

Een internationale code

BW-krant jaarboek 1989

Redactie

Mr A.G. Castermans

Mr W.A.K. Rank

Mr W.L. Valk

Mr F.J. de Vries



Gouda Quint – Arnhem

1989

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Internationale

Een internationale code / red.: A.G. Castermans ... [et al.].

– Arnhem : Gouda Quint. – (BW-krant jaarboek ; nr. 5)

ISBN 90-6000-623-2

SISO 398.3 UDC 341.9 NUGI 692

Trefw.: internationaal privaatrecht / rechtsvergelijking.

© 1989, Prof. dr. C. von Bar, prof. dr. H. Bocken, prof. dr. C. Mouly, prof. mr H.G. Schermers, Setiawan S.H, prof. mr J.P. Verheul, mr B.J. Broekema-Engelen, mr W.A.K. Rank, mr A.G. Castermans, mr B.E. Reinhartz, B. Pries, S. Rigutto.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopiëren, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

„Het minst belangrijke aan ons burgerlijk wetboek is dat het Nederlands is.”¹ Maar hoe Nederlands is ons burgerlijk recht? Enkele van zijn wortels liggen in de lage landen. Voor het leeuwendeel is het evenwel vastgelegd in een door Romeinen, Romanisten en Fransen ontworpen systeem, waarvan de inhoud niet zelden is ontleend aan Anglo-Saksische bronnen. Het burgerlijk recht is een internationale code, of het nu in een wetboek is opgenomen of niet. Was deze gerichtheid op het buitenland in 1838 nog geheel vrijwillig van aard, tegenwoordig wordt zij in enkele gevallen zelfs afgedwongen door politici in Brussel of rechters in Luxemburg.

Dit vijfde BW-krant jaarboek belicht het internationale karakter van het burgerlijk recht. Allereerst is een interview opgenomen met een civilist die de internationale code in de praktijk kent, mr T. R. Ottervanger te Brussel. Twee artikelen betreffen de uniformering van het burgerlijk recht: Schermers schrijft over de richtlijn produktenaansprakelijkheid en Pries over de wet aansprakelijkheidsverzekering motorvoertuigen. Drie artikelen gaan over internationaal privaatrecht: Von Bar schrijft over onder andere de grensoverschrijdende belediging, Verheul over partijautonomie en Reinhartz over de Turkse echtscheidingswet. Een vierde aspect waarbij de gedachten zeker naar het buitenland zullen dwalen betreft de annulering van de reisovereenkomst, beschreven door Broekema-Engelen. Vijf artikelen dragen een rechtsvergelijkend karakter: Bocken schrijft over milieu-aansprakelijkheidsrecht in België, Mouly vergelijkt het Franse recht inzake de borgtochtovereenkomst met de

1. J. H. Nieuwenhuis, *Justitiële Verkenningen* 1988, nr. 6, blz. 25.

regeling in het nieuwe BW, Rank wijdt een beschouwing aan de regeling van de girale betaling in het Oostduitse ZGB dat net een koperen feest achter de rug heeft, Castermans beschrijft de affaire Poussin, een Franse dwalingzaak en Rigutto wijst op de mogelijkheid dat in West-Duitsland bij letselschade derden schadevergoeding kunnen vorderen. De laatste blik over de grens is gericht op Indonesië. Setiawan levert stof tot overdenking van de vraag welke sporen ons recht in de archipel heeft achtergelaten.

Het artikel van Von Bar is in een eerdere versie verschenen in het boek *Law in East and West*, een feestbundel verschenen ter gelegenheid van het dertig jarig bestaan van het Instituut voor rechtsvergelijking van de Waseda Universiteit te Tokio (1988). De redactie van het BW-krant jaarboek betuigt haar erkentelijkheid jegens de Waseda University Press dat zij dit artikel in de huidige vorm in dit jaarboek mocht opnemen.

Voorts wil de redactie uitgeverij Gouda Quint hartelijk danken dat zij de uitgave van dit jaarboek heeft mogelijk gemaakt. Tot slot heet zij mede-redacteur Valk welkom in haar midden. Hij is verantwoordelijk voor de lay-out van het binnenwerk. Bij de uitvoering van zijn ontwerp werd hij op enthousiaste wijze bijgestaan door E.M. de Vrij, medewerkster van het secretariaat van de afdeling burgerlijk recht.

Leiden, maart 1989

Inhoud

Interview met Mr. T. R. Ottervanger	9
Persönlichkeitsrechtsschutz im gegenwärtigen und zukünftigen deutschen internationalen Privatrecht <i>C. von Bar</i>	23
Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door milieuverontreiniging naar Belgisch recht <i>H. Bocken</i>	49
Le cautionnement dans le nieuw burgerlijk wetboek: La prudence du réformateur <i>C. Mouly</i>	71
Werking van de EEG richtlijn produktenaansprakelijkheid <i>H. G. Schermers</i>	107
Several notes concerning the Indonesian legal system: role of judges in civil court proceedings <i>Setiawan</i>	115
Ter vrije bepaling van partijen <i>J. P. Verheul</i>	141
Annulering door de reisorganisator <i>B. J. Broekema-Engelen</i>	151

Twaalf en een half jaar ZGB: twaalf en een half jaar giraal betalen op basis van een wettelijke regeling <i>W. A. K. Rank</i>	173
Dwaling bij kunstkoop <i>A. G. Castermans</i>	185
Echtscheidingen van Turken in Nederland <i>B. E. Reinhartz</i>	201
De opgevoerde bromfiets <i>B. Pries</i>	213
Iets over afgeleide schade bij onrechtmatige verwonding <i>S. Rigutto</i>	223

Interview met Mr T. R. Ottervanger

In het in 1957 aanvaarde Verdrag van Rome hebben de toenmalige zes lidstaten van de EG vastgelegd dat gestreefd zou worden naar een vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen. Daarmee kwam er langzaam, maar gestaag een integratieproces op gang. Dit resulteerde onder meer in de totstandkoming van de douane-unie, in de harmonisatie van een deel van de nationale wetgevingen en de inwerkingstelling van het Europese Monetaire Stelsel (EMS). In 1985 kreeg het integratieproces een nieuwe impuls. De Europese Commissie presenteerde toen het „Witboek inzake de voltooiing van de interne markt”. Dit Witboek vormt sindsdien het werkprogramma voor de maatregelen die moeten worden getroffen om de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt per 1992 te realiseren.

Sinds jaar en dag houdt een steeds groeiend aantal kantoren zich intensief met het materiële EG-recht bezig. Een van die kantoren is Loeff & Van der Ploeg, dat daartoe in 1981 een Brusselse vestiging in het leven riep. Vandaar uit wordt er geadviseerd en geprocedeerd op vrijwel alle door de EG-wetgeving bestreken terreinen. De gang van de besluitvorming binnen de EG wordt via alerte „monitoring” constant gevolgd. Een en ander wordt, om zo te zeggen, gezien als een investering in de toekomst die wat Europa 1992 betreft, zeker niet op 31 december 1992 zal eindigen.

De grote man op het Brusselse kantoor van Loeff & Van der Ploeg is mr T.R. Ottervanger. Het is met hem dat de BW-krantredactie een bijna vier uur durend gesprek had. Het ging daarbij over de jeugd van mr Ottervanger, zijn studie, zijn stages, zijn werkzaamheden, vroeger en nu, alsmede over de EG en Europa 1992. In het kader van dat laatste werd gesproken over samenwerking, fusies

en overnames, over vennootschappelijke structuren, over merkenbeleid en nog een dozijn andere onderwerpen. Een deel van het gesprek, dat de vorm had van een interview, vindt U hieronder weergegeven. Wat een monoloog van de geïnterviewde lijkt te zijn, is in werkelijkheid een aaneensluitende reeks van antwoorden op een opeenvolgende reeks vragen. Terwille van de leesbaarheid zijn de vragen geschrapt en de antwoorden in lijn gezet.

I

Ik ben geboren in Amsterdam. Weliswaar heb ik er slechts drie weken gewoond, maar ik ben er trots op een Amsterdammer te zijn. Ik houd van Amsterdam. Getogen ben ik in Den Haag, eigenlijk ben ik dus een Hagenaar. Den Haag is een plezierige stad, om als kind op te groeien. Gestudeerd heb ik in Leiden en zodoende heb ik daar ook enige tijd gewoond. Als stad heeft die gemeente niet zoveel indruk op me gemaakt.

II

Rechten was voor mij niet een zuiver negatieve keuze. Mijn vader is jurist, hoewel hij niet een juridisch beroep heeft uitgeoefend. Hij heeft veel belangstelling voor Hugo de Groot, Om deze reden had ik op mijn vijftiende al meerdere biografieën over Hugo de Groot verslonden. Aanvankelijk twijfelde ik tussen rechten en bouwkunde in Delft, maar de gedachte beangstigde mij op mijn zeventiende al te weten wat ik veertig jaar later zou doen. Het voordeel van rechten is, dat je je niet onmiddellijk vast pint op een bepaalde loopbaan.

Ik heb nauwelijks stil gestaan bij de vraag aan welke universiteit ik zou gaan studeren. Velen van mijn school gingen naar Leiden. Tijdens mijn studie heb ik mij wel eens afgevraagd of ik niet beter in Amsterdam had kunnen studeren. Ik ben in 1968 begonnen, de tijd van de studentenopstanden in Parijs, Woodstock, flower power, Marcuse. In Leiden bleven de nieuwe ontwikkelingen betrekkelijk onopgemerkt. Er waren bovendien minder restaurants dan nu en voor mensen zoals ik, die niet zelf kookten, betekende dat eten of op sociëteit of bij de Chinees.

Toch heb ik een fantastisch eerste jaar meegemaakt, zowel qua studentenleven als qua studie. Met mijn jaarclub ben ik naar de legendarische wedstrijd Ajax-Benfica in Parijs geweest. Het was de enige keer dat ik tijdens een sportevenement gehuild heb, toen in de verlenging Ajax het winnende doelpunt scoorde. Daarna hebben we met vijftigduizend Nederlanders Parijs onveilig gemaakt.

De leukste vakken vond ik Oud-Vaderlands recht, gezien mijn belangstelling voor Hugo de Groot, Romeins recht en sociaal recht. De hoogleraar sociaal recht Van Esveld was voor mij het prototype van de hoogleraar: een veelzijdige intellectueel, die goed kon vertellen en uiterst beminlijk was. Veel indruk heeft op mij gemaakt een kaas en wijn-avond in zijn huis aan de Reeuwijkse plassen, waarvoor alle studenten met een negen of een tien voor sociaal recht waren uitgenodigd. Er trad een strijkkwartet op. Tijdens deze avond had ik het idee de sfeer te proeven van het contact zoals dat vroeger was tussen hoogleraar en student.

Na mijn kandidaats ben ik er een jaar tussen uit geknepen. Zes à zeven maanden daarvan heb ik Afrika doorgebracht. Ik heb onder andere op de reproductie-afdeling van een art gallery in Pretoria gewerkt. Daar was ik veel onder de „zwarten” die in het magazijn werkten. In de lunchpauzes ging ik vaak naar de zittingen van het gerechtshof van Pretoria, om zo kennis te maken met het Zuid-afrikaanse recht. Dat deed ik in ieder land waar ik doorheen trok, want het geeft een bepaald beeld van het land.

Gedurende deze periode kon ik in alle rust nadenken over de vraag of ik wel door wilde gaan met rechten. Toen ik terug was in Nederland heb ik eerst een computercursus gevolgd. Dat was in die tijd vooruitstrevend. Je leerde met behulp van een computer wortel-trekken, heel revolutionair. Op advies van mijn vader heb ik, gemotiveerd, de studie weer opgepakt. Hij zei dat er altijd wel tien redenen zijn om iets niet te doen, maar dat je je moet richten op de positieve argumenten. Een kennis van hem, die advocaat op een klein Haags kantoor was, heeft in diezelfde tijd mijn belangstelling weten te wekken voor de internationale aspecten van het recht.

Nadat ik mijn studie had hervat, werd ik lid van de Europese Beweging en volgde ik het keuzevak Economie met het onderdeel

„Internationale Economische Betrekkingen” bij professor Eizenga. Door het bestuderen van modellen, waarin wordt aangegeven hoe verschillende economieën kunnen worden geïntegreerd, werd mijn voorliefde voor de EG nog meer aangewakkerd.

Ik heb meegedaan met het allereerste privatissimum rechtssociologie. Het werd gegeven door professor Vinke en het onderzoek vond plaats rond een vonnis van een rechtbank, waarin een eigenaar van een zwembad aansprakelijk werd gesteld voor de verwondingen van een vierjarig buurmeisje dat in het lege zwembad was gevallen. De studenten, ongeveer tien, moesten aan de hand van een zelf opgestelde enquête nagaan of deze uitspraak overeen kwam met zoiets als het „gesundes Volksempfinden”. We hebben ongeveer tweehonderd personen geënquêteerd en dat was een leuke exercitie. Nu zal dit privatissimum wel meer sophisticated zijn.

Uit deze twee studie-onderdelen blijkt mijn voorkeur voor die gebieden waar het recht raakt aan andere vakgebieden: economie en recht, sociologie en recht, rechtsfilosofie, enzovoort. Toch heb ik met veel plezier burgerlijk recht gedaan. Ik voel mij ook nog steeds civilist, hoewel ik behoorlijk ben afgedwaald. Als ik een Asser opensla, en dat doe ik regelmatig, dan krijg ik weer het warme gevoel van het Gravensteen. Toen ik studeerde, scharrelde ik meer dan eens over de markt op zoek naar oude Assers, niet om te lezen, maar om te verzamelen.

Het gekke is, dat ik tijdens mijn studie nauwelijks te maken heb gehad met het EG-recht. Je kon als student wel internationaal recht kiezen, maar dan werd je toch vooral onderwezen in het institutionele recht van de EG en de Verenigde Naties. Dat er als praktijkjurist iets mee te doen is, kwam ik pas te weten na mijn studie, toen ik stages liep bij de EG en buitenlandse advocatenkantoren. Ik denk, dat de meeste advocaten van mijn generatie, die van het Europese recht hun specialisatie hebben gemaakt, tijdens hun studie zich niet speciaal met het EG-recht hebben beziggehouden.

III

Al tijdens mijn studie had ik vaak de drang naar het buitenland te

gaan. Regelmatig verwisselde ik de blazer voor de rugzak. Na mijn doctoraal heb ik een lange reis door het verre oosten gemaakt en drie stages gelopen. Eerst heb ik gewerkt in de Parijse vestiging van het Rotterdamse en Dordtse kantoor Weff, Fruin, Boeles en Salomonson, dat later is opgegaan in Loeff & Van der Ploeg. Dit kantoor was destijds het enige met een buitenlandse vestiging. Omdat ik graag naar het buitenland wilde, schreef ik naar het kantoor met de misschien wel naïeve vraag of er voor mij iets te doen was. Van Sandick, die in Rotterdam verantwoordelijk was voor het Parijse kantoor, heeft er in toegestemd onder de voorwaarde dat ik eerst twee maanden in Rotterdam zou werken. Zo werd ik in feite de eerste student-stagiaire, voordat dit - uiterst waardevolle - fenomeen geïnstitutionaliseerd was. Vervolgens heb ik rondgehangen in Parijs, eerst op een Frans kantoor en daarna op het kantoor van Loeff. 's-Middags volgde ik colleges aan de Sorbonne over de *civilisation Française*. Op deze manier kon ik het nuttige met het aangename verenigen. Ik had de smaak zo te pakken, dat ik daarna op een Londens kantoor heb gewerkt. Je kreeg werk te doen en je probeerde dat zo goed mogelijk te doen. Toch had je niet de verantwoordelijkheid voor zaken omdat de advocaten daar zich realiseerden, dat je ook andere dingen wilde zien. In Londen zat ik bijna iedere dag in het theater of de concertzaal.

