, p. 34 en 35.
- 27) Deze grondgedachte blijkt uit de pleitnota, waarnaar Adv.-Gen. Mok in kwestie verwijst.
- 28) Jac. Hijma, Onverschuldigde Betaling en Ongerechtvaardigde Verrijking, Capita NBW, Zwolle 1982, hfst. X, p. 286.

## FACTORING: PAST DEZE CREATIE VAN HET BEDRIJFSLEVEN IN HET CIVIELRECHTELIJKE KEURSLIJF?

P.M. Smit

B.E. Reinhartz

*Factoring is de overkoepelende naam voor een aantal vormen van dienstverlening en financiering door factormaatschappijen aan bedrijven. Vooral in de laatste 20 à 30 jaar is er in Nederland een sterke groei in de omzet van factormaatschappijen gerealiseerd, hetgeen duidt op een toenemende behoefte van het bedrijfsleven, om van andere dan traditionele krediet- en administratievormen gebruik te kunnen maken. Concreet betekent dit voor ons land dat er in 1984 vorderingen ter waarde van ± 7 miljard gulden zijn gecedeerd ter uitvoering van factoring-contracten.<sup>1)</sup>*

*In de juridische wereld bestaat tegenwoordig nog onenigheid en onduidelijkheid, op grond van welke titel deze cessie plaatsvindt. Wij zullen in dit artikel de verschillende mogelijkheden de revue laten passeren.*

### 1.1 Inleiding

Factoring-contracten komen in verschillende variaties voor. De meest uitgebreide vorm omvat vier hoofd-elementen (vier taken die de factor op zich neemt.) De overige vormen bestaan uit twee of meer van deze elementen. Zo vallen door de vele combinaties die mogelijk zijn, toch een aantal wezenlijk van elkaar verschillende (dienstverlenings- en financierings-) pakketten onder factoring. Zeker als men bedenkt, dat behalve variaties m.b.t. hoofdelementen óók talloze variaties t.a.v. meer ondergeschikte elementen voorkomen.

In navolging van het Unidroit-ontwerp voor factoring<sup>2)</sup> lijkt ons de volgende, ruime definitie voor de praktijk hanteerbaar: de factoring-overeenkomst is een overeenkomst tussen de factor en zijn cliënt (de leverancier) waarbij de factor de verplichting aangaat tenminste twee van de hierna genoemde taken te verrichten en waarbij de leverancier zich verplicht om zijn vorderingen op zijn afnemers,

voortvloeiend uit de levering van goederen of uit dienstverlening, direkt na hun ontstaan aan de factor over te dragen. De mogelijk door de factor te vervullen taken zijn:

- financiering (bevoorschotting)
- overname debiteuren-administratie
- incasso
- dekking debiteuren-risico.

## 1.2 Voordelen en cliënten

Waardoor wordt de in de inleiding geschetste groeiende behoefte aan factoring veroorzaakt, en welke soort bedrijven profiteren van de mogelijkheden van factoring?<sup>3)</sup> Om met de tweede vraag te beginnen, biedt factoring vooral voordelen aan middelgrote, gezonde bedrijven met een groeiende omzet.<sup>4)</sup> Het antwoord op de eerste vraag luidt, dat factoring een groot aantal voordelen heeft. Deze zullen hierna besproken worden. Daarbij dient men niet uit het oog te verliezen, dat niet elke factoring-variant àl deze voordelen biedt.

Deze bedrijven profiteren allereerst van de speciale krediet-faciliteiten, die factoring biedt.<sup>5)</sup> Zij kampen enerzijds vaak met een tekort aan liquide middelen, veroorzaakt door het door henzelf verstrekte leverancierskrediet. Anderzijds bevinden zij zich in een positie, die groei-mogelijkheden biedt. Zij hebben dan baat bij de voorschotten van factormaatschappijen. Deze bedragen namelijk een vast percentage van de door hen (cliënten) overgedragen vorderingen en groeien derhalve met de omzet mee. (Dit in tegenstelling tot krediet verleend door banken: daarbij wordt een krediet-plafond gehanteerd.) De voorschotten worden direkt bij het ontstaan van de vordering ter beschikking gesteld. Dit biedt de ondernemer een aantal gunstige mogelijkheden:

- door vroege betaling aan zijn leveranciers kan hij korting bedingen en/of krijgen
- het aannemen van grotere orders dan voor het bedrijf gebruikelijk, hoeft niet belemmerd te worden door het ontbreken van het benodigde bedrijfskapitaal
- de ondernemer kan (in uitzonderingsgevallen en veelal na overleg met de factor) aan sommige debiteuren een verlengde betalingstermijn toestaan.