Door mijn verblijf in Parijs en Londen heb ik het nut ontdekt van rechtsvergelijking. Allereerst leer je je eigen rechtsstelsel beter kennen door je te verdiepen in een ander systeem. Door bestudering bijvoorbeeld van de wettelijke regeling van de borgtocht in Frankrijk, begrijp je beter waarom de borgtocht in Nederland zo geregeld is als hij is. De tweede nuttige functie is de signaalfunctie. Als een cliënt in het buitenland bezig is, kan je hem waarschuwen voor verschillen in niet alleen de wijze van het met elkaar zaken doen maar ook in de rechtssystemen en kan je hem eventueel een goede advocaat ter plekke adviseren, bijvoorbeeld wie je in Milaan moet hebben voor een verzekeringszaak. Als het goed is kan deze advocaat op een adequate manier weergeven wat het typerende is van het Italiaanse recht; en dit is dan de derde functie van rechtsvergelijking. Omdat je met andere systemen gewerkt hebt ben je beter

in staat je eigen rechtssysteem uit te leggen aan een buitenlander. Door het feit dat ik iets af weet van het Amerikaanse kartelrecht, kan ik aan een Amerikaan de verschillen met het Europese kartelrecht aangeven. Dat is veel zinvoller dan een lang verhaal vertellen waarvan de helft misschien overbodig is. Ook op het gebied van het procesrecht is kennis van het procesrecht van een ander land waardevol. Wat ik heb meegemaakt, wil ik iedereen van harte aanbevelen: rechtsvergelijking met een kleine r, niet wetenschappelijk maar praktisch. Bij mijn kantoor en ook wel bij andere kantoren, bestaat het beleid, dat voordat iemand toe treedt tot de maatschap, hij enige tijd in het buitenland moet hebben gewerkt. Zelfs als iemand al in het buitenland heeft gestudeerd vinden we het nuttig dat hij of zij over de grens praktische ervaring op doet op een advocatenkantoor of op de juridische afdeling van een bedrijf.

Na mijn stage in Londen kreeg ik een aanbod van Loeff om in Rotterdam te werken. Tijdens de studie komt echter de nadruk als van zelf meer te liggen op de Haagse balie, o.a. omdat de namen van Haagse advocaten regelmatig in de NJ te lezen zijn. Nu had ik bovendien belangstelling voor de wetenschappelijke kant van het rechtsbedrijf en daarom wist ik niet precies wat ik moest doen. Professor Kleijn heeft toen gezegd, dat Rotterdam door de handel en de haven volgens hem de beste leerschool was voor een advocaat. Mede op zijn advies heb ik het aanbod aanvaard.

Vanuit Londen had ik echter al een stage bij de Europese Commissie in Brussel geregeld. Daarnaast had ik ver gevorderde plannen om een reis door het verre oosten te maken. Met Loeff heb ik afgesproken, dat ik in Rotterdam zou beginnen, om beëdigd te worden, vervolgens op reis zou gaan en tenslotte de stage in Brussel zou lopen.

Voor mijn patroon, Van Lynden, heb ik veel bewondering. Hij was een advocaat van het oude stempel, de stadsadvocaat van Rotterdam, een instituut dat overigens niet meer bestaat omdat geen enkele advocaat meer het hele recht kan beheersen. Van Lynden kon geweldig pleiten en was een inspirerende leermeester. Hij nam

de tijd voor je vragen en zijn cliënten behandelde hij met alle égards. Als ik zie hoe jachtig het vak van advocaat geworden is, benijd ik hem om de rust, waarmee hij werkte.

In Brussel kwam ik bij het Directoraat-Generaal XV, Financiële Instellingen en Vennootschapsrecht. Dat was niet mijn keus. Omdat er toen al meer dan duizend aanvragen waren voor tweehonderd stage-plaatsen, had je niet veel invloed op de plaats waar je terecht kwam. Op DG XV zat de heer Troberg, een bekwame Duitse jurist die zich bezig hield met de harmonisatie van de bankenwetgeving. Maar in die tijd was daar voor een stagiaire niets te doen. Nu gaan de ontwikkelingen op het gebied van de harmonisatie van het bankrecht zeer snel, maar toen duurde het jaren, voordat een richtlijn tot stand kwam. Ik heb de eerste maanden benut om Kapteyn/VerLoren van Themaat van A tot Z door te nemen. Dat was mijn theoretische kennismaking met het Europese recht.

Na drie maanden heb ik overplaatsing gekregen naar DG IV, de afdeling over „concurrentie”, waar voor een praktijkjurist veel meer te doen was.

IV

Er bestond een nauwe band tussen de stagiaires van de Rotterdamse kantoren. Ik deed mee in jonge balie-cabaret en zat namens Rotterdam in de organisatie van het landelijke jonge balie-congres. Ik heb een tijdje in de zee-rechthoek gezeten. Je moest als een schip aan de ketting lag, de *skeleton crew* betalen, die op zijn beurt de loonvorderingen cedeerde aan de beslagleggende bank. Je moest met een koffer vol geld via een touwladder het dek op en bleef meestal lunchen met de kapitein.

In Nederland is er een tendens te bespeuren bij cliënten om in een vroeg stadium al advies van een advocaat te vragen, misschien door schade en schande wijs geworden. Zo zie je nogal eens dat ook grote bedrijven in het buitenland in de fout gaan, hetgeen door goed juridische begeleiding misschien voorkomen had kunnen worden. Ik denk aan de OGEM in Duitsland, RSV in Amerika en AMFAS in Londen (Transportverzekeringen). Gelukkig is de situatie hier nog niet zo als in de Verenigde Staten, waar helemaal niets

meer gedaan wordt zonder juridisch advies. Dan zie je bedrijven met een juridische afdeling van honderd à tweehonderd juristen, terwijl ook nog eens advocaten in een eerder stadium dan in Nederland bij de zaak betrokken worden.

V

Ik zou in 1979 gaan studeren in Amerika - Harvard - en daar wou ik een paar jaar blijven. Loeff overwoog echter in Brussel een kantoor op te zetten en vroeg of ik dat wilde doen. Men achtte het beter dat ik, mijn verblijf dan tot één jaar zou beperken en vooral praktijkervaring zou opdoen. Zo is het ook gegaan. Ik heb gewerkt in San Francisco¹, en heb nog wel een paar weken op Harvard gezeten. Eigenlijk te kort.

Wie in Amerika één van de toptien law schools heeft doorlopen, vindt zonder moeite een goede baan. Er wordt dan wel van zo iemand verwacht dat hij meer dan 2000 *billable hours* draait. Veel als je dat met ons vergelijkt, maar er staat dan ook een fors salaris tegenover, beginnend met \$ 70.000.

Wie niet afkomstig is van een toptien-law school (er zijn meer dan 150 law schools) vindt niet zo makkelijk een goede baan. De McGeorge-school of law (Sacramento, California) - waaraan ik als *visiting professor* verbonden ben - zit net onder de toptien en biedt studenten daarom een extra programma in Salzburg: twee maanden studie en twee maanden stage op een advocatenkantoor ergens in Europa - ook Loeff ontvangt stagiaires. In Salzburg krijgen ze onder andere een introductie in het recht van het land waar ze stage gaan lopen. Zo heb ik er de laatste jaren *Benelux-law* gegeven, dat wil zeggen Nederlands en Belgisch recht. Dat is reuze leuk. 's- Avonds gaan we meestal uit eten met de andere *visiting professors*, uit Spanje, Frankrijk, Duitsland en Engeland, langzamerhand een hecht clubje. Het speelt zich bovendien af tijdens de Festspiele. De McGeorge-school biedt trouwens ook Europese studenten de mogelijkheid van stages en studie.

1. Zie voor een verslag hiervan BW-krant 1980 (10e jaargang, nr. 5), blz. 176-180.

VI

Brussel is de hoofdstad van Europa. Zowel de Italianen als de Denen voelen zich er thuis. Mijn kinderen spreken vloeiend Vlaams. Het is ook een echte hoofdstad, zoals Parijs of Londen. Er heerst een bloeiend cultureel klimaat, Wij geven af en toe een huisconcert voor vrienden en zakenrelaties en treden op als gastgezin voor deelnemers aan het *concours Reine Elisabeth*. Zo hebben wij drie jaar geleden de winnende violist in huis gehad.

De meeste buitenlandse advocaten (zo'n 100) zijn in een straal van 500 meter rond de Europese Commissie te vinden. Mijn burens zijn Spaanse, Engelse en Ierse advocaten, wat handig is als je bijvoorbeeld de Engelse versie van iets nodig hebt.

Ik zit er nu ruim zeven jaar, als één van de ca. tien Nederlandse advocaten, partners en medewerkers. De partners komen allemaal uit Leiden en zijn van mijn leeftijd. We hebben ieder jaar een uitje: de eerste keer hebben we een rijvaardigheidskursus gevolgd op het circuit van Zolder en vorig jaar hebben we het huis van Happart in de Voerstreek bekeken. We vierden ook Sinterklaasfeest, met Van Lennep van De Brauw & Westbroek als Sinterklaas. Je kunt in Brussel ook uitstekend eten. En dan praat ik niet alleen over Belgische bonbons. Met betrekking tot bonbons moet je twee dingen in de gaten houden:

Leonidas is *not done* en verder moet je uitkijken dat ze niet oud zijn. Ze gaan van bezoek naar bezoek. Vóór je ze doorgeeft moet je eerst kijken of ze inmiddels niet witbeschimmeld zijn.

VII

Mijn werk bestaat voor zo'n driekwart uit Europees recht. In bepaalde handelspolitieke kwesties treed ik op voor Japanse ondernemingen, en voor Amerikaanse bedrijven die via ons kantoor in New York bij mij komen. Ik heb twee keer voor het Europese Hof Engelse zaken behandeld, tijdens de staalcrisis. De Europese Commissie bond de staalproductie per onderneming aan een maximum en bestrafte overschrijding van de quota met zware boetes. Dit heeft tot een stortvloed van processen geleid. Mijn europeesrechtelijke

cliënten zijn echter meestal uit Nederland of van buiten de EEG afkomstig.

Voor ongeveer één kwart doe ik andere zaken en dat wil ik zo houden. Dat bestaat onder andere uit het maken van contracten, bijvoorbeeld bij aannemers (samen met een specialist van onze Nederlandse kantoren), of het opzetten van een distributiestelsel. Dat is creatief werk. Trouwens, het hele rechtsbedrijf vraagt creativiteit, naast een gevoel van wat „redelijk” is. Je moet kunnen omgaan met open normen. *I know it when I see it*, zoals een lid van een Amerikaanse Supreme Court zei toen hij moest aangeven wat onder pornografie valt.

Het Europese recht kun je niet goed beheersen zonder dat je het nationale recht blijft volgen. Het aardige ervan is namelijk dat je steeds geconfronteerd wordt met andere rechtsgebieden: administratief recht, volkenrecht, burgerlijk recht, i.p.r., strafrecht, vennootschapsrecht. Het gaat ook vaak om zaken die voor de nationale rechter spelen. In de broodoorlog liep een civiele procedure in Almelo, hadden in Den Bosch vier strafzittingen plaats en we zijn ook nog naar het Luxemburgse Hof gegaan. Het pleiten in Luxemburg geeft, evenals de contacten met de Commissie, nog eens een extra dimensie aan het Europese recht.

Er gebeurt heel veel met 1992 in zicht. De Commissie produceert een ongelofelijke hoeveelheid wetgeving. Het landbouwwrecht was al een *mer à boire*, belangrijke richtlijnen komen er op het gebied van de openbare aanbesteding, het milieu, financiële dienstverlening en het vervoer. Je kunt het moeilijk allemaal bijbenen, maar dat hoeft ook niet: sommige richtlijnen gaan over achterlichten.

Het is jammer dat men de EEG zo lang links heeft laten liggen. Nu hebben de consultants zich er op gestort - er valt geld te verdienen - en is 1992 een verschijnsel geworden. Het lijkt alsof er een wereld is opengegaan, iedere overname of fusie wordt in dit licht gezien en zo wordt 1992 een self-fulfilling prophecy.

Toch valt het wel mee, voor de advocatuur. Er is weliswaar een richtlijn voor de onderlinge erkenning van diploma's, maar deze geldt niet zonder meer voor de juridische diploma's. Internationale samenwerking is vooral nuttig om een cliënt naar een goede advo-

caat in het buitenland te kunnen verwijzen. De contacten hiervoor worden bij uitstek gelegd in de *International Bar Association*. Ieder jaar wordt er ergens in de wereld een congres gehouden en dan ontmoet je je vakbroeders uit alle landen van de wereld. Laatst moest ik voor een cliënt binnen enkele uren een goede Colombiaanse advocaat vinden. Dat is helemaal niet gemakkelijk, maar het zou goed kunnen, dat je zelf (of een kantoorgenoot) op zo'n congres een Colombiaanse advocaat gehoord of gesproken hebt.

Er verandert voor mij niet zoveel. Het soort zaken waarmee ik mij heb beziggehouden, zal zich in de toekomst ook voordoen. Bovendien ben en blijf ik een beetje een idealist, ik voel mij Europeaan. Net zoals het ontstaan van nieuwe verkoopvormen (franchising), de consumentenbescherming en de automatisering is de Europese integratie een ontwikkeling waaraan veel juristen zich zullen moeten aanpassen. Dat geldt ook voor het NBW, al kan je dus afvragen of zo'n ingrijpende wijziging van structuur en begrippen werkelijk voorziet in een maatschappelijke behoefte.

VIII

Vele richtlijnen zijn compromissen, die ruimte laten voor afwijkende regels in de verschillende landen. Zij leiden dus niet tot volledige harmonisatie, maar je kunt het ook omdraaien: zonder die richtlijnen zou er van harmonisatie helemaal niets terechtkomen.

Een effectiever instrument is de verordening, zoals bijvoorbeeld die over het Europees Economisch Samenwerkings Verband. Hiermee wordt in het Nederlands vennootschapsrecht een nieuwe rechtspersoon geïntroduceerd die het mogelijk maakt voor ondernemingen uit verschillende lidstaten samen te werken. Het EESV kan niet als topholding fungeren, maar wel een ondersteunende functie op het vlak van de inkoop, verkoop, research en dergelijke wel vervullen. Het bijzondere nu is dat het statuut van deze rechtspersoon wordt beheerst door die nieuwe EEG-verordening. EEG-recht regelt zo rechtstreeks bijvoorbeeld de bevoegdheden van de directie. Nationaal kan daar niet van worden afgeweken.

Voorts kiest de Commissie meer en meer voor de erkenning van de onderlinge gelijkwaardigheid van nationale regelingen. *Home*

country control, noemt men dat. Daarmee voorkom je dat voor ieder product een aparte richtlijn moet komen. Dit is vooral voor de warenwetgeving van belang, maar problemen zullen er altijd zijn. *Yogho-yogho* mag in Frankrijk niet worden verkocht, omdat het gesteriliseerd is en dan mag het daar geen yoghurt heten. De Commissie was vastbesloten Frankrijk te vervolgen wegens inbreuk op de beginselen van het vrije goederenverkeer. Uiteindelijk heeft, onder ongekend zware druk van de Franse zuivelloobby, het recht het moeten afleggen tegen de politiek. Dat is frustrerend. Tijdens de vergadering van de EG-commissarissen kregen zij *Yogho-yogho* geserveerd. Ze vonden het lekker maar het mocht niet baten.

De EEG-wetten ontberen de *travaux préparatoires*. Je kunt wel proberen bij de Commissie de uitleg van regels los te peuten. Soms vind je een aanwijzing in de wijzigingen van de concept richtlijn. Meestal moet je het doen met de considerans en de richtlijn zelf. Bij verordeningen wil de Commissie nog wel eens zelf een toelichting geven, zoals bij de verordening inzake de vrijstelling van het kartelverbod van exclusieve afname- en distributiecontracten. Je zou kunnen zeggen dat deze toelichting een authentieke uitleg van de verordening geeft, maar hij lijkt mij niet bindend. Als er een geschil is, beslist uiteindelijk het Hof.

Sinds de Europese Akte is het Europees parlement nauwer bij de wetgeving betrokken. Het heeft echter niet het recht van initiatief en kan een wet niet tegenhouden. Een wonderlijke situatie. Er komt steeds maar meer wetgeving zonder de contrôle die wij nationaal gewend zijn.

Een zaak winnen is minder leuk dan een zaak verliezen vervelend is. Naar mate de procedure vordert, identificeer je je steeds meer met het belang van je cliënt en dan is winnen niet meer dan vanzelfsprekend. Verliezen, dat komt hard aan. De mooiste zaak bestaat eigenlijk niet. Er zijn wel zaken die je steeds blijft herinneren. De broodoorlog was mooi. Ik was bij de voorbereidingen betrokken. Het is spannend als je weet dat zoiets op een gegeven moment losbarst. Na vier jaren procederen is EDAH ontslagen van rechtsvervolging. Het Europese Hof had de minimum broodprijs voor ingevoerd brood veroordeeld en het Hof Den Bosch meende dat deze

uitspraak ook het Nederlands brood moest betreffen. Intussen wordt de minimum broodprijs afgeschaft. Dat is Europa. Nederland bestaat straks niet meer. Een andere zaak die mij is bijgebleven dateert uit mijn stagetijd. Een man wilde zijn fietsenmaker aanspreken. Hij was een Jehova's getuige en zijn fietsenmaker was, naar zijn zeggen, anti-Jehova. Een uur nadat hij zijn brommer had opgehaald, slipte hij ermee in de tramrails. Hij was ervan overtuigd dat er bewust aan zijn brommer was gerommeld, vanwege zijn geloof. Hij leed f 125,- schade en ik zou voor deze zaak - een toevoeging - f 220,- opstrijken. Het leek mij als stagiaire een voor de hand liggende gedachte mijn cliënt f 125,- te geven en zelf de f 220,- te incasseren, maar dat zou in strijd met de ereregelen zijn geweest. De zaak is uiteindelijk geschikt: ieder droeg de helft van de schade.

IX

Het leuke van de advocatuur is meteen het bezwaarlijke. Het is casuïstisch en het dossier wordt op een bepaald moment gesloten. De relatie met cliënten en het feit dat ik in het bestuur van de maatschap zit, zorgt echter voor continuïteit. Het bestuur betreft je in bepaalde ontwikkelingen. Het werk in Salzburg kun je ook in dit licht zien en voorts publiceer ik graag, om eens verder te kijken dan een zaak vergt. Hierbij probeer ik tot een objectief oordeel te komen. Ik betrap mij er op dat ik bij het overlezen van een stuk een al te uitgesproken mening nog wel eens nuanceer. De Belgische jurist Van Gerven heeft geschreven dat recht zo simpel moet zijn, dat je het aan een kind kunt uitleggen. Zijn laatste boek had hij de titel willen meegeven „Pappa, wat is recht”, maar het is hem niet gelukt, terwijl hij toch over een fabuleuze schrijfstijl beschikt. Zelf leg ik een juridisch probleem het liefst aan een ontwikkelde niet-jurist voor. Zo ontdek je de kern van de zaak en dat helpt je anderen te overtuigen.

Persönlichkeitsrechtsschutz im gegenwärtigen und zukünftigen deutschen internationalen Privatrecht

C. von Bar*

I. Sachrechtliche Gegebenheiten

Das Recht der immateriellen Persönlichkeitsgüter ist in den einzelnen Staaten sowohl seinem Inhalt als auch seiner dogmatisch-theoretischen Struktur nach unterschiedlich geordnet. Im Namensrecht zum Beispiel springt sofort ein erheblicher konzeptioneller Unterschied zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz einerseits und den Rechten des anglo-amerikanischen Rechtskreises andererseits ins Auge. Denn die drei deutschsprachigen Länder arbeiten mit einem absoluten Recht am Namen¹, während das Common Law ein solches Recht niemals akzeptiert hat. „There is no such thing as an exclusive right to the use of a name“ liest man bei Prosser², und aus England hört man, daß „in this country we do not recognize the absolute right of a person to a particular name to the extent of entitling to prevent the assumption of that name by a stranger.“³ Rechtsordnungen, die über ein so liberales Namensbildungsrecht verfügen wie das Common Law⁴, müssen diesen Ansatz notwendig in das Namensschutzrecht hinein verlängern. Denn würden sie in ihm mit absoluten Ausschließlichkeitsbefugnissen arbeiten, dann würden sie dadurch auch ihr Namensbildungsrecht entscheidend schwächen. Der von den Rechten des germanischen

* Prof. dr. C. von Bar is hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Universiteit Osnabrück.

1. Vgl. zum deutschen Recht (§ 12 BGB) etwa BGHZ 8 S.318; RGZ 56 S. 190 und RGZ 91 S. 350, 352; zum schweizerischen Recht (Art. 29 ZGB) BGE 102 II 161 und BGE 108 II 241; zum österreichischen Recht (§ 43 ABGB) OGH JBI 1953 S. 518 sowie OGH SZ 37 S. 178.
2. Prosser(-Keeton), Torts (St. Paul, Minn. 1984) S. 852.
3. Earl Cowley v. Countess Cowley [1901] A.C. 450, 459 (per Lord Lindley); vgl. auch Dockrell v. Dougall (1899) 80 L.T. 556.
4. Einzelheiten bei Josling, Change of Name (London 1985).

Rechtskreises abweichende Ansatz bedeutet freilich noch keineswegs immer, daß das englische und die nordamerikanischen Rechte gezwungen wären, dort völlig auf Rechtsschutz zu verzichten, wo in den deutschsprachigen Staaten mit dem Konzept eines absoluten Rechtes gearbeitet wird. So ist zwar das Delikt des Namensbestreitens innerhalb des Common Law nicht konstruierbar, aber es spielt auch für das deutsche Recht praktisch kaum eine Rolle.⁵ Im Zentrum steht hier vielmehr, wie überall sonst auch, das Problem der Identitätstäuschung, das seinerseits sein Abbild in dem Delikt der Namensanmaßung (des unbefugten Namensgebrauches⁶) findet. Diese unerlaubte Namensanmaßung ist nun zwar erneut ihrem Kern nach deshalb ein typisch deutsches Delikt, weil es eine Handlung mit Schadensersatz bewehrt, die bei anderen bewirken soll, daß die mit Namen bezeichnete *Person* als die des wahren Namensträgers angesehen wird.⁷ Das Entscheidungsmaterial zur Namensanmaßung zeigt jedoch, daß das kontinentale Namensschutzrecht auch hier seinen Schwerpunkt noch nicht hat.⁸ Wirklich kraftvoll hat es erst in einem Bereich operiert, der sowohl von der deutschen als auch von der schweizerischen Rechtsprechung ohne Umschweife als „Ausdehnung“ der jeweiligen gesetzlichen Tatbestände qualifiziert worden⁹ ist: bei der Bezeichnung *einer Ware oder Leistung* mit dem Namen eines anderen zu dem Zweck, diese Leistung als die des Namensträgers auszugeben.¹⁰ In diesem praktischen Schwerpunktbereich des Namensanmaßungsrechts vermögen nun aber auch das englische und - noch effektiver - die amerikanischen Rechte Schutz zu gewähren. Denn das englische Recht hat für solche Fälle das Delikt des

5. Näher Staundiger-Coing/Habermann, § 12 BGB, Rdnr. 116 ff.

6. Beide Begriffe werden in Deutschland und in der Schweiz synonym gebraucht, vgl. Staundiger-Coing/Habermann aaO Rdnr. 128 ff.

7. Vgl. RG HRR 1938 Nr. 1583; RGZ 91 S. 350, 352 sowie BGHZ 30 S. 7, 9.

8. Wie Fn. 6; ferner MünchKomm-Schwerdtner, § 12 BGB Rdnr. 102 ff und Raschauer, Namensrecht (Wien/New York 1978) S. 282 ff.

9. BGHZ 30 S. 7, 9 sowie BGE 102 II 161, 165 f.

10. In dieser Richtung etwa BGE 80 II 140; BGE 87 II 111; BGH LM Nr. 21 zu § 12 BGB sowie BGH NJW 1959 S. 525. Extrem weit in dieser Richtung (Hinweis auf frühere Tätigkeit in Anzeigen über Gründung einer Arztpraxis als Namensanmaßung OLG München OLGZ 1974 S. 280 ff.

„passing off“¹¹ entwickelt, und in den Staaten der USA ist dieser Bereich längst mit der dortigen Rechtsfigur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des right of (oder to) privacy¹² erfaßt.¹³

Das verhältnismäßig große, alle Möglichkeiten eines Identitätstäuschungsdeliktes¹⁴ ausschöpfende Gewicht, das dem Namensanmaßungsrecht im deutschen Sach- (und, über dieses nicht zufällig auch im deutschen Kollisions-¹⁵) Recht stets zugekommen ist, erklärt sich rückblickend also offenbar auch daraus, daß ihm immer schon ein auf die Gedankenwelt des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes hinführendes Streben innewohnte. Was in der Schweiz schon länger Praxis zu sein scheint, nämlich in geeigneten Fällen zwischen dem Namensschutz (Art. 29 Abs. 2 ZGB) und dem allgemeinen Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 Abs. 1 ZGB) zu changieren¹⁶, das wurde in der Bundesrepublik erst möglich, nachdem der BGH das sogen. Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus der Taufe gehoben¹⁷ und seine Verletzung mit Schmerzensgeldansprüchen bewehrt¹⁸ hatte. In Anlehnung an eine von Prosser für die umfangreiche amerikanische Rechtsprechung entwickelte Systematik¹⁹ kann man auch die heute in der Bundesrepublik unter dem Stichwort Allgemeines Persönlichkeitsrecht erfaßten Situationen auf vier große Fallgruppen aufteilen. Es geht (1) um Delikte gegen das physische

11. Vgl. schon Tussaud v. Tussaud (1890) 44 Ch. 679; Einzelheiten etwa bei Clerk & Lindsell (-Armitage and Dias), Torts (London 1975) Rdnr. 2227 ff.
12. Warren und Brandeis sprachen in ihrem berühmten Aufsatz in 4 (1890/91) Harv.L.Rev. 193 noch von dem „right to privacy“; heute ist einheitlich von einem „right of privacy“ die Rede.
13. Prosser (-Keeton) aaO (Fn. 2) S. 851.
14. Zu seinen Grenzen BGHZ 30 S. 7 ff; BGHZ 81 S. 75 ff sowie BGE 108 II 241 ff.
15. Heldrich, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internationalen Privatrecht, in: v. Caemmerer (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse (1983) S. 361, 363 bemerkt mit Recht, die deutsche kollisionsrechtliche Judikatur zum Persönlichkeitschutz habe „überwiegend Fragen des Namensschutzes“ betroffen.
16. Vgl. BGE 102 II 161, 166; „Eine strenge Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Art. 29 Abs. 2 und 28 Abs. 1 ZGB ist ... nicht erforderlich ... Wird der Begriff der Namensanmaßung eng gefaßt, so bleibt immer noch der Rückgriff auf die allgemeine Vorschrift des Art. 28 ZGB, um den Anspruch einer Person auf Schutz ihres Namens vor ungerechtfertigter Beeinträchtigung zu wahren.“
17. BGHZ 13 S. 334 ff.
18. BGHZ 26 S. 349 ff.
19. AaO (Fn. 2) S. 849 ff; in deutscher Übersetzung erschienen als: Prosser, Das Recht auf die Privatsphäre in Amerika, RabelsZ 21 (1956) S. 401 ff.

Alleinsein oder die Zurückgezogenheit einer Person, (2) um die Benutzung eines fremden Bildes (vgl. § 22 KunstUrhG) oder Namens zu geschäftlichen Zwecken auch und gerade in dem Bereich, in dem eine Identitätstäuschung nicht zu befürchten ist²⁰, (3) um den Schutz vor Veröffentlichungen aus der Privat- und Intimsphäre, und schließlich (4) um den Schutz vor entstellenden, aber nicht notwendig entehrenden Tatsachenbehauptungen. Das sogen. Allgemeine Persönlichkeitsrecht hat auf diese Weise für das deutsche Recht ein Dreifaches geleistet: Es hat seinen Schutz auf der Rechtsfolgenseite effektiert, es hat seine namensrechtlichen Fesseln gesprengt, und es hat die Schranken eines vom BGB nur schutzgesetzlich gewährten Ehrenschatzes (§ 823 Abs. 2) übersprungen.

Wenn man diese Entwicklungen nun zum Recht anderer Länder in Beziehung setzt, dann muß man zunächst von den spezifisch dogmatischen Funktionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts innerhalb der deutschen Privatrechtsordnung abstrahieren. So hat der rechtstechnische Kunstgriff, ein „absolutes“ Recht an der Persönlichkeit in die „sonstigen“ Rechte des § 823 Abs. 1 BGB hineinzulesen, als solcher für die materielle Rechtslage praktisch überhaupt nichts zu bedeuten. Frankreich zum Beispiel verfügt über ein ausgebautes²¹ und, wie eine sehr schöne Studie von Ehlers und Baumann jüngst gezeigt hat²², über ein das deutsche sogar in den Schatten stellendes persönlichkeitsrechtliches Schutznetz. Das französische Recht hat lange auch schon intensiven Bild- und Namensschutz betrieben.²³ Gleichwohl operiert man dort weder mit einem abso-

20. Wie Fn. 14.

21. Eindringlich dazu Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (1984), Bd. 2, S. 440, 448 ff; vgl. aus dem deutschen Schrifttum ferner Constantinesco, Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht, AcP 159 (1960/61) S. 320 ff; Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 2 (1986) S. 523 ff; aus dem französischen Schrifttum s. etwa Carbonnier, Droit Civil - Les Personnes, La Famille, Les Incapacités (Paris 1983) S. 22 ff. Für einen neueren Rechtsprechungsbericht siehe Lindon/Amson, Droits de la Personnalité, D. 1987.1. 384 ff.

22. Ehlers/Baumann, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts in der französischen Rechtsprechung - ein Vergleich mit dem deutschen Recht, ZvglRWiss 77 (1978) S. 241 ff.

23. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den

luten Namens-, noch mit einem absoluten Persönlichkeitsrecht.²⁴ Diese deliktsrechtlichen Figuren sind dem französischen Sachrecht also nur als juristisch-technische Denkform fremd, den Konfliktstoff selber, den sie in Deutschland bewältigen helfen, hat das französische Haftungsrecht deshalb noch keineswegs weniger sicher im Griff.

Anders ist die Situation in England. Denn die dortige Absage an ein „right of privacy“ ist deshalb von ganz anderer Qualität als die französische Absage an ein „droit général de la personnalité“²⁵, weil jene zu durchaus nennenswerten Schutzlücken führen kann. Für das englische Recht gilt noch immer, daß „an aggrieved person must frame his action under an existing head of tort - defamation, contempt of court, trespass, nuisance, breach of confidence or breach of copy-right - or he will be without a legal remedy“.²⁶ Das hat zum Beispiel zur Folge, daß die Verwendung eines fremden Namens²⁷ oder die Veröffentlichung des Bildes²⁸ eines anderen in der Werbung solange ohne deliktsrechtliche Konsequenzen bleiben, wie diese Handlungen die Schwelle zur Beleidigung²⁹ oder zur Urheberrechtsverletzung³⁰ nicht überschreiten. Wo weder nuisance noch trespass vorliegen, stehen dem Betroffenen auch keine Möglichkeiten gegen die Ausspionierung seines Lebens³¹ oder gegen Fotografieren seines Hauses aus der Luft³² zur Verfügung³³; die englischen Gerichte haben nicht einmal ein „right to telephonic privacy“ zu akzeptieren vermocht.³⁴ Schwächen dieser Art stehen

Vereinigten Staaten von Amerika (Gutachten, 1960) S. 82 ff; zum Recht am eigenen Bild s. etwa jüngst Paris 25.10.1982, D.Jur. 1983 S. 363.