Voorts wordt het voor genoemde bedrijven steeds moeilijker om de zich uitbreidende debiteuren-administratie up-to-date te houden. De aanpassingen die dit zou vergen - zoals de aanschaf van een of meerdere computers en/of het in dienst nemen van administratief geschoold personeel - zijn meestal (net) niet rendabel. De factor-maatschappijen - als specialisten op dit gebied - kunnen hun cliënten verlossen van het bijhouden van de boeken en het incasseren van hun vorderingen. De cliënten worden op deze wijze in de gelegenheid gesteld hun aandacht volledig te concentreren op de meer commerciële kanten van hun bedrijf.

Het voordeel van factoring, dat het debiteuren-risico gedekt worden kan, speelt ook een belangrijke rol. Het verschaft een bedrijf zekerheid. Immers de factor neemt de (onzekere) kosten van het leveranciers-krediet over, terwijl de voor deze faciliteit aan de factor te betalen provisie van tevoren vastligt. Bij dit punt zou men kunnen opmerken, dat hier ook de meer traditionele krediet-verzekering mogelijk zou zijn. Echter, een belangrijk verschil (naast enkele andere) is gelegen in het feit, dat bij krediet-verzekering meestal slechts een bepaald percentage van het risico gedekt is, terwijl factoring normaal gesproken volledige bescherming biedt.<sup>6)</sup> Het grote belang van de bescherming is mede hierin gelegen, dat tegenslagen in de vorm van onbetaalde vorderingen voor een bedrijf vaak aanzienlijke bijkomstige gevolgen met zich meebrengen. Zo kan bijv. de voortgang van het werk in gevaar komen. Salinger<sup>7)</sup> spreekt hier van het "domino-effect".

Nog enkele andere positieve aspecten van factoring zijn:

- De factor-maatschappij zal, deels uit eigenbelang, de debiteuren van de cliënt o.a. op hun kredietwaardigheid onderzoeken. Deze informatie komt natuurlijk ook de cliënt ten goede.<sup>8)</sup>

- De brochure van één der grote factor-maatschappijen vermeldt nog een min of meer psychologisch voordeel: het "vreemde ogen dwingen-effect". De factor is a.h.w. de boeman, terwijl cliënt en debiteur op goede voet met elkaar kunnen (blijven) staan.

Twee bedrijfs-economisch getinte pluspunten zijn tenslotte nog:

- De "current ratio" van de balans verbetert: dit getal is een maatstaf voor de liquiditeit van het bedrijf.<sup>9)</sup>

- Het kunnen schrappen of inkrimpen van de post "dubieuze debiteuren".

Deze beide laatste punten kunnen tot image-verbetering van het bedrijf bijdragen.

## 2.1 Civielrechtelijk kader

Een zeer wezenlijk aspect van de factoring-overeenkomst is dat de factor een zo groot mogelijke "macht" verwerft over de vorderingen, m.b.t. welke hij zijn diensten verleent.<sup>10)</sup> Dit is zowel van belang voor de cliënt: immers hij kan dan zoveel mogelijk werkzaamheden aan de factor overlaten, als natuurlijk voor de factor: hij loopt doorgaans een aantal risico's (de overgenomen vorderingen bieden dan een zekere dekking). Om het voorgaande te realiseren verplicht de cliënt zich in het factoring-contract, zijn bedrijfsporderingen (zowel de bestaande als de toekomstige) aan de factor in eigendom over te dragen.

Wij zullen nu onderzoeken, welke titel(s) voor deze cessie (van de cliënt aan de factor) in aanmerking komt/(komen).<sup>11)</sup> De volgende mogelijkheden komen aan bod:

- koop (2.2)
- ter incasso (2.3)
- tot zekerheid (2.5).

N.a.v. de cessie ter incasso komt nog de volmacht tot inning ter sprake (2.4).

## 2.2 Koop

Deze titel sluit het beste aan bij hetgeen de factor-maatschappijen beogen. De koopovereenkomst biedt aan de factor de meeste juridische bevoegdheden.

Men zou kunnen stellen (de factor-maatschappijen zijn het hierover nog niet geheel eens) dat de factoring-overeenkomst en m.n. de overdracht van de betreffende vorderingen niet als een zuivere koopovereenkomst gekwalificeerd kan worden. Dit o.g.v. het gegeven dat in bepaalde situaties de factor de vordering aan de cliënt terug zal (kunnen) geven, zonder dat hij eerst de koopsom hoeft te voldoen. (Is deze koopsom al gedeeltelijk betaald, dan heeft de factor recht op terugbetaling.) De teruggave van de vordering kan zich voordoen:

1) indien er een factoring-overeenkomst zonder risico-dekking is

gesloten en de debiteur betaalt niet,

2) indien een vordering gedisputeerd wordt door de debiteur

3) bij die vorderingen, waarbij - binnen een factoring-overeenkomst met risico-dekking - niet aan de vereisten voor het bieden van deze dekking is voldaan (bijvoorbeeld vorderingen waarvan de debiteur bekend staat als wanbetaler). Deze vorderingen (onder 3) worden wel "niet-goedgekeurde vorderingen" genoemd. In de praktijk vallen onder dit begrip óók de vorderingen binnen een factoring-overeenkomst met financiering maar zonder risico-dekking, ten aanzien waarvan de factor niet financiert. Waar wij in dit artikel spreken over niet-goedgekeurde vorderingen hebben wij echter slechts het oog op eerstgenoemde categorie: de vorderingen waarvan de factor het risico niet overneemt, hoewel er sprake is van een overeenkomst met risico-dekking.

Voor wat betreft de situaties 1) en 2) zijn wij van oordeel dat de hiervóór opgesomde teruggave-mogelijkheden geen beletsel vormen voor het aannemen van een zuivere koop-overeenkomst. O.i. valt de beschreven overeenkomst tot overdracht wel degelijk onder de noemer "koop", en wel "*koop met recht van teruggave*". Hiervan spreekt men, indien de koper voor zichzelf een eenzijdig ontbindingsrecht heeft bedongen.<sup>12)</sup> Wij citeren Schut<sup>13)</sup>:

"Naar mijn mening moet een koop waarbij recht van teruggave is bedongen als een zuivere koop worden opgevat. Het gemaakte voorbehoud geeft de koper het recht door een eenzijdige wilsverklaring te ontbinden. De ontbinding heeft tot gevolg, dat partijen van hun verbintenis zijn bevrijd en dat zij verplicht zijn reeds verrichte prestaties ongedaan te maken".

Zoals gezegd, wij kunnen niet inzien welke belemmering er bij factoring bestaat om een dergelijke koop als titel voor de overdracht van goedgekeurde vorderingen aan te nemen. Ook in rechtspraak en literatuur spreekt men dan over koop.<sup>14)</sup> Overigens verdient op dit punt nog vermelding, Salingers opvatting, dat teruggave, indien mogelijk vermeden dient te worden.<sup>15)</sup> Als wij Schut (op p. 62) goed interpreteren, is er naar zijn mening bij een koop met recht van teruggave geen sprake van een *ontbindende voorwaarde*, doch werpt hij deze gedachte niet geheel. De factor-maatschappijen hebben wanbetaling door de debiteur (geval 1)) en betwisting van de vordering (geval 2)) ook niet als ontbindende voorwaarde in hun contract opgenomen. Naar onze mening zou dit laatste wel mogelijk zijn. Naar huidig recht heeft de ontbindende voorwaarde zowel terugwerkende

kracht (art. 1301 BW) als zakelijke werking. In het NBW heeft de wetgever van terugwerking afgezien (art. 6.1.5.2 NBW). Zakelijke werking blijft ook onder het komend recht optreden (art. 3.4.2.2 lid 4 NBW).<sup>16)</sup>

De ontbindende voorwaarde, opgenomen in de factoring-overeenkomst zou de factor wellicht moeite en tijd besparen, aangezien retro-overdracht dan overbodig zou worden. Anderzijds dient hetgeen Salinger over teruggave opmerkt niet uit het oog te worden verloren (zie hierboven).<sup>17)</sup>

Overigens bij geval 3), de niet-goedgekeurde vorderingen, zouden wij niet zonder meer koop willen aannemen. In 2.3. zullen wij de mogelijkheid van cessie ter incasso bezien.