24. Der Art. 9 Abs. 1 Cc sagt zwar: „Chacun a droit au respect de sa vie privée“, doch ändert das nichts daran, daß das französische Deliktsrecht in Verhaltensnormen (und nicht in den Kategorien eines absoluten Rechts- und Rechtsgüterschutzes) denkt.

25. Dazu noch Zweigert/Kötz aaO (Fn. 21) S. 449.

26. Redmond-Cooper, The Press and the Law of Privacy, 34 (1985) IntCompLQ 769.

27. Dockrell v. Dougall (1899) 80 L.T. 556.

28. Tolly v. Fry [1930] 1 K.B. 467.

29. Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Dunlop [1921] A.C. 367.

30. Williams v. Settle [1960] 1 W.L.R. 1072.

31. Vgl. Max-Planck-Institut aaO (Fn. 23) S. 204.

32. Bernstein of Leigh v. Skyviews [1978] 1 Q.B. 479.

33. Weitere Einzelheiten bei Winfield/Jolowicz(-Rogers), On Tort, (London 1984), die „infringement of privacy“ als einen „doubtful tort“ darstellen.

34. Malone v. Metropolitan Police Commissioner [1979] Ch. 344.

freilich auch erhebliche Stärken gegenüber. Denn das Common Law verfügt mit seinen beiden Beleidigungstatbeständen „libel“ und „slander“ über einen deutlich anspruchsvolleren Ehrenschatz als zum Beispiel das deutsche Recht. „libel“ ist, verkürzt gesagt, eine in Büchern, Zeitungen oder Briefen verkörperte und deshalb dauerhafte (sichtbare) Beleidigungsform³⁵; slander³⁶ ist „anything temporary and audible“.³⁷ Beide Delikte setzen weder eine Beleidigungsabsicht noch überhaupt Verschulden voraus.³⁸ Da „libel“ noch dazu „actionable per se“ ist, also einen Ersatzanspruch ohne „proof of actual damage“ gewährt, wird dieser Tatbestand zu einer scharfen Waffe in der Auseinandersetzung zwischen Privatleuten und der Presse: Diese muß - ganz anders als im deutschen Recht - u. U. auch ohne eigenes Verschulden Schmerzensgeld zahlen.

Abweichungen in der Haltung gegenüber der Frage, ob, unter welchen Umständen und in welcher Höhe³⁹ die mit der Verletzung von Persönlichkeitsrechten verbundene immaterielle Unbill ausgeglichen werden soll, begegnen natürlich nicht nur im Vergleich mit dem Rechtsordnungen des Common Law. Im japanischen Recht zum Beispiel war die Verletzung der Ehre unter dem BGB (§ 710) schon von Anfang an schmerzensgeldbewehrt. Das japanische BGB hat also in Anlehnung an § 704 des ersten deutschen BGB-Entwurfs⁴⁰ nicht nur immer schon die Ehre als absolutes Recht geschützt, sondern es hat sich auch die Bedenken der deutschen Reichstagskommission

35. Vgl. *Monson v. Tussauds Lt.* [1984] 1 Q.B. 673 (Ausstellung in einem Wachsfigurenkabinett: Libel).

36. Dazu näher: Helmholz, *Damages in Actions for Slander at Common Law*, 103 (1987) LQRev. 624.

37. *Dias/Marquesinis, The English Law of Torts* (London 1976) S. 161.

38. *Cassidy v. Daily Mirror Newspapers, Ltd.* [1929] 2. K.B. 331; *E. Hulton and Co. v. Jones* [1910] A.C. 20. Vgl. aber auch - zur „offer of amends“ for an „innocent“ defamation - sec. 4 (3) Defamation Act 1952.

39. Geradezu astronomische Beträge werden (aus der Sicht kontinentaleuropäischer Juristen) mit dem Instrumentarium der punitive damages in den USA erreicht, was gegebenenfalls auch das Anerkennungsrecht vor erhebliche Probleme stellt, vgl. Stiefel/Stürner, *Die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile exzessiver Höhe*, *VersR* 1987 S. 829 ff sowie Drolshammer/Schärper, *Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei der Vollstreckung eines US-amerikanischen „punitive damages-Urteils“*, *SJZ* 1986 S. 309 ff.

40. Zur Geschichte der Rezeption deutschen Deliktsrechts in Japan näher *Urakawa/v. Bar, Verschuldens- und Gefährdungshaftung im japanischen Recht*, *RabelsZ* 43 (1979) S. 147 ff.

nicht zu eigen gemacht, die gemeint hatte, „nach der allgemeinen Volksauffassung sei es wenig ehrenvoll, sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen, und derjenige habe wenig Ehre zu verlieren, der die Verletzung derselben durch eine Klage auf Geld zu reparieren suche.“⁴¹ Erwägungen dieser Art haben sich offenbar in der DDR⁴² und in einigen anderen sozialistischen Staaten⁴³ gehalten; § 336 ZGB der DDR schließt einen Schmerzensgeldanspruch jedenfalls aus, und Polen⁴⁴ beschränkt ihn auf die Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre (Art. 445 ZGB). Großzügiger sind Ungarn⁴⁵ und Jugoslawien.⁴⁶ In Österreich⁴⁷ und der Schweiz (art. 28 a II OR⁴⁸) werden eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens verlangt. Wieder andere Rechte verzichten demgegenüber weitgehend auf eine saubere Trennung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden; in ihnen geeignet erscheinenden Fällen begnügen sie sich gelegentlich sogar mit einem nur symbolischen Schmerzensgeldbetrag.⁴⁹

41. Näher und mit Nachweisen: v. Bar, Schmerzensgeld und gesellschaftliche Stellung des Opfers bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1980 S. 1724.
42. Vgl. Püschel, Persönlichkeitsrechte unter dem Schutz des künftigen Zivilrechts, NJ 1967 S. 726, 758, 759, s. auch Fritsche/Posch, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeitsrechte der Bürger, NJ 1982 S. 224 f.
43. Überblick bei Westen, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz im sozialistischen Recht, ROW 1967 S. 145 ff; zur CSSR näher Knap, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem neuen tschechoslowakischen bürgerlichen Gesetzbuch, Ufita 47 (1966) S. 223 ff.
44. Dazu Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hrsg.), Deutsch-polnisches Kolloquium über Wirtschaftsrecht und das Recht des Persönlichkeitsschutzes (1985).
45. Eckhardt, Der Schutz der Persönlichkeit im ungarischen Zivilrecht unter rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Köln (1985) S. 111; Bárd/Kiss, Der Ersatz für immateriellen Schaden in Ungarn, VersR 1981 S. 911 ff.
46. Finzgar, Jugoslawisches Recht, in: Dworkin/Fleming/Hubrecht/Strömholm/Finzgar/Kübler, Die Haftung der Massenmedien, insbesondere der Presse, bei Eingriffen in persönliche oder gewerbliche Rechtspositionen (1972) S. 99 ff; für das neue jugoslawische Recht v. 1978 s. Art. 200 ff Obligationengesetz.
47. Bydlinski, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, in: Festschrift v. Caemmerer (1978) S. 785 ff.
48. Näher etwa Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz (Zürich 1986) Rdnr. 563 ff.
49. Beispielsweise Frankreich, vgl. (die zugleich die nicht ganz einfache Rechtslage erläuternden Entscheidungen) Cass.civ. 28.11.1962, Gaz.Pal. 1963.1.108, sowie Cass.crim. 8.7.1975, J.C.P.. 1976.II.18369, note Caleb, Zu Art. 700 des neuen Code de procédure civil s. im übrigen Paris 26.3.1987, Sem.Jur. 1987.II.20904.

II. Die grundsätzliche Herrschaft des Deliktsstatutes und seine Ermittlung

1. Persönlichkeitsrechtsschutz und Internationales Deliktsrecht

Angesichts solcher Rechtsvielfalt (die im Vorstehenden natürlich nur schemenhaft angedeutet werden konnte) und angesichts des Umstandes, daß die grenzüberschreitenden Vertriebs-, Kommunikations- und Informationstechniken der Gegenwart ein gewaltiges persönlichkeitsrechtliches Konfliktpotential aufgebaut haben, können internationalprivatrechtliche Fragenstellungen aus diesem Bereich heute jederzeit die Gerichte erreichen. Umso auffälliger ist es deshalb, wie wenig gesetzliche Vorarbeit ihnen dafür zur Verfügung steht. Das derzeit in der Bundesrepublik Deutschland noch gültige IPR schweigt zu diesem Problembereich, sieht man von der Exklusivnorm des Art. 38 EGBGB⁵⁰ ab, völlig, und das zukünftige Kollisionsrecht wird sich in den Artt. 40 ff. EGBGB⁵¹ ohne weitere Aufgliederungen⁵² nur mit der „außervertraglichen Haftung“ insgesamt befassen. Eine besondere Kollisionsnorm wird es weder zu dem Gesamtkomplex der Persönlichkeitsrechtsverletzungen⁵³ noch wenigstens zum Namensschutzrecht⁵⁴ geben.

Solch fehlende persönlichkeitsrechtliche Ausdifferenzierung des (demnächsts) gesetzlich geregelten deutschen Internationalen Deliktsrechts bedeutet freilich weder schon notwendig, daß sich mit dem vorhandenen Normeninstrumentarium die spezifischen Probleme des

50. Die (zur Streichung) anstehende, auf Art. 12 EGBGB i. d. F. von 1896 zurückgehende Vorschrift lautet: „Aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.“
51. Der bislang bekannt gewordene Text eines Referentenentwurfes ist u.a. abgedruckt bei Ferid, IPR, 6 - 205, 1.
52. Sonderregeln gibt es nur für den Unlauteren Wettbewerb (Art. 40 II Nr. 2 EGBGB-E) und für die Immaterialgüterrechte (Art. 42 III EGBGB-E).
53. Wie in der Schweiz, wo in Art. 135 des Entwurfes eines Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht eine umfängliche - und in ihren vielfältigen Wahlmöglichkeiten verwirrende - Regelung für Ansprüche aus Verletzungen der Persönlichkeit durch Druckerzeugnisse, Rundfunk- und Fernsehsendungen vorgesehen ist. Für eine Sonderanknüpfung der Verletzung von Persönlichkeitsrechten auch Schnitzer, Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz, SJZ 1980 S. 309, 314.
54. Wie in Österreich, vgl. § 13 II IPR-Gesetz: „Der Schutz des Namens ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Verletzungshandlung gesetzt wird.“

Namens-, Ehren- und Persönlichkeitsrechtsschutzes nur eingeschränkt in den Griff bekommen ließen, noch bedeutet es, daß dieses Gebiet ununterscheidbar von seinen anderen Materien im allgemeinen Internationalen Deliktsrecht untergehen müßte. Beides ist, wie sich aus den nachfolgenden Bemerkungen noch näher ergeben wird, in Wirklichkeit nicht der Fall. Nach alledem, was man aus der bisherigen deutschen Rechtsgeschichte und aus den Entwicklungstendenzen ausländischer Kollisionsrechte lernen kann, steht es vielmehr so, daß sich der Persönlichkeitsrechtsschutz (im weiteren Sinn) auch unter dem breiten Dach des Internationalen Deliktsrechts seine rechtsanwendungsrechtliche Identität zu erhalten pflegt. Wir kommen darauf zurück. Erwähnt seien hier aber bereits die nach wie vor problematische Rolle des Personalstatuts im Vorfragenbereich, ferner die eigenartigen Schwierigkeiten um die Tatortlokalisation und schließlich die Frage, welche Bedeutung man dem Umstand zumessen soll, daß sich im In- und Ausland tatsächlich doch immer wieder die *lex fori* mächtig Bahn gebrochen hat. Wie immer schon in Deutschland, so werden persönlichkeitsverletzende Tatbestände zum Beispiel auch in der Schweiz⁵⁵, in Österreich⁵⁶, in Frankreich⁵⁷ und im Vereinigten Königreich⁵⁸ und in den USA⁵⁹ nach

55. Wie Fn. 53; im übrigen schon BGE 35 II 477, 480 (1909); BGE 43 II 309, 316 ff (1917) und BGE 51 II 327 (1925). Aus dem Schrifttum s. etwa v. Steiger, Betrachtungen zum Schutz der Persönlichkeit im internationalen Privatrecht, SchwJbIntR 1968 S. 197 ff; Vischer/v. Planta, IPR (Basel 1982) S. 49 ff; Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz (Basel 1985) S. 129 ff; Beitzke, Das Deliktsrecht im schweizerischen IPR-Entwurf, SchwJbIntR 1979 S. 93, 104 f.
56. Wie Fn. 54; vgl. ferner OGH JBl 1976 S. 102 ff; Beitzke, Neues österreichisches Kollisionsrecht, RabelsZ 43 (1979) S. 245, 258 f, 271 f; Schwimann, Grundriß des internationalen Privatrechts (1982) S. 79, S. 163 ff.
57. So jedenfalls in zuständigkeitrechtlichem Zusammenhang Trib.gr.inst. Paris, 29.9.1982 und 27.4.1983, Rev.crit.dr.i.pr. 1983 S. 670 sowie Paris 19.3.1984, GRUR-Int 1986 S. 555 ff. Batiffol/Lagarde, Droit international privé II (Paris 1983) No. 392 bemerken allerdings (indem sie die Anknüpfung an das Personalstatut zurückweisen): „La jurisprudence semble s'orienter à juste titre vers l'application de la loi française prise comme loi de police.“ Trib.gr.inst. Paris 23.6.1976, Rev.crit.dr.i.pr. 1978 S. 132 wendet bei einem deutsch-französischen Pressedelikt französisches Recht auf den Schaden an, der sich in Frankreich realisiert hat; für die Beurteilung des deutschen Teils hält man sich nicht für zuständig.
58. Machado v. Fontes [1897] 2 Q.B. 231 (C.A.) (Verwirklichung des Libel-Tatbestandes im Ausland; Anwendung der Regel aus Phillips v. Eyre (1870) L.R.6.Q.B.1); Szalatny Stacho v. Fink [1947] K.B.1 (C.A.) (Schriftliche Beleidigung zwischen Tschechen auf englischem Boden, englisches Recht angewandt).

dem Deliktstatut beurteilt. Gleichwohl macht es außerhalb der USA, wo die vorwiegend *interlokalrechtliche* Problemstruktur⁶⁰ eine Anknüpfung der Ehr- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen an den Wohnsitz des Opfers gefördert hat⁶¹, immer noch außergewöhnliche Schwierigkeiten, Entscheidungen zu finden, in denen tatsächlich einmal ein anderes Recht als das des Forums angewandt worden wäre.⁶² Muß man diesen tatsächlichen Befund auf ein allgemeines Unwohlsein gegenüber der Anwendung fremden Privatrechts zum Schutz der Persönlichkeit zurückführen, oder läßt er sich mit der besonderen Anknüpfungssituation in dem jeweiligen Internationalen

59. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa *Banks v. King Features Syndicate*, 30 F.Supp. 352 (1939); *Hartmann v. Time Inc.*, 166 F. 2d 127, 1 A.L.R. 2d 370 (3rd Cir. 1948); *Mattox v. News Syndicate Co., Inc.*, 176 F. 2d 897, 12 A.L.R. 2d 988 (2nd Cir. 1949); *Dale System v. General Teleradio Inc.* 105 F. Supp. 745 (1952); *Bernstein v. National Broadcasting Co.*, 129 F. Supp. 817 (1955); *Hanley v. Tribune Publishing Co.*, 527 F 2nd 68 (9th Cir. 1975); *Machleder v. Diaz*. 538 F. Supp. 1364 (1982).
60. Sie ist m.E. nicht hinlänglich berücksichtigt bei Schwiegel = Klein, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien im Internationalen Privatrecht, Diss. Münster 1983, einer Dissertation, die im übrigen einen recht guten deutschsprachigen Überblick über die amerikanische Kollisionsrechtsprechung gibt.
61. Wie Fn. 59 und 60; vgl. ferner die §§ 152 und 153 des 2nd Restatement (American Law Institute, Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d, §§ 1 to 221; St. Paul 1971), deren Text lautet wie folgt: § 152. Right of Privacy. In an action for an invasion of a right of privacy, the local law of the state where the invasion occurred determines the rights and liabilities of the parties, except as stated in § 153, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied. § 153. Multistate Invasion of Privacy. The rights and liabilities that arise from matter that invades a plaintiff's right of privacy and is contained in any one edition of a book or newspaper, or any one broadcast over radio or television, exhibition of a motion picture, or similar aggregate communication are determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6. This will usually be the state where the plaintiff was domiciled at the time if the matter complained of was published in that state.
62. In der bisherigen Rechtsprechung lassen sich, soweit ich sehe, nur Entscheidungen nachweisen, bei denen sich mittelbar aus Erwägungen zur (fehlenden) internationalen Zuständigkeit die Auffassung ableiten läßt, es solle ein ausländisches Forum nach seinem Sachrecht entscheiden, vgl. BGH NJW 1977 S. 1590 sowie die in Fn. 57 berichtete französische Rechtsprechung. Wenn es erlaubt ist, die dortige zuständigkeitsrechtliche Beschränkung auf den in Frankreich eingetretenen Schaden in eine allseitige Kollisionsnorm umzudeuten, dann enthielte sie eine Verweisung auf alle Rechte, in deren Territorium sich ein persönlichkeitsrechtlicher Schaden realisiert.

Deliktsrecht⁶³ bzw. mit internationalzuständigkeitsrechtlichen Erwägungen hinreichend erklären? Bemerkenswert ist in diesem allgemeinen Zusammenhang ja auch, daß es Anläufe zu einer Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der Persönlichkeitsrechtsverletzungen noch nicht einmal im Ansatz gibt: In einem derart sensiblen Rechtsgebiet wil jeder Staat offenbar noch in seinem IPR Herr im eigenen Haus bleiben. Wie immer im übrigen die konkrete Anknüpfungssituation nach ausländischen Kollisionsrechten beschaffen sein mag - von praktischem Belang wird sie recht bald „nur“ noch für den Anwalt sein, der für seinen Mandanten ein Forum sucht; den deutschen Richter wird sie in absehbarer Zeit nicht mehr zu bekümmern brauchen. Denn während z. Zt. noch durchaus undeutlich ist, ob die internationaldeliktsrechtlichen Verweisungen auf ausländisches Recht das dortige IPR mitumfassen⁶⁴, wird sich die Rechtslage in diesem Punkt schnell klären: Sobald sich der Referentenentwurf in Gesetzesrecht verwandelt hat, wird feststehen, daß das deutsche Internationale Deliktsrecht Sachnormverweisungen ausspricht (Art. 42 II EGBGB-E); Rück- und Weiterverweisungen scheiden von dann ab aus.

2. *Die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt*

Der deutsche Referentenentwurf zum IPR der gesetzlichen Schuldverhältnisse räumt in Art. 40 Abs 2 Nr. 1 EGBGB-E dem Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes von Ersatzpflichtigem und Geschädigten Anwendungsvorrang vor allen anderen Statuten ein; noch davor rangieren nur die Rechtswahl, die, wie bisher⁶⁵, „nach Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist“ (Art. 42 Abs. 1. EGBGB-E), möglich bleiben wird, sowie - das ist neu - das Recht des Staates, „zu dem eine wesentliche engere Verbindung“ besteht. Die Ausweichklausel des Art. 42 Abs. 1 wird für das IPR des Persönlichkeitsschutzes

63. Wie in England unter der Regel dies aus Phillips v. Eyre, vgl. dazu etwa Dicey/Morris, Conflict of Laws, Vol. II, S. 927, 938, 971 (1980).

64. Näher v. Bar, Neue Rechtsprechung zum Kollisionsrecht, JZ 1984 S. 126, 129.

65. Nachweise bei v. Bar, Grundfragen des Internationalen Deliktsrechts, JZ 1985 S. 961, 964. Aus der neueren Rechtsprechung s. etwa BGH NJW 1974 S. 410 sowie BGH WM 1986 S. 1444.

freilich dann kaum von Belang sein, wenn die Parteien tatsächlich einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Denn eine engere Verbindung als die, die er herstellt, scheint mir (mindestens aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts⁶⁶) nicht vorstellbar. Keine andere objektive Anknüpfung vermag den Eigenarten des Anknüpfungsgegenstandes, um den es uns hier geht, besser gerecht zu werden, als die Herrschaft des den Parteien gemeinsamen Umweltrechtes. Persönlichkeitsrechtsverletzungen verwirklichen sich ihrem ganzen Schwerpunkt nach in dem Rechtsraum, in dem eine Person lebt. Hier hat sie sich ihre soziale Identität und ihre Reputation erworben, hier herrscht der Ehrenkodex, an dem sie maßgeblich gemessen wird. Umgekehrt kommt die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt auch Presse, Funk und Fernsehen entgegen, wenn man für sie entsprechend auf den Sitz des Verlages bzw. auf den Sitz der Sendeanstalt abstellt. Denn angesichts der Kürze der Zeit, in der in den Redaktionen heute Entscheidungen getroffen werden müssen, bleibt häufig von vornherein kaum etwas anderes als eine Ausrichtung an den Verhaltensnormen möglich, die am Sitz des Unternehmens gelten und die es deshalb kennen muß. Ein dritter Vorzug der Aufenthaltsanknüpfung zeigt sich auf der Rechtsfolgende Seite. Grund und Höhe des Ausgleichs immaterieller Unbill haben ihren natürlichen Sitz am Lebensmittelpunkt des Verletzten.⁶⁷ Nur mit den dort zur Verfügung stehenden Mitteln (sowie zu den dort gültigen Marktpreisen!) kann er annäherungsweise Wiedergutmachung erzielen; und noch an der Höhe des ausgeworfenen Betrages mag seine Umwelt erkennen, von welcher Erheblichkeit das geschehene Unrecht war. De lege lata - und das heißt derzeit: anhand der deutschen Rechtsprechung - läßt sich der Anwendungsvorrang des Rechts des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes

66. In diesem Sinn aber offenbar auch die meisten der vorgenannten Kollisionsrechte (Ausnahme: England). In den USA kommt es ohnehin überwiegend auf den Wohnsitz des Opfers an (vgl. FN. 59 en 61), und eine „more significant relationship“ zu einem anderen Recht ist m. W. bislang nur bei einem getrennten gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien bejaht worden (wie zum Beispiel in der Vorinstanz zu *Hanley v. Tribune Pub. Co.* aaO (Fn. 59)

67. Von Bar, JZ 1984 S. 669, 671.

freilich nur mit Entscheidungen zum Recht des Verkehrsunfalls⁶⁸, nicht aber anhand von Entscheidungen belegen, die etwas mit persönlichkeitsrechtlichen Fragen zu tun gehabt hätten. Denn in diesem Bereich hat die deutsche Judikatur, soweit ich sie übersehe, erstens im Ergebnis ohnehin stets nur deutsches Recht angewandt⁶⁹, und sie hat sich zweitens rechtsanwendungsrechtlichen Fragen (soweit sie auch dann nicht vollständig übersehen wurden⁷⁰) nur im Zusammenhang mit Problemen der Tatortanknüpfung gewidmet. Handelte es sich dagegen um Delikte der deutschen Presse zum Nachteil eines im Inland lebenden Ausländers, dann hat dessen Staatsangehörigkeit erstaunlicherweise überhaupt keine Aufmerksamkeit hervorgerufen.⁷¹ Man mag das zwar dahin deuten, daß der Judikatur in solchen Fällen die Anwendbarkeit deutschen Rechts selbstverständlich erschienen ist. Eine echte kollisionsrechtliche Aussage verbirgt sich dahinter gleichwohl nicht. Denn erstens liegt in solchen Fällen i.d.R. auch der Tatort im Inland (ein Fall, in dem die persönlichkeitsrechtliche Relevanz der Auslandstat einer deutschen Zeitung zum Nachteil eines Deutschen gerichtlich zu beurteilen gewesen wäre, ist bislang m. W. nicht dokumentiert⁷²), und zweitens fehlt es bisher an jeder allseitigen Bewährungsprobe für die Anknüpfung an einen gemeinsamen *ausländischen* gewöhnlichen Aufenthalt (Sitz) von Täter und Opfer. Die - vom BGB später deutlich abgeschwächte⁷³- Rechtsprechung des Reichsgerichts⁷⁴, wonach Unternehmen mit Sitz

68. Insbesondere BGHZ 90 S. 294 ff; weitere Nachweise im übrigen bei v. Bar aaO (Fn. 64, 65 und 67) sowie bei v. Bar, Das deutsche IPR vor, in und nach der Reform: Rechtsprechung zum Kollisionsrecht seit 1984, JZ 1987 S. 755, 814, 816.

69. Wie Fn. 62.

70. Wie zum Beispiel in BGH NJW 1962 S. 1438 (Beleidigender Brief einer Deutschen von Frankfurt nach Italien zum Nachteil eines Schweizer); vgl. dazu kritisch Lüderitz, Ehrenschatz im internationalen Privatrecht, NJW 1962 S. 2142.

71. Vgl. zum Beispiel BGHZ 30 S. 7 ff.

72. Um einen solchen Sachverhalt handelte es sich bei der Bildberichterstattung einer deutschen Illustrierten über die Todesumstände des ehemaligen schleswig-holsteinischen Ministerpräsidenten, der in einem Genfer Hotel tot aufgefunden und von den Reportern ohne Erlaubnis in der Badewanne fotografiert worden war. Schon diese Aufnahme (und nicht erst die Verbreitung) wäre eine selbständig zu würdigende Handlung, deren Tatort sicher in der Schweiz lag, wo die Illustrierte im übrigen auch verbreitet wurde. Aus deutscher Sicht entscheidet gleichwohl allein deutsches Deliktsrecht; auf eine möglicherweise abweichende Beurteilung durch das schweizerische Recht kommt es nicht an.

73. BGHZ 35 S. 329 ff; vgl. auch BGH NJW 1968 S. 1572, 1574.

74. RGZ 140 S. 25 ff; RGZ 150 S. 265, 270.

in Deutschland ihren gegenseitigen Wettbewerb im Ausland am deutschen Recht auszurichten hätten, trägt schon wegen der ihr fehlenden persönlichkeitsrechtlichen Bezüge zur Untermauerung der uns hier interessierenden Anknüpfungsregel nichts bei⁷⁵, und Entsprechendes gilt deshalb auch für die Judikatur zum Internationalen Namensschutzrecht, weil sie sich erstens nach ganz eigenen Regeln entwickelt hat⁷⁶, und weil zweitens in ihr der gewöhnliche Inlandsaufenthalt eines ausländischen Anspruchstellers immer nur über die Tatortregel des Internationalen Deliktsrechts eine Rolle gespielt hat.⁷⁷

3. *Die Tatortanknüpfung*

a. *Allgemeines*

Der Vorrang der Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von (potentiellem) Täter und Opfer bedeutet sicher für bestimmte Fallkonstellationen eine erhebliche Vereinfachung der kollisionsrechtlichen Arbeit. Denn überall dort, wo ein gemeinsames Umweltrecht tatsächlich vorhanden ist, da erspart das deutsche IPR dem Rechtsanwender eine Antwort auf die oft schwierige Frage, wo eine Persönlichkeitsrechtsverletzung im Sinne der deliktsrechtlichen Tatortregel begangen worden ist. Solcher Vorteil hat freilich auch seine Schattenseiten, weil die Entschärfung der Rechtsanwendungsfrage hier fast notwendig zu ihrer Verschärfung dort führen muß, wo der Tatort in Ermangelung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes eben doch der Lokalisation bedarf. Denn in diesen Fällen wird man es in aller Regel mit Situationen zu tun haben, in denen mehrere Orte als Tatorte mit der Folge in Betracht kommen, daß zu entscheiden ist, welches der so vorausgewählten Rechte (ganz oder teilweise) letztlich maßgibt. Gewiß: Mit der Tatortregel kann zuverlässig Vorsorge getroffen sein für die Fälle, in denen der Täter am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Betroffenen handelt. Wenn ein Deutscher oder ein Engländer auf französischem Boden

75. Nach Art. 40 II 2 EGBGB-E soll für das Recht des Unlauteren Wettbewerbs jetzt ohnehin eine Sonderanknüpfung an den maßgeblichen Markt geschaffen werden.

76. Unten zu III 2 b.

77. Vgl. zum Beispiel BGHZ 8 S. 318 ff und BGHZ 14 S. 286 ff.

einen beleidigenden Brief schreiben und diesen an eine Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich absenden, dann unterliegen diese Taten französischem Deliktsrecht. Die Erfahrungen jedenfalls der inländischen⁷⁸ Judikatur lehren jedoch, daß Sachverhalte dieser Art - und auch darin zeigt sich, daß sich der Persönlichkeitsschutz kollisionsrechtlich von anderen deliktsrechtlichen Materien (zum Beispiel vom Verkehrsunfall) unterscheidet - die Gerichte bislang praktisch nicht beschäftigt haben. Der Konfliktstoff, der vor ihnen ausgetragen worden ist, betraf, sieht man von dem weitgehend nach eigenen Regeln aufgebauten Namensschutzrecht ab, so gut wie ausschließlich „grenzüberschreitende“ Brief-⁷⁹ und Pressedelikte in dem Sinn, daß vom Inland aus zum Nachteil eines im Ausland domizilierten Ausländers⁸⁰ oder umgekehrt vom Ausland aus zum Nachteil einer im Inland domizilierten Person⁸¹ berichtet worden ist.

b. Erscheinungs- und Verbreitungsorte als alleinige Tatorte

Für diesen Bereich der grenzüberschreitenden Brief- und Pressedelikte mit persönlichkeitsrechtlichem Bezug findet sich nun nicht selten die Auffassung⁸², es handele sich hierbei im Distanzdelikte, bei welchen die schon 1888 vom Reichsgericht entwickelte⁸³ und nunmehr zur Einstellung in das EGBGB vorgesehene ubiquitäre Aufspaltung des Tatortes in einen Handlungs- und in einen Erfolgsort zum Zuge komme. Die entsprechende Regel lautet in den Worten von Art. 40 Abs. 1 EGBGB-E, daß „die außervertragliche Haftung ... je nachdem, welches Recht für den Verletzten günstiger ist, dem Recht des Staates (unterliegt), in dem das der Haftung zugrunde liegende Ereignis eingetreten ist, oder dem Recht des Staates, in dem das geschützte Interesse verletzt worden ist. „Sieht man ge-

78. Über die ausländische Judikatur einen zuverlässigen Überblick zu gewinnen, bleibt schwierig. Für die vorstehend zu II. 1 mitgeteilten Entscheidungen gilt die im Text erwähnte Beobachtung freilich gleichermaßen.

79. BGH NJW 1962 S. 1438.

80. BGH NJW 1965 S. 685 (Iran); OLG Hamburg Ufita 60 (1971) S. 322 ff (Niederlande); BGHZ 35 S. 363 ff (Österreich); OLG Köln OLGZ 1973 S. 330 ff (Italien).

81. BGH IPRspr. 1970 Nr. 97 (schweizerische Zeitung); BGH NJW 1977 S. 1590 (österreichische Zeitschrift).

82. So etwa OLG Köln OLGZ 1973 S. 330, 335 und (österr.) OGH JBI 1976 S. 102; aus dem Schrifttum s. etwa Heldrich (Fn. 15) S. 370.