### 2.3 Ter incasso

Een andere titel, die aan de cessie in het kader van factoring ten grondslag zou kunnen liggen, is "ter incasso" (vooropgesteld, dat men dit als geldige titel voor eigendomsoverdracht beschouwt, hetgeen wij inderdaad doen, zoals nog zal blijken). Dit speelt vooral bij de overdracht aan de factor van niet-goedgekeurde vorderingen (zoals wij reeds hiervoor vermeldden, verstaan wij hieronder, die vorderingen, waarvan de factor - binnen een factoring-overeenkomst met risico-dekking - het risico niet overneemt. De factor belast zich bij genoemde vorderingen nagenoeg alleen met de inning).

Deze kwestie kwam (naast de andere) aan de orde in het geschil tussen IFN en CBI voor Hof 's-Gravenhage 19 november 1980, opgenomen bij HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 (G.). (Zie voor een samenvatting van de casuspositie de bespreking van P.C. Knol<sup>18)</sup>.) IFN en het Hof verschilden o.a. van opvatting over de rechtsgevolgen van een cessie ter incasso aan de factor van niet-goedgekeurde vorderingen.

Hoe oordeelt nu de literatuur over de geldigheid van 'ter incasso' als titel voor een geldige eigendomsoverdracht?

#### *A. Huidig recht*

Tegenstanders zijn o.a. Mijnsen<sup>19)</sup>, Scholten<sup>20)</sup> en Maeijer.<sup>21)</sup> Zij zijn van oordeel dat een cessie ter incasso niet anders betekent dan een volmacht tot inning. Heemskerk<sup>22)</sup> is onzeker. Het merendeel der

auteurs lijkt toch aan te nemen, dat cessie ter incasso de vordering wèl doet overgaan. Genoemd kunnen worden Gerbrandy<sup>23)</sup>, Verpaalen<sup>24)</sup>, Schut<sup>25)</sup>, Hartkamp<sup>26)</sup>, Adv.-Gen. Ten Kate<sup>27)</sup> en Adv.-Gen. Biegman-Hartogh.<sup>28)</sup> Zij zijn over het algemeen van mening dat hier sprake is van fiducia cum amico.

Wij zouden ons bij laatstgenoemden willen aansluiten, zeker met betrekking tot factoring. (Naar onze mening zal cessie ter incasso niet in elk *ander* geval leiden tot overgang in het vermogen van de cessionaris.) Wellicht zou zelfs Scholten hier de eigendomsoverkrijging van de factor niet betwisten. Hij acht bijzondere omstandigheden, zoals voorkwamen bij BUMA<sup>29)</sup>, gecombineerd met de overeenkomst om de vordering voor de cedent te innen, voldoende om een geldige titel voor een fiduciaire eigendomsoverdracht aan te nemen. Aanwezigheid van zulke bijzondere omstandigheden staat naar onze mening bij factoring buiten kijf. Daarbij denken wij o.a. aan hetgeen IFN opmerkte in bovengenoemde procedure. Zij voerde aan, dat cessie van niet-goedgekeurde vorderingen niet slechts een volmacht tot inning oplevert. Cessie ter incasso doet wèl de eigendom overgaan, betoogde zij. Zou men (desondanks) tòch de door het Hof aangenomen beperkte werking aan een cessie ter incasso willen toekennen dan nog dient men in het oog te houden, dat een overdracht van niet-goedgekeurde vorderingen bij factoring niet op zichzelf staat. De vraag of deze overdracht al dan niet een volledige eigendomsoverdracht bewerkstelligt, moet volgens IFN dan ook tegen de achtergrond van de gehele factoring-overeenkomst worden gezien.

Wij achten 'ter incasso' als titel voor eigendomsovergang van niet-goedgekeurde vorderingen bij factoring in theorie mogelijk. Eén belangrijk punt verdient daarbij echter nog de aandacht. In het contract verschafft de factor zichzelf (formeel) een sterke positie. Hij bepaalt dat er m.b.t. niet-goedgekeurde vorderingen geen financiering zal plaatsvinden. M.a.w. hij zal slechts de inning verzorgen. Het lijkt ons zèker niet uitgesloten, dat in de factoring-praktijk in een aantal gevallen hiervan (informeel) wordt afgeweken. Is er t.a.v. niet-goedgekeurde vorderingen wel sprake van financiering, dan is 'ter incasso' niet de aangewezen titel voor de cessie. 'Tot zekerheid' of 'koop' zijn in dat geval betere alternatieven.

#### *B. Toekomstig recht*

Art. 3.4.2.2 lid 3 NBW is voor de tegenstanders van de geldigheid



van 'ter incasso' als titel voor eigendomsoverdracht, hèt argument om de geldigheid ervan naar NBW te bestrijden. (Dit artikel bepaalt immers, dat een overdracht, waaraan een overeenkomst ten grondslag ligt, die niet de strekking heeft het goed, i.c. de vordering, te doen overgaan, een geldige titel mist.) Aldus o.a. Mijnsen<sup>30)</sup> en Maeijer.<sup>31)</sup> Een andere opvatting huldigen bijv. Verpaalen<sup>32)</sup> en Uniken Venema.<sup>33)</sup> Het lijkt erop dat genoemde tegenstanders het gelijk aan hun zijde zullen krijgen: in de MvA bij art. 3.4.2.2 NBW<sup>34)</sup> wordt het arrest HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254 (Ma) als volgt geïnterpreteerd: cessie ter incasso moet worden gezien als lastgeving tot inning. Wij vragen ons af of de HR dit heeft bedoeld. Het college heeft enkel overwogen, dat een last tot inning kan worden gegeven, al dan niet aangeduid met de term cessie ter incasso. Daaruit volgt niet dat elke cessie ter incasso dus een lastgeving tot inning is. Op grond van het gestelde in de MvA zal men er toch van uit moeten gaan, dat cessie ter incasso naar komend recht niet als geldige eigendomsoverdracht gezien zal worden. Voor de overdracht van niet-goedgekeurde vorderingen zal men een andere titel moeten vinden.

#### 2.4 Volmacht tot inning

Sterk verwant met de in de vorige paragraaf behandelde cessie ter incasso is een andere figuur: de volmacht tot inning. Een aantal auteurs, waaronder Mijnsen<sup>35)</sup> en Maeijer<sup>36)</sup> nemen zelfs het standpunt in, dat cessie ter incasso niet anders inhoudt dan een volmacht tot inning (zie 2.3.). Wij zullen hier (summier) nagaan of een dergelijke volmacht bij factoring bruikbaar is.

##### *A. Huidig recht*

Momenteel werken de factor-maatschappijen niet of nauwelijks met een volmacht tot inning. Reeds eerder is aan de orde geweest dat, de niet-goedgekeurde vorderingen uitgezonderd, factoring veel meer omvat dan het pure incasseren van de vorderingen van de cliënt. Een volmacht tot inning geeft de factor dan ook onvoldoende armslag om de overige werkzaamheden naar behoren te kunnen verrichten. Om een voorbeeld te noemen: doorverkoop van de vorderingen is dan niet geoorloofd. Slechts voor de niet-goedgekeurde vorderingen zal genoemde volmacht gehanteerd kunnen worden. Ook hier echter achten

de factor-maatschappijen hem niet geschikt. Naar hun mening biedt hij te weinig zekerheid: zowel door de mogelijkheid dat de volmacht (alsnog) wordt ingetrokken, als ook door het einde van de volmacht bij faillissement van de cliënt. Het laatste argument, het einde van de volmacht bij faillissement, is naar onze mening wèl steekhoudend. Daarbuiten is echter voldoende zekerheid te bedingen, namelijk d.m.v. een onherroepelijke volmacht.<sup>37)</sup> Blijkbaar zien de factor-maatschappijen deze mogelijkheid over het hoofd. Behalve het door de factors aangevoerde, lijkt ons nog van belang, dat een volmacht niet privaatief werkt (ook al is hij onherroepelijk).<sup>38)</sup> De cliënt zou zodoende bevoegd blijven de vordering zelf te incasseren, hetgeen in de praktijk o.i. tot problemen kan leiden.

#### *B. Toekomstig recht*

Naar NBW verandert het hier gestelde niet. De volmacht is in het komend recht (in tegenstelling tot het huidige recht) uitdrukkelijk geregeld. Ook onder vigeur van het NBW is een onherroepelijke volmacht mogelijk. Art. 3.3.13 NBW bepaalt dat deze kan worden gegeven, indien het gaat om een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde (of een derde). Dit belang van de factor mag naar onze mening hier worden aangenomen. Echter, ook naar NBW zal onherroepelijkheid het einde van de volmacht, vanwege faillissement van de cliënt, niet beletten.<sup>39)</sup> Eveneens onveranderd blijft het feit, dat de volmachtgever (cliënt) bevoegd zal blijven de rechtshandeling, i.c. de incasso, te verrichten.