83. RGZ 23 S. 305.

nauer hin, dann wird man freilich erkennen, daß diese Art der Anknüpfung für Ehr- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen deshalb nicht paßt, weil es bei ihnen zwar mehrere Handlungsorte, nicht aber einen von ihnen ablösbaren „Erfolgsort“ gibt. Der BGH, der diese Auffassung schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1977 vertreten hat, bemerkte seinerzeit mit Recht, es sprächen „gewichtige Gründe dafür, für Persönlichkeitsverletzungen, die mittels Veröffentlichung von Presseerzeugnissen begangen werden, den Begehungsort im Sinne des § 32 ZPO auf den Ort ihrer Verbreitung zu beschränken. (Es sei daher) daran festzuhalten, daß als Begehungsort von Persönlichkeitsrechtsverletzungen mittels Presseerzeugnissen neben dem Erscheinungsort nur der Ort der Verbreitung angesehen wird, nicht dagegen unabhängig davon der Wohn- oder Aufenthaltsort des Geschädigten.“⁸⁴ So ist es in der Tat.

Die soeben zitierten Sätze sind in der Entscheidung zwar auf die Zuständigkeitsnorm des § 32 ZPO bezogen, aber sie tragen auch im Kollisionsrecht.⁸⁵ Zunächst und ganz allgemein handelt es sich schon bei der Annahme um eine Fehlvorstellung, die Ehre oder die Persönlichkeit einer Person seien in einem bestimmten Staat (und das kann nur heißen: im Staat ihres gewöhnlichen Aufenthaltes) „belegen“. Die Persönlichkeit, so hat es bereits Josef Kohler gesagt, hat keine örtliche Lage; sie entfaltet „ihre Macht über die ganze Welt“⁸⁶. Räumlich sinnvoll läßt sich nur der Ort des Schadenseintritts⁸⁷, nicht dagegen der Ort bestimmen, an dem ein Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist.⁸⁸ Wer sich kollisionsrechtlich anders entscheidet, steht nicht nur allzu stark unter dem Eindruck der sachrechtlichen *Konstruktion* des deutschen Rechts (das sogen. allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ja auch hier nur äußerlich von „absoluter“ Beschaffenheit; in Wirklichkeit handelt es sich um ein Rahmenrecht mit positiver Rechtswidrigkeitsfeststellung, also um ein Bündel von *Verhaltensnormen!*), er wird zudem auch zu künst-

84. BGH IPRspr. 1977 Nr. 124 = NJW 1977 S. 1590.

85. Vgl. zur Parallelität zwischen § 32 ZPO und der deliktsrechtlichen Tatortanknüpfung allgemein BGH IPRspr. 1970 Nr. 97.

86. Kohler, Warenzeichenrecht (1910) S. 206.

87. Auf ihn stellt die französische Rechtsprechung ab, vgl. oben Fn. 57.

88. BGH IPRspr. 1977 Nr. 124 S. 385.

lichen Verengungen und zu Fehllokalisationen genötigt. Eine Verengung wäre es, würde man unterschiedslos immer auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Opfers abstellen. Denn je berühmter es ist - und es sind ja schließlich überwiegend die „großen“ Namen, auf die sich die Presse stürzt! -, desto weniger überzeugt jener Anknüpfungspunkt. Andererseits hielte ich es für schwer erträglich (und auch praktisch undurchführbar), die „Belegenheit“ von Persönlichkeitsrechten von dem Berühmtheitsgrad ihres Inhabers abhängig zu machen. Darüber hinaus, so scheint mir, gibt es auch schwere Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Pressefreiheit gegen die kollisionsrechtliche Verselbständigung eines (angeblich existenten) Erfolgsortes. Man stelle sich etwa vor, eine englische Tageszeitung, die in New York vertrieben wird, würde dort Problematisches aus dem Privatleben eines israelischen Politikers berichten. Die möglichen Auswirkungen eines solchen Artikels in Israel liegen auf der Hand; gleichwohl geht es nicht an, israelisches Recht zu Fragen der Pressefreiheit in England oder in New York zu hören, nur weil derjenige, um den es in dem Bericht geht, in Israel lebt. Dasselbe gilt, wenn ein holländischer Talkmaster im deutschen Fernsehen einen iranischen Ayatollah karikiert. Das iranische Recht mag darin eine schwere Ehrverletzung sehen, aber das heißt noch nicht, daß es die Verhaltensnormen stellt, auf die man sich im deutschen Fernsehen einrichten müßte; und kollisionsrechtlich wäre es sicher der falsche Weg, deutschem Recht in solchen Fällen erst mit Hilfe des *ordre public* zum Durchbruch zu verhelfen. Etwas völlig anderes ist es dagegen, neben dem Erscheinungsort auch den Verbreitungsort zu berufen. Wohin eine Zeitschrift geliefert oder eine Sendung hin ausgestrahlt⁸⁹ wird, das haben die Verantwortlichen in der Hand. Man verlangt nichts Unbilliges von ihnen, wenn sie sich an die Regeln des Marktes halten müssen, auf dem sie tätig werden.

In ihrer Grundstruktur kann die Tatortanknüpfung im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Presse also nur eine

89. Zu den Sonderfragen des Satellitenfernsehens, das in grenznahen Regionen häufig einen mehrfachen Empfang erlaubt, vgl. Hohloch, *Neue Medien und Individualrechtsschutz. Kollisionsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Rundfunktendungen*, ZUM 1986 S. 165 ff.

Anknüpfung an den Handlungsort (= Begehungsort) sein. Das schließt freilich nicht aus, daß es mehrere Handlungsorte geben kann, nämlich einen Erscheinungsort und - zusätzlich - einen (u. U. sogar mehrere) Verbreitungsort(e).⁹⁰ In der Anlage des deutschen Internationalen Deliktsrechts liegt es dabei begründet, den Geschädigten, wenn er im Grundsatz schon zwischen einem Handlungs- und einem Erfolgsort wählen kann, nach dem Günstigkeitsprinzip auch zwischen mehreren Handlungsorten wählen zu lassen.⁹¹ Ist das anwendbare Recht auf diese Weise bestimmt, dan unterliegt ihm zugleich aber auch die *gesamte* Schadensabwicklung. Das könnte nur dann anders sein, wenn - wie in Frankreich⁹² - der Ort, an dem sich ein Schaden realisiert, selber schon von kollisionsrechtlicher Bedeutung wäre. So aber ist es im deutschen Internationalen Deliktsrecht gerade nicht, und so ist es - wiederum anders als in Frankreich - auch im deutschen Recht⁹³ der Internationalen Zuständigkeit nicht. Entsprechend zu verfahren, hielte ich auch keineswegs für sinnvoll. Denn das kollisionsrechtliche Bild, das auf jene Weise entstehen muß, gleicht u. U. einem aus einer Unzahl von Steinchen (= nationalen Rechten) zusammengesetzten Mosaik.⁹⁴

Problematisch bleibt damit, was die duale Anknüpfung von Presdelikten an den Erscheinungs- und an den Verbreitungsort für Briefdelikte und für Verletzungen namensrechtlicher Interessen bedeutet. Auffällig ist ja immerhin, daß schon die Entscheidung des Reichsgerichtes aus dem Jahre 1888⁹⁵, die gemeinhin als Geburts-

90. BGH IPRspr. 1977 Nr. 124.

91. BGH aaO; im Ergebnis gleich auch alle jene Entscheidungen und Autoren, die den Verbreitungsort als „Erfolgort“ deuten.

92. Wie Fn. 57; vgl. ferner etwa Gaudemet = Tallon, Note, Rev.crit.d.i.pr. 67 (1978) S. 136 f; Batiffol/Lagarde, Droit international privé II (1983) No. 656; Heldrich, Persönlichkeitsverletzungen im Internationalen Privatrecht, Festschrift Zajtay (1982) S. 215, 221.

93. Deutsches Recht ist auch das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ), zu dem sich im Bereich des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung zwischen Frankreich und Deutschland unterschiedliche Auffassungen in der Rechtsprechung entwickelt haben, vgl. Stauder, Anmerkung zu Paris 19.3.1984, GRUR Int 1986 S. 556.

94. Ähnliches berichtet Heldrich aaO (Fn. 92) S. 222 über die Anknüpfungssituation in den USA. „Durch ein einziges unbedachtes Wort (könne dort u.U.) ein wahres Feuerwerk von Haftungsfällen nach den verschiedensten Rechtsordnungen ausgelöst werden.“

95. RGZ 23 S. 305 f.

stunde der Verselbständigung des Erfolgortes gilt, ein Briefdelikt betraf. Gleichwohl ist auch in diesem Bereich Vorsicht vor einer Anknüpfung an einen eigenständigen Erfolgsort geboten. Denn erstens ging es in jener Entscheidung um eine vorsätzliche unwahre Kreditauskunft (und also nicht um eine Ehrverletzung), zweitens hat das Reichsgericht, soweit ich sehe, niemals entscheidend auf den Wohnsitz des Opfers, sondern auf den (wenn auch mit ihm tatsächlich identischen) Destinationsort des Briefes abgestellt, und drittens bleiben die allgemeinen Bedenken gegen eine Lokalisation der Persönlichkeit auch im Bereich des Namens- und des Ehrenschutzes bestehen. Zwischen diesen Materien und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sind die sachrechtlichen Grenzen allenthalben fließend geworden; das Kollisionsrecht sollte sie für seine Zwecke zusammenfassen und sich nicht auf internationalprivatrechtlich artifiziell wirkende Distinktionen gründen.

c. Zum Begriff des Verbreitungsortes

Eine verhältnismäßig zentrale Rolle bei der kollisionsrechtlichen Bewältigung persönlichkeitsrechtlicher Fragestellungen kommt dem Begriff des „Verbreitens“ zu. Während sich der Erscheinungsort eines Verlagszerzeugnisses in aller Regel ohne Schwierigkeiten wird feststellen lassen, eröffnet die Anknüpfung an den Verbreitungsort eine ganze Bandbreite von Interpretationsmöglichkeiten. In der Tendenz sollte man hier jedenfalls bei Pressedelikten hohe Anforderungen⁹⁶ im Sinne eines „Breittretens“ der jeweiligen Information stellen. Verbreitet wird eine Zeitschrift nicht schon dann, wenn sie nur in wenigen Exemplaren ins Ausland geschickt wird. Es muß sich vielmehr um einen regelmäßigen Vertrieb mit einem nennenswerten Marktanteil handeln. Dafür spricht m. E. entscheidend, daß „die andere Seite“ des Persönlichkeitsschutzes in aller Regel die Pressefreiheit ist, deren Regeln sich ihrem natürlichen Schwerpunkt nach am Erscheinungsort der Zeitung entfalten können müssen. Je geringer die Anforderungen an ein Verbreiten, desto schärfer werden die Reflexwirkungen des Rechts des Verbreitungsortes auf das Recht am

96. Anders BGH IPRspr. 1970 Nr. 97 und BGH IPRspr. 1977 Nr. 124; beide allerdings in zuständigkeitsrechtlichem Zusammenhang.

Erscheinungsort, das solchenfalls wiederum schnell geneigt sein wird, sich jene Einmischungen mit Hilfe seines *ordre public* zu verbitten. Bei ausländischen Zeitschriften, die schon ihrer Sprache wegen nur in bestimmten Ausländerkreisen zirkulieren, müßte zudem ohnehin erwogen werden, ob hier nicht die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB-E („wesentlich engere Verbindung“) zum Zuge kommt. Auch das ist ein Indiz dafür, daß man, wenn man sich - wie der BGH⁹⁷ - mit geringen Anforderungen an die Begehungsform des Verbreitens begnügt, m. E. nicht auf dem richtigen Weg befindet.

III. Personalstatut und Lex Fori

1. Personalstatut

Es ist immer wieder, und im Recht des Namensschutzes zumal⁹⁸, erwogen und befürwortet worden, im Bereich der Persönlichkeitsverletzungen in der einen oder anderen Form auch das Personalstatut des Betroffenen zum Zuge kommen zu lassen.⁹⁹ Was die kollisionsrechtliche Hauptfrage angeht, so muß man heute allerdings deutlich sehen, daß das Thema „Personalstatut“ für sie vom Tisch ist.¹⁰⁰ De lege lata läßt die einschlägige neuere Rechtsprechung daran keinen Zweifel mehr übrig¹⁰¹, und die lege ferenda sprechen die Artt. 40 ff EGBGB-E insoweit eine deutliche Sprache. Wenig überzeugend ist aber auch die Forderung, wenigstens die Vorfrage, „was an Persönlichkeitsrechten ... dem einzelnen zusteht“, mit der

97. AaO.

98. Vgl. schon RGZ 100 S. 182, 187 sowie RGZ 117 S. 215, 218; für das Schrifttum vgl. die Nachweise bei Heldrich aaO (Fn. 15) S. 364 sowie bei Soergel-Kegel, Anh. nach Art. 7 Rdnr. 13. Auch in Frankreich gibt es Tendenzen in dieser Richtung, vgl. den Überblick bei Dayant, *Le nom en droit international privé*, *Juris-Classeur de droit international*, Fasc 543, Rdnr. 34 ff (Paris, Loseblatt).

99. Zuletzt Perid, IPR (1987) E-11,3 sowie 7-114 ff; ferner Kegel aaO.

100. Das schließt bestimmte Qualifikationsprobleme natürlich nicht aus. So mag man zum Beispiel den Konfliktstoff der Ehestörungsklage auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts würdigen; gleichwohl sind Ansprüche der Ehegatten untereinander (im Gegensatz zu Ansprüchen gegen Dritte) eherwirkungsrechtlich zu qualifizieren und folglich nach dem Personalstatut zu beurteilen, vgl. Staudinger-von Bar, *Internationales Eherecht* (1983), Art. 14 EGBGB, Rdnr. 77.

101. OLG Hamburg Ufita 60 (1971) S. 322; OLG Köln OLGZ 1973 S. 330, 335 vgl. auch Hohloch, ZUM 1986 S. 165, 176.

Begründung dem Personalstatut zu unterstellen, daß „Persönlichkeitsrechte den Charakter absoluter Rechte“ hätten.¹⁰² Letzteres ist, vom Namensrecht einmal abgesehen, schon für das deutsche Sachrecht außerordentlich zweifelhaft, und kollisionsrechtlich führt die selbständige Anknüpfung jener (angeblichen) Vorfrage m. E. in die Irre.¹⁰³ Denn die Frage, „ob“ ein Mensch ein allgemeines Persönlichkeitsrecht hat, ist bereits durch Art. 1 GG abschließend entschieden; dem Kollisionsrecht bleibt - als einfachem Recht - nur zu entscheiden übrig, vor welcher Art von Handlungen die Persönlichkeit zu schützen ist. Und selbst noch im Namensschutzrecht macht es nach meinem Dafürhalten wenig Sinn, die Frage, ob jemand ein absolutes Namensrecht hat oder nicht, in einer Vorfrage von der Hauptfrage abzusondern. Denn mit einer solchen Methode müßte man fast zwangsläufig den Inhalt der Rechtsordnungen verfehlen, die zwar kein absolutes Namensrecht kennen, aber deshalb noch lange nicht unfähig sind, dort Schutz zu gewähren, wo das deutsche Recht mit §§ 12 und 823 I BGB operiert.¹⁰⁴ Daß bei dem Bemühen um die Herausbildung einer Vorfrage viel zu sehr vom kontinental-europäischen Sachrecht her gedacht wird, zeigt sich im übrigen auch daran, daß eine (angebliche) Vorfrage dann gar nicht auftreten kann, wenn zum Beispiel die Hauptfrage englischem Recht unterliegt.