Wellicht kan men zich bij dit alles afvragen wáárom de factor-maatschappijen ook m.b.t. vorderingen die slechts geïnd behoeven te worden, meer zekerheid verlangen, dan voortvloeit uit een volmacht tot inning. Ook hier dient men dan de factoring-overeenkomst in zijn totaliteit te beschouwen (vgl. 2.3.). De factormaatschappijen hebben er waarschijnlijk belang bij, t.a.v. alle vorderingen van hun cliënt een zo sterk mogelijke positie te verkrijgen.

#### 2.5 Tot zekerheid

Is tenslotte 'tot zekerheid' een titel die voor overdracht van de vordering aan de factor bruikbaar is? Als men de minister mag geloven, is naar huidig recht cessie in het kader van een factoring-overeenkomst nooit een cessie tot zekerheid. In de meeste recente

MvA op art. 3.9.2.3 NBW<sup>40)</sup> stelt hij namelijk dat cessie o.g.v. een factoring-overeenkomst "buiten de huidige cessie tot zekerheid valt". Dit staat naar onze mening niet zonder meer vast: in deze paragraaf zullen wij aantonen, dat fiduciaire cessie bij factoring voor het geldend recht in een aantal gevallen niet ondenkbaar lijkt.

Een eerste beperking is gelegen in het feit, dat een overdracht tot zekerheid niet op haar plaats is bij een factoring-pakket zonder bevoorschotting. Er is dan immers geen sprake van een schuld van de cliënt t.o.v. de factor. Omdat de factor toch zekerheid verlangt (bijv. i.v.m. het overgenomen debiteuren-risico) dient dan een andere titel gekozen te worden.

Voor het overige lijkt ons dat de factor als fiduciair eigenaar voldoende bevoegdheden heeft. Zo is bijv. bij fiduciaire cessie de inningsbevoegdheid van de cedent niet aan twijfel onderhevig, i.t.t. de inningsbevoegdheid van een pandhouder van een vordering.<sup>41)</sup> Op dit punt van roerende zaken beperkt dit college de rechten van de fiduciaris niet te zeer. O.g.v. de arresten 'Van Wessem-Traffic' en 'Van Gend en Loos'<sup>42)</sup> concludeert Beekhuis dat voor relativering doorslaggevend is, of er ten voordele van de zekerheidseigenaar een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving zou optreden indien hij de rechten van bepaalde bevoorrechte crediteuren niet zou behoeven te erkennen.<sup>43)</sup> Gewone crediteuren zullen bij de HR tevergeefs aankloppen. Een dergelijke vermogensverschuiving zouden wij bij zekerheidscessie in het kader van een factoring-overeenkomst niet licht willen aannemen. Bij fiduciaire cessie zal dus veel minder aanleiding tot problemen geven dan de zekerheidsoverdracht van roerende zaken. Wij achten derhalve een relativering van de zekerheidseigendom niet waarschijnlijk.

De minister lijkt een andere mening te zijn toegedaan. Hij gaat ervan uit dat, indien een fiduciaire cessie wordt gevolgd door een cessie anders dan tot zekerheid, gecompleteerd door betekening of erkenning, de tweede cessionaris vóór gaat, o.g.v. genoemde arresten uit '70 en '75.<sup>45)</sup> Uit de literatuur is geen duidelijk heersend standpunt te destilleren.<sup>46)</sup> Het wachten is op de HR zelf ...

### *B. Toekomstig recht*

Onder het komend recht zal fiduciaire (eigendoms-)overdracht niet meer zijn toegestaan (art. 3.4.2.2 lid 3 NBW). Voor cessie tot zeker-

heid komt een ander zekerheidsrecht in de plaats: stil pandrecht (art. 3.9.2.3 NBW), waarop wij in dit artikel helaas niet verder kunnen ingaan.

### Conclusie

In het voorgaande hebben wij de mogelijke titels behandeld die aan cessie bij factoring ten grondslag liggen. Tot slot zullen wij nog een korte opsomming geven van de titels, die ons in de praktijk het best te hanteren lijken.

#### *A. Goedgekeurde vorderingen*

De titel 'koop' ligt hier o.i. het meest voor de hand. Wij denken daarbij aan de variatie 'koop met recht van teruggave', (dit laatste al dan niet in de vorm van een ontbindende voorwaarde). Ook na de invoering van het NBW blijft deze mogelijkheid zijn waarde behouden. Daarnaast biedt het huidige recht o.i. nog een andere oplossing: 'cessie tot zekerheid'. Naar onze mening is deze titel hier goed te gebruiken. De fiduciaire cessionaris staat volgens ons voldoende sterk t.o.v. "gewone" cessionarissen. (De minister is op dit punt een andere mening toegedaan.)

#### *B. Niet-goedgekeurde vorderingen*

Bij deze vorderingen biedt naar onze mening cessie ter incasso - tot de invoering van het NBW - in beginsel de beste mogelijkheden. Volgens ons gaat bij cessie 'ter incasso' binnen factoring, de vordering over in het vermogen van de factor. De eigendomsovergang (bij cessie ter incasso) is in literatuur en jurisprudentie niet onomstreden. Naar komend recht valt ook deze weg waarschijnlijk onder het fiducia-verbod. Meer toekomstperspectief biedt de volmacht tot inning: zowel naar BW als naar NBW kan de factor een onherroepelijke volmacht tot inning bedingen. Deze verschaft hem in de meeste gevallen voldoende mogelijkheden. Echter bij faillissement geraakt hij in een nadeliger positie (dan bij cessie ter incasso), aangezien dan de volmacht eindigt. Ter aanvulling zij hier nog vermeld dat naar onze mening 'koop' bij overdracht van niet-goedgekeurde vorderingen een te vergaande strekking heeft. Dit is slechts anders, indien de factor, i.t.t. hetgeen het factoring-contract bepaalt, tóch financiert m.b.t. bepaalde niet-goedgekeurde vorderingen (hetgeen ons niet onwaarschijnlijk

voorkomt).

Bovenstaande indeling laat duidelijk zien dat de overdracht van vorderingen in het kader van de factoring naar onze mening op grond van bestaande titels mogelijk is.

Een andere visie verdedigt A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie voor HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213, in punt 7: de factoring-overeenkomst moet als een nieuwe rechtsverhouding, naast de traditionele worden behandeld. De invulling van de details dient de feitenrechter o.g.v. de partij-intentie te geven.

Deze nadruk op de bedoeling van de partijen met de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid weegt volgens ons niet op tegen de zekerheid, die inpassing in het bestaande systeem biedt.

De partijwil hoeft ook bij de tweede benadering niet in de knel te komen, mits de rechter de touwtjes van het keurslijf maar niet te strak aantrekt!

#### Noten

- 1) Van Marwijk Kooy, Monografiën NBW B-44, p. 4.
- 2) Ontwerp van het Internationaal Instituut voor de Unificatie van het Privaatrecht te Rome (UNIDROIT) 1983, Study LVIII, doc. 16.
- 3) De hierna genoemde bedrijven zijn verdeeld over een groot aantal verschillende (industrie-)branches.
- 4) Zie o.a. Carla Hess, (Factoring), AA 1972, p. 179, F. Salinger, Factoring, Tolley Publishing Company Ltd., Croydon (Engeland), 1984, p. 33 en 34 en M.J.G.C. Raaymakers, Juridisch Zakboek 1973 nr. 49.
- 5) Salinger, t.a.p., p. 34.
- 6) Zie over krediet-verzekering: F. Molenaar, Krediet, Studiepockets Bedrijfsrecht 1985, p. 46 en 47 en Salinger, t.a.p., p. 32.
- 7) Salinger, t.a.p., p. 30.
- 8) Zie ook G.D.L.M. Gilissen, Weekblad voor Fiscaal Recht 1976, no. 5298, p. 1099.
- 9) Bijv. Salinger, t.a.p., p. 34.
- 10) Zie ook Salinger, t.a.p., p. 50.