2. *Lex Fori*

a. *Grundsätzliches*

Es bleibt, gegen Ende dieser Untersuchung noch einmal auf das schon früher erwähnte Phänomen zurückzukommen, daß es bislang ganz eindeutig die *lex fori* gewesen ist, die ungeachtet aller deliktsrechtlichen Einkleidungen das Ergebnis der (deutschen) Rechtsprechung bestimmt hat.¹⁰⁵ Das hat mehrfach den Verdacht genährt, daß persönlichkeitsrechtliche Verletzungstatbestände eben in

102. So Ferid aaO (Fn. 99).

103. Vgl. auch Batiffol/Lagarde, *Droit international privé* II, nr. 392 a. E.: „Cette solution conduirait toutefois à refuser cette protection en France aux étrangers lorsque leur loi personnelle ne le prévoirait pas“.

104. Vgl. oben zu I.

105. Wie Fn. 62.

Wirklichkeit gar nicht nach dem Deliktstatut, sondern nach dem Sachrecht des zur Entscheidung berufenen Rechts zu entscheiden seien.¹⁰⁶ Ich vermag indes nicht zu erkennen, daß damit wirklich der Kern getroffen wäre. Denn bei einer Analyse der bisherigen Rechtsprechung wird recht bald deutlich, daß es bislang noch jedenfalls nicht erkennbar - die Grundrechtsaffinität des Persönlichkeitsrechtsschutzes gewesen ist, die die Gerichte zur *lex fori* hätte greifen lassen. Es gibt bislang keine deutsche Entscheidung, die sich unter Berufung auf den deutschen *ordre public* (vgl. Art. 6 EGBGB) gegen das Überwirken ausländischen Privatrechts zum Schutze der Persönlichkeit gesperrt hätte, und so spricht alles dafür, daß es keine für den Persönlichkeitsrechtsschutz spezifische Erwägungen waren, die zur Bevorzugung des deutschen Rechts geführt haben. Das Wirken des Forums als einem „irregulären Anknüpfungspunkt“ ist vielmehr ein allgemeines Phänomen des deutschen Internationalen Deliktsrechts¹⁰⁷; nur der Namensschutz macht insoweit eine Ausnahme (auf die wir sogleich zurückkommen). Eine wichtige Rolle innerhalb dieser allgemeinen deliktsrechtlichen Anknüpfungssituation spielt im Zusammenhang mit der zuständigkeitsrechtlichen Bedeutung der Tatortformel sicher der Günstigkeitsvergleich. Denn wenn das Klagebegehren schon nach deutschem Recht begründet ist, dann kommt der Richter schon aus verfahrenrechtlichen Gründen (*ne ultra petita*) um eine Prüfung fremden Rechts herum. Ein zweiter wichtiger Grund von allgemeiner Bedeutung ist die Möglichkeit der nachtatlichen Rechtswahl: Kostengründe veranlassen manche Parteien, sich vor Gericht auf die Anwendung deutschen Rechts zu verständigen.¹⁰⁸ Am nachhaltigsten hat bislang allerdings die Exklusivnorm des Art. 38 EGBGB i.d. F. 1986 (= Art. 12 EGBGB i.d. F. von 1896) die Rechtswirklichkeit geprägt. Nach dieser zwar vielfach gescholtenen¹⁰⁹, von der Praxis aber als

106. Raape, IPR (1961) S. 647; Batiffol/Lagarde, *Droit international privé* II, no. 392 a. E. Zum Namensschutzrecht (dazu sogleich unter b.) etwa Baur, Zum Namensschutz im deutschen internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Handelsnamen, AcP 167 (1967) S. 535, 540.

107. Von Bar, JZ 1985 S. 961, 963.

108. Nach BGH IPRax 1982 S. 13, 14 und BGHZ 42 S. 385, 389 kann der Kläger sein Begehren sogar konkludent auf Ansprüche nach deutschem Recht beschränken und damit auf weitergehende Ansprüche nach ausländischem Recht verzichten.

109. Vgl. Ferid, IPR, 6-182 („fossil“, „grotesk“, „skandalös“).

durchaus segensreich empfundene Norm können „aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind“. Diese Vorschrift, die auch im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen eine nicht unerhebliche Rolle gespielt hat¹¹⁰, steht allerdings zur Streichung an, und man kann deshalb mit Fug sagen, daß dem deutschen Internationalen Persönlichkeitsrechtsschutz seine eigentliche Bewährungsprobe erst noch bevorsteht.¹¹¹ Es steht dabei zu hoffen, daß die Gerichte angesichts dieser bevorstehenden Rechtsänderung nicht versucht sein werden, die gegenwärtige rechtsanwendungsrechtliche Schräglage durch einen allzu leichthändigen Rekurs auf den deutschen ordre public erneut einzuführen. Bei einem sorgsamem Umgang mit dem Begriff des Verbreitungsortes besteht dazu kein Anlaß. Die im vorstehenden beschriebene Anknüpfungssituation erscheint insgesamt so ausgewogen, daß es dann, wenn der Sachverhalt tatsächlich nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, letztlich nur so lose Beziehungen zum deutschen Grundrechtsschutz gibt, daß Art. 6 EGBGB nur ausnahmsweise erfüllt sein wird. Zu diesen Ausnahmen wird es insbesondere rechnen, wenn nach dem anwendbaren Recht Schmerzensgeldbeträge in ganz ungewöhnlicher Höhe zu zahlen wären.

b. Namensschutzrecht

Eine Sonderrolle ist in der bisherigen deutschen Rechtsprechung, das klang mehrfach an, allerdings stets dem Namensschutzrecht zugefallen. Ohne daß ein rechter Grund ersichtlich wäre, auf den sich diese Judikatur zu stützen vermöchte, ist von RG¹¹² und BGH¹¹³ stets angenommen worden, daß „das Recht eines Ausländers auf Führung seines Namens in Deutschland in gleicher Weise gegen Verletzungen geschützt werde wie das Recht des Inländers nach § 12 BGB, nur könne dem Ausländer kein weitergehender Schutz als

110. Vgl. zum Beispiel OLG Köln OLGZ 1973 S. 330 ff.

111. Holoch, ZUM 1986 S. 165, 177.

112. RGZ 117 S. 215, 218 (grundlegend).

113. BGHZ 8 S. 328, 319.

nach § 12 BGB vorgesehen gewährt werden, auch wenn ihm ein solcher nach dem Recht seines Heimatstaates zukomme".¹¹⁴ Dieser Satz läßt mehrere Deutungen zu. Für sich genommen scheint er auf eine lex-foi-Anknüpfung hinauszulaufen. Da es aber um das Recht eines Ausländers zur Führung seines Namens „in Deutschland“ geht, kann es sich auch um eine Kombination aus einer modifizierten Tatortregel und einer Sachnorm für Auslandssachverhalte handeln. Eine dritte Interpretationsmöglichkeit besteht darin, in jenem Grundsatz eine Absage an eine selbständige Anknüpfung der (angeblichen) Vorfrage dergestalt zu sehen, daß der „Bestand“ eines absoluten Namensrechts nach dem Personalstatut zu beurteilen sei. Dafür spricht jedenfalls nachdrücklich der Zusammenhang jener schillernden Regel mit den Bemerkungen in RGZ 117 S. 215 ff zur Bedeutung des Personalstatutes im Namensschutzrecht. Eine vierte denkbare Deutung könnte man schließlich darin finden, es habe sich um eine entsprechende Anwendung von Art. 12 EG a. F. auf Inlandstaten gehandelt, die andernfalls (und zwar wiederum nach Maßgabe des Personalstatuts) ausländischem Recht unterlegen hätten. Wie dem aber auch letztlich sei: Sicher scheint mir zu sein, daß das deutsche Internationale Namensschutzrecht in dieser eigentümlichen Gestalt die Reform nicht überleben wird. Auch der Namensschutz wird sich fortan nach den allgemeinen Regeln des Internationalen Persönlichkeitsschutzrechts ausrichten müssen, in deren Rahmen weder Raum für eine platte lex-foi-Anknüpfung noch für eine Exklusivnorm sein wird. Bleiben wird dagegen sowohl der sachrechtliche Gehalt von § 12 BGB als auch das Prinzip, daß die Frage nach dem Bestehen eines absoluten Namensrechtes nicht in die Gestalt einer kollisionsrechtlichen Vorfrage gekleidet werden darf.

IV. Reichweite und Abgrenzungen

Das Statut der Persönlichkeitsrechtsverletzungen umfaßt alle Fragen zu Grund und Höhe eines Anspruchs. Ihm unterliegen dabei keineswegs nur Schadensersatzansprüche; mit ihnen einheitlich anzuknüpf-

114. BGH aaO.

fen sind vielmehr auch negatorische Ansprüche und Gegendarstellungsansprüche.¹¹⁵ Gleichfalls nach hier gehört der Bereich des postmortalen Persönlichkeitsschutzes.¹¹⁶ Auszugsgrenzen sind demgegenüber etwa die folgenden Materien, weil sie kollisionsrechtlich einen eigenen Standort haben: Verletzungen des Urheberpersönlichkeitsrechtes machen einen Teil des Internationalen Urheberrechtes aus.¹¹⁷ Wettbewerbstatbestände mit Auslandsberührung folgen den Sonderregeln des Internationalen Wettbewerbsrechtes.¹¹⁸ Der Schutz der handelsrechtlichen Firma verfügt kollisionsrechtlich über ein eigenes Statut.¹¹⁹ Störungen des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe rechnen teilweise¹²⁰ zum Ehwirkungsstatut. Zu beachten ist ferner, daß Persönlichkeitsrechtsschutz auch mit bereicherungsrechtlichen Mitteln effektiv betrieben werden kann¹²¹ und solchenfalls dem Statut der Eingriffskondition unterliegt.¹²² Bemerkt sei schließlich, daß es sich bei Leben, Körper und Gesundheit zwar auch um Persönlichkeitsgüter handelt, daß sie selber aber mit den hier erörterten unkörperlichen Persönlichkeitsgütern auch dann nichts zu tun haben, wenn die Verletzung in einer Nichtbeachtung des Selbstbestimmungsrechtes der jeweiligen Person (Beispiel: Aufklärungspflichtverletzung eines Arztes) gründet.

115. Hohloch, ZUM 1986 S. 165, 176; MünchKomm-Kreuzer, Art. 12 EGBGB Rdnr. 251, 259; Birk, Schadensersatz und sonstige Restitutionsformen im IPR (1969) S. 209.
116. Dazu näher von Bar, IPR II (In Vorbereitung) Rdnr. 23.
117. Hierzu von Bar, Kollisionsrecht, Fremdenrecht und Sachrecht für internationale Sachverhalte im Internationalen Urheberrecht, Ufita # (1988) S. 1 ff.
118. Vgl. Art. 40 II 2 EGBGB-E.
119. Art. 2 Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums v. 20.3.1883: Inländerbehandlung; Recht am Sitz des Unternehmens.
120. Wie Fn. 100.
121. Zum Beispiel BGHZ 81 S. 75 ff.
122. Vgl. Art. 38 EGBGB-E.

Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door milieuverontreiniging naar Belgisch recht

*H. Bocken**

I. Inleiding

1. De problematiek van de vergoeding van schade veroorzaakt door milieuverontreiniging staat momenteel in de belangstelling in Nederland. Dit blijkt uit de rechtspraak en rechtsleer zowel als uit het „wetsvoorstel ter aanvulling van de boeken 3 en 6 van het nieuw Burgerlijk Wetboek met het oog op de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem.”

Wellicht is een overzicht van de situatie ter zake in België dan ook niet oninteressant voor de lezers van dit Jaarboek.

In deze korte bijdrage willen wij trachten een algemene schets te geven van de evolutie welke zich in het Belgische recht heeft voorgedaan terzake van de vergoeding van milieuschade, eerder dan een gedetailleerde technische beschrijving van de huidige regeling¹. Deze laatste zou overigens onmogelijk zijn op enkele bladzijden.

2. In feite staat de problematiek van de vergoeding van schade door milieuverontreiniging reeds sinds ongeveer honderddertig jaar aan de orde in België. Milieuverontreiniging is immers geen fenomeen van de laatste decennia alleen: ook de negentiende-eeuwse industriële revolutie ging ermee gepaard.

Men is echter vergeten hoe de milieuvervuiling in de jaren 1840-1860 grote sociale beroering veroorzaakte, meer bepaald in Wallonië.

* Prof. dr. H. Bocken is hoogleraar burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit te Gent.

1. Voor meer details verwijzen wij naar onze andere publicaties: Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu, Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking, Bruylant, Brussel, 1979 en „Aansprakelijkheid voor milieuschade”, R.W., 1987-88, 1269-1280.

In de literatuur vindt men verwijzingen naar een echte volksopstand in de Samber-vallei naar aanleiding van verontreiniging veroorzaakt door chloorzuurproductie. De bevolking kwam er op straat. Het leger werd ingezet om de opstand neer te slaan. Te Auvelais vielen er twee doden. Een krantendirecteur kwam voor het Hof van Assisen wegens de manier waarop hij de gebeurtenissen versloeg. Een apotheker uit de streek schreef pamfletten over het gebeuren en naderhand ook een heel interessant boekje: „Les fabriques de produits chimiques et autres établissements insalubres”².

In het midden van de negentiende eeuw vinden wij in België trouwens een aantal merkwaardig strenge gerechtelijke uitspraken over milieuverontreiniging. Bij vonnis van 6 juli 1847 verklaarde de rechtbank van Luik³ zich bevoegd om de fabriek van Vieille Montagne te Seraing te sluiten, wat echter door een arrest van het Hof van Cassatie verhinderd werd. Tot rond de jaren 1880 vindt men relatief talrijke „progressieve” uitspraken. Zo stelt een arrest van Het Hof van Gent n.a.v. de vervuiling van een beek: „Que nul riverain n’a le droit de corrompre les eaux courantes, de les rendre malsaines par le mélange d’immondices et de matières infectes; que la salubrité publique proteste constamment contre de pareilles entreprises... qu’il faut bien reconnaître que la ville, qui tolère que l’on fasse d’une eau courante dont elle est propriétaire un réceptacle d’immondice... commet une négligence dont elle est responsable”⁴. Duidelijke stellingnamen van deze aard vinden wij slechts zelden in de huidige rechtspraak.

Wellicht was de strenge rechtspraak uit het midden van de negentiende eeuw te verklaren door het fundamenteel conflict dat de industrialisering veroorzaakte in een tot dan toe overwegend agrarische maatschappij. De grondgrondbezitters voelden zich door de industrie bedreigd en procedeerden ertegen. Vanaf het einde van de 19e eeuw echter werd men toleranter t.o.v. de industrie, wat niet

2. L. Peeters, Brussel, 1856

3. B.J. 1847, 1010

4. Gent, 9 februari 1877, Pas. II, 132

belette dat de vervuiling zeer aanzienlijk bleef. Wellicht valt dit samen met het feit dat het machtscentrum in de maatschappij van het grootgrondbezit naar de industrie verlegd was.

3. Pas rond de jaren 1960 kwam er een nieuwe bewustwording van het belang van het leefmilieu. De verschillen met de beroering in het midden van de negentiende eeuw zijn echter aanzienlijk. Wij zien de zaak wetenschappelijker; de intensiteit van het probleem blijkt ook groter te zijn.

Een van de eerste belangrijke schadegevallen in België die de specificiteit van schade door milieuverontreiniging aan de orde stelden hing samen met de ontdekking van een clandestiene opslagplaats met cyaanhoudende afval in het begin van de jaren '70. De wet van 22 juli 1974 die een strenge risico-aansprakelijkheid invoerde ten laste van de producent van giftige afval was het gevolg ervan.

II Vergoeding van schade door milieuverontreiniging op grond van de fout-aansprakelijkheid

4. Het vertrekpunt van een uiteenzetting over het aansprakelijkheidsrecht naar Belgisch recht ligt nog altijd bij de fout-aansprakelijkheid. Dit is ook het geval waar het om milieuschade gaat.