- 11) Zie bijv. Molenaar, t.a.p., p. 48, Raaijmakers, t.a.p., p. 51 en Van Marwijk Kooy, t.a.p., p. 4.
- 12) Asser-Schut, Bijzondere Overeenkomsten I, Koop en Ruil, 1981, p. 61 en 62.
- 13) Schut, t.a.p., p. 62.
- 14) Vgl. het arrest CBI-SPC, HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 (G) en Heller-Brabant Pers, HR 26 april 1985, NJ 1985, 819 (G).
- 15) Salinger, t.a.p., p. 69 en 70.
- 16) Bijv. Asser-Hartkamp I, Verbintenissenrecht 1984, nrs. 156, 175 t/m 177, H.C.F. Schoordijk, Het Algemene gedeelte van het verbintenissenrecht, 1980, p. 109 en 110 en Parlementaire Geschiedenis van het NBW, Van Zeben-Dupon-Olthof, Boek 6, p. 145 en 146.
- 17) Zie noot 15.
- 18) P.C. Knol, Kwartaalbericht NBW 1985/3, p. 94 en 95.
- 19) F.H.J. Mijnsen, in NJB 1971, p. 925 t/m 933 en Asser-Beekhuis Zakenrecht I, 1985, nr. 364 en 632.
- 20) G.J. Scholten in zijn noot onder HR 19 december 1969, NJ 1970, 200.
- 21) J.M.M. Maeijer in zijn annotatie bij HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254.
- 22) W.H. Heemskerk in zijn noot onder HR 16 januari 1981, NJ 1981, 663.
- 23) S. Gerbrandy, Praktijkgids, 1968, p. 53 t/m 55.
- 24) O.A.C. Verpaalen, Preadvies BNC 1964, p. 31 en 32.
- 25) G.H.A. Schut, AA 1970, p. 410.
- 26) A.S. Hartkamp, WPNR 5267, p. 379 en 380.
- 27) A-G Ten Kate in zijn conclusie voor HR 24 september 1976, NJ 1978, 135.
- 28) A-G Biegman-Hartogh, concluderend bij HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254.
- 29) HR 14 juni 1929, NJ 1929, 1434, W 12009. Het ging in dit arrest om overdracht door een aantal componisten van hun auteursrechten aan BUMA. BUMA zorgde voor verdediging en exploitatie van deze rechten. Volgens Scholten was het voor de componisten niet goed mogelijk zelf hiervoor zorg te dragen.
- 30) Asser-Beekhuis, t.a.p., nr. 364.

- 31) Zie noot 21.
- 32) Zie noot 24.
- 33) C.A.E. Uniken Venema, WPNR 5729, p. 144.
- 34) Tweede Kamer 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 37.
- 35) F.H.J. Mijnsen, NJB 1971, p. 925 en Asser-Beekhuis, t.a.p., p. 364 en 632.
- 36) Zie noot 21.
- 37) Asser-Van der Grinten, De vertegenwoordiging, 1985, nr. 14 en 70 en A.R. Bloembergen, De vertegenwoordiging, 1981, p. 39. Overigens komt de onherroepelijke volmacht voor op de zgn. "grijze lijst" van afd. 6.5.2A NBW (art. 6.5.2A.4 sub n NBW). Dit betekent, dat indien een dergelijke volmacht in Algemene Voorwaarden wordt bedongen, dit beding vermoed wordt onredelijk bezwarend voor de wederpartij (van degene die de Algemene Voorwaarden gebruikt) te zijn. Deze bepaling geldt voor transacties met consumenten. Reflex-werking m.b.t. transacties tussen ondernemers onderling (zoals de factor en zijn cliënt) is mogelijk. Het onderwerp Algemene Voorwaarden/factoring-contracten laten wij hier verder rusten.
- 38) Bloembergen, t.a.p., p. 39 en 40.
- 39) Lid 1 van art. 3.3.13 NBW geeft slechts aan, dat vanwege de onherroepelijkheid dood en curatele de volmacht niet zullen doen stijgen.
- 40) Tweede Kamer 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 64.
- 41) Zie bijv. Asser-Van Oven, Zakenrecht III, Zekerheidsrechten, 1978, p. 128, Pitlo-Brahn, Zakenrecht, 1980, p. 487 en O.K. Brahn, Studiepockets Privaatrecht nr. 13, 1983, p. 194.
- 42) HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (PhANH) Pluvier-arrest en HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (WMK) Van Gend & Loos.
- 43) Asser-Beekhuis, t.a.p., nr. 356.
- 44) Asser-Van Oven, t.a.p., p. 128.
- 45) MvA bij de Invoeringswet NBW boeken 3, 5 en 6, 17 496, nr. 10, p. 34.
- 46) Zie bijv. Pitlo-Brahn, Zakenrecht, 1980, p. 488, waar van een open vraag wordt gesproken.