De wettelijke basis van de fout-aansprakelijkheid is zeer beperkt. In het begin van de 19e eeuw, toen het BW werd opgesteld, was aansprakelijkheid voor ongevalsschade geen belangrijk maatschappelijk probleem. Er waren geen grote risicofactoren zoals de moderne industrie en transportmiddelen. Het grootste gevaar op ongevallen werd opgeleverd door de mens zelf, het paard en een beperkte, eerder artisanale, industriële bedrijvigheid. Het BW kon dan ook de vergoeding van schadegevallen afhandelen met vijf artikelen: art. 1382 tot 1386 BW.

Het uitgangspunt van de aansprakelijkheidsregeling in het BW is eenvoudig: wie schade lijdt, draagt deze in de regel zelf. Slechts in één geval komt de wetgever het slachtoffer tegemoet, met name dat wanneer de schade veroorzaakt is door andermans fout: wie door zijn fout schade veroorzaakt, moet deze vergoeden (art. 1382

BW). De schade wordt hierdoor echter niet uitgewist; de economische last ervan wordt verschoven van het slachtoffer naar degene die haar veroorzaakte. Indien de schade oorspronkelijk misschien heel hard aankwam bij het slachtoffer is het nu de veroorzaker die de volle economische weerslag ervan ondergaat.

Opdat de fout-aansprakelijkheid toepassing zou kunnen vinden, moet er *schade* zijn welke het gevolg is van een toerekenbare *fout*. Eens schade, fout en *causaal verband* tussen beiden bewezen is, moet degene die de fout beging, de schade vergoeden.

A. *Schade*

5. Het begrip „*schade*” is vrij duidelijk naar Belgisch recht. In beginsel komt elk feitelijk nadeel als vergoedbare schade in aanmerking.

Voor wat betreft de gevolgen van milieuverontreiniging, levert het schade-vereiste vooral op twee vlakken problemen op welke ik hier enkel kort vermeld.

Er is vooreerst de eigenlijke ecologische schade aan niet-toegeëigende milieugoederen (fauna, zee...) of aan het ecologisch evenwicht in de natuur. Zoals in de meeste landen het geval is, kan deze collectieve schade naar Belgisch recht slechts moeilijk voor de rechtbanken worden ingeroepen. Ook de vraag hoe men schade van deze aard moet begroten of herstellen is nog niet naar behoren opgelost.

Verder levert het begrip „*schade*” ook problemen op t.a.v. de saneringskosten welke de overheid maakt bij het opruimen van vervuiling. Kan een overheidsinstelling zoals de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij de kosten verbonden aan het opruimen van illegaal achtergelaten afval als „*schade*” beschouwen in het kader van een aansprakelijkheidsvordering? In het licht van recente rechtspraak van het Hof van Cassatie lijkt het antwoord positief te moeten zijn. In een aantal gevallen neemt de wetgever overigens alle twijfel weg en bevestigt hij de aanspraak op vergoeding van het bestuur⁵.

5. Voor verdere verwijzingen, zie H. Bocken, o.c., R.W., 1269-1272.

B. *Causaal verband*

6. Ook het begrip „*causaal verband*” is erg breed in het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Er wordt immers toepassing gemaakt van de equivalententieer volgens dewelke elke noodzakelijke voorwaarde voor een schadegeval als oorzaak ervan wordt weerhouden. Kort samengevat komt het erop neer dat A een oorzaak is van B zodra B niet plaatsvindt zonder A. Niet vereist is dat A normalerwijze B meebrengt.

Hoewel de Belgische opvattingen inzake causaliteit dan ook breder zijn dan in de meeste landen het geval is, levert het vaststellen van het causale verband toch grote problemen op bij een vordering tot vergoeding van milieuschade. Milieuschade is dikwijls het gevolg van emissies door verschillende vervuilingbronnen. In vele gevallen is er een synergie tussen meerdere polluenten of doet de schade zich voor op talrijke kilometers van de uitstoot zelf. In deze omstandigheden is het voor het slachtoffer dikwijls zeer moeilijk de preciese oorzaak van de vervuiling te identificeren.

C. *Fout*

7. In essentie bestaat een fout uit een maatschappelijk onaanvaardbare gedraging. Het fout-begrip is bij uitstek vaag en relatief. Het wordt echter geconcretiseerd door een aantal meer specifieke toepassingscriteria. Voor de vergoeding van milieuschade zijn vooral de overtreding van een wettelijke regel en van de zorgvuldigheidsnorm van belang.

8. Naar Belgisch recht is men in beginsel aansprakelijk telkens men schade veroorzaakt door overtreding van een wettelijke (of reglementaire) bepaling.

De normbestemmingsleer vindt hierbij geen toepassing.

Of het gaat over een strafrechtelijk voorschrift of een norm uit een andere rechtstak heeft geen belang. Ook de overtreding van een vergunning bv. maakt normalerwijze een fout uit en levert aansprakelijkheid op voor de schade welke erdoor veroorzaakt wordt. Het belang van het voorgaande bij milieuschade is duidelijk nu de milieureglementering steeds in omvang toeneemt.

Maakt de overtreding van een wettelijke bepaling op zich een fout uit, dan biedt de naleving van alle wetten en reglementen daarentegen geen garantie dat men niet foutief handelt. Meer bepaald is een administratieve vergunning geen grond van rechtvaardiging. Zelfs als men alle voorschriften van zijn vergunning in acht neemt, kan men nog een fout begaan door overtreding van de zorgvuldigheidsnorm.

9. Naast en desgevallend boven wettelijke en reglementaire voorschriften staat de zorgvuldigheidsnorm. Volgens deze laatste moet men zijn handelswijze niet enkel bepalen in functie van eigen belang maar moet men ook voorzorgen nemen om schade aan andermans persoon en goederen zoveel mogelijk te vermijden. Om te bepalen hoever men hierbij in een concreet geval moet gaan, vergelijkt de rechter de gedraging van degene die de schade veroorzaakte met de veronderstelde gedragwijze van „de goede huisvader” in eenzelfde concrete situatie. Stelt de rechter vast dat de gedraging van de schadeverwekker afwijkt van de houding welke de zorgvuldige bedrijfsleider, arbeider, arts, technicus, ingenieur, advocaat... in een gelijksoortige situatie zou hebben aangenomen, dan is er een fout waaruit aansprakelijkheid kan volgen.

Het is duidelijk dat de rol van de rechter bij de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm erg groot is. In feite bepaalt hij zelf wat een redelijk gedragspatroon zou geweest zijn in een concreet geval. De individuele sensibiliteit van de rechter voor milieuproblemen is dan ook van groot belang.

Ongetwijfeld hangt de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm sterk samen met de concrete omstandigheden van elk geval afzonderlijk. Dit belet echter niet dat bepaalde beoordelingselementen bij aansprakelijkheidsvorderingen n.a.v. milieuschade een grotere rol blijken te spelen dan andere.

Zo wordt veel gewicht gehecht aan de naleving van de regelen van het goede vakmanschap en de overeenstemming met de stand van de techniek.

Gaat men uit van dit criterium, dan kan een exploitatiemethode enkel als onzorgvuldig worden beschouwd indien er een technisch

alternatief is voor de toegepaste schadeverwekkende technologie. Dit is echter slechts de benedengrens. De verwijzing naar de stand van de techniek laat de rechter nog een ruime beleidsvrijheid met betrekking tot de eisen welke hij in concreto stelt. Moet men gebruik maken van de meest vooruitstrevende techniek of van deze die tevens economisch haalbaar is voor een bepaalde bedrijfstak of, zwakker, voor een individueel bedrijf? Mag men genoeg nemen met het criterium van de gebruikelijke voorzorgen? Het antwoord dat de rechters op deze vragen geven is geenszins uniform; veelal wordt vermeden een duidelijk theoretisch criterium te formuleren⁶ en wordt het probleem voorgesteld als een loutere feitenkwestie⁷. In de laatste jaren vallen een paar opmerkelijk strenge uitspraken te vermelden⁸, naast meer tolerante⁹. Ook blijkt de bewijslast om aan te tonen dat de gebruikte exploitatiemethode niet aanvaardbaar is en dat technische alternatieven ervoor bestaan voor eiser in een aantal gevallen te zwaar¹⁰.

10. Een exclusieve benadering van het probleem langs het criterium van de stand van de techniek is naar onze mening overigens ontoereikend. Dit is zeker het geval indien men het - ook theoretisch - te zwakke criterium van de gebruikelijke technologie hanteert. De

6. Op dit vlak zou de rechter een steuntje van de wetgever overigens best kunnen gebruiken. In tegenstelling met wat het geval is in andere landen geeft de Belgische milieuwetgeving weinig of geen duidelijke uitspraken in verband met de afweging van gevaren voor gezondheid en milieu, welzijnswensen en economische gegevens.
7. Zie b.v. Antwerpen, 17 februari 1988, niet gep., A.R. 1087/78: „overwegende dat ... de behoorlijkheidsnorm dient getoetst te worden aan de redelijke en normale zorgvuldigheid die de uitbater van een gelijkaardige nijverheid, in vergelijkbare omstandigheden in acht dient te nemen, rekening houdend met alle concrete gegevens, zoals de omvang van de uitbating, haar vestigingsplaats en omgeving, het klimaat, de gebruikelijke regelen van de kunst en van de beroepstechniek”. Volgens de beslissing van de eerste rechter daarentegen moest nagegaan worden of „alle technisch mogelijke en economisch verantwoorde maatregelen getroffen waren om de schadelijke gevolgen van de exploitatie te vermijden of tot een minimum te beperken”.
8. Kh. Kortrijk, 31 maart 1978, nr. 249/77, n. gep.; Kg. Antwerpen, nr. 249/77, n. gep.).
9. Zie bv. Antwerpen, 17 februari 1988, geciteerd in noot 7.
10. Zie vorige noot.

logische consequentie ervan is immers dat men alle handelingen aanvaardt die - technisch gezien - onvermijdelijk schade meebrengen.

Alhoewel de Belgische doctrine traditioneel leert dat de vraag of iemand een fout beging of niet moet beoordeeld worden los van de aard en de omvang van de schade, blijkt de rechtspraak terecht¹¹ - minstens impliciet - rekening te houden met maatschappelijke risico's en voordelen verbonden aan bepaalde activiteiten.

Dit is o.m. het geval voor de rechtspraak die stelt dat een fout begaat hij die nalaat de nodige maatregelen te nemen om een gevaarlijke situatie te verhelpen of die niet reageert op het gevaar dat veroorzaakt wordt door een ongeval. Dit criterium wordt toegepast in beslissingen waarbij een vervuiler aansprakelijk wordt gesteld voor zijn nalatigheid om mogelijke slachtoffers van zijn activiteiten te verwittigen van het gevaar dat zij lopen¹² en om hen te laten weten hoe zij zich desnoods hiertegen zouden kunnen beschermen.

Ook werd als een fout weerhouden de nalatigheid om wetenschappelijk onderzoek te verrichten teneinde de mogelijke gevaren op te sporen die bepaalde activiteiten kunnen meebrengen, evenals de middelen om schade te voorkomen¹³.

In een aantal gevallen tenslotte, lijkt de aansprakelijkheid in ruime mate gebaseerd te worden op het feit dat het veroorzaken van vervuiling op zich maatschappelijk onaanvaardbaar is¹⁴.

III. Objectieve aansprakelijkheid

11. Reeds vanaf de tweede helft van de 19e eeuw moest de basisregeling van art. 1382 BW aangevuld worden. Zij bleek namelijk ontoereikend om een oplossing te bieden voor het probleem van de

11. Over het verband tussen het fout-criterium en een belangenafweging, zie Bocken, H., Het aansprakelijkheidsrecht, 56 e.v.

12. Luik, 8 oktober 1969, R.G.A.R., 1968, 8341; Luik, 13 januari 1976, R.G., nr. 5.681/75, n. gep.

13. Kh. Kortrijk, 31 maart 1978, n. gep., A.R., nr. 249/77.

14. Kg. Antwerpen, 5 mei 1978 en 18 mei 1978, n. gep., Vred. Lens, 27 mei 1986, Aménagement, 1987, 52. Zoals reeds gezegd vindt men op het einde van de negentiende eeuw vindt men een aantal opmerkelijke uitspraken in deze zin.

talrijke arbeidsongevallen waarmee de opkomende industrialisatie gepaard ging.

Wanneer slachtoffers van arbeidsongevallen op grond van art. 1382 BW vergoeding trachtten te bekomen, slaagden zij daar meestal niet in. Dikwijls was het niet mogelijk aan te tonen dat bv. het ontploffen van een stoommachine het gevolg was van een fout van de werkgever. Een tweede moeilijkheid was de bewijsvoering; men had toen immers niet de technische middelen die men nu heeft om de oorzaken van een ongeval te achterhalen. Men stelt echter vast dat de rechtspraak vanaf de jaren 1870 op een creatieve wijze op zoek ging naar oplossingen om de slachtoffers van arbeidsongevallen ter hulp te komen; de wetgever echter bleef voorlopig afzijdig. Uiteindelijk ontwikkelde de rechtspraak tegen het eind van de negentiende eeuw een aantal regelen op grond waarvan de verschuiving van de schade mogelijk werd buiten de fout om van diegene die haar veroorzaakte. Er ontstond wat wij nu „objectieve aansprakelijkheid” noemen. In het kader van een objectieve aansprakelijkheidsregel wordt iemand aansprakelijk gesteld voor een bepaald schadegeval, ook al heeft hij dit niet door eigen fout veroorzaakt.

Vanaf het einde van de negentiende eeuw houdt de rechtspraak meer bepaald de bewaker van een gebrekkige zaak op grond van art. 1384, lid 1 BW, aansprakelijk voor de schade die door dat gebrek veroorzaakt wordt. De vraag is niet meer of de eigenaar van de machine een fout had begaan en bv. een machine liet gebruiken waarvan hij wist dat ze gebrekkig was. De bewaker van de gebrekkige zaak wordt aansprakelijk gesteld, los van elke fout. De redenering is, grosso modo, dat hij die het voordeel heeft van een bepaalde gevaarlijke zaak, ook de nadelige effecten ervan moet dragen.

Van in het begin van de 20e eeuw slaat ook de wetgever deze weg in, o.m. met de wet op de arbeidsongevallen van 1903. Volgens deze laatste moet de werkgever, los van elke fout, de schade (oorspronkelijk slechts een deel hiervan) dragen die een werknemer lijdt door een arbeidsongeval.

12. Een aantal objectieve aansprakelijkheidsregelen zijn van bijzonder belang bij milieuschade. Ik schets de hoofdlijnen ervan. Zij kunnen in twee groepen ingedeeld worden naargelang van de mate waarin zij afwijken van de gewone regelen van de fout-aansprakelijkheid.

A. Aansprakelijkheid voor rechtmatige daad

13. Sinds zeer lang reeds, kent de rechtspraak, zonder hierbij steeds een sluitende juridische redenering te volgen, schadevergoeding toe indien het gebruik dat iemand van zijn erf maakt aan zijn burens groter nadeel berokkent dan deze normalerwijze verwacht mogen worden te dulden in de betrokken buurt.

De huidige technisch juridische formulering van de regel wordt gegeven in de evenwichtsleer, geformuleerd in de cassatiearresten van 6 april 1960¹⁵. Volgens deze arresten verplicht art. 544 BW de eigenaar van een onroerend goed „die door een niet foutief feit het evenwicht verbreekt dat tot stand is gekomen tussen naburige eigendommen door aan een naburige eigenaar een stoornis op te leggen die de maat van de gewone buurschapsnadelen overschrijdt tot een rechtmatige en passende compensatie waardoor het verbroken evenwicht hersteld wordt”. Het bewijs van een fout in hoofde van de eigenaar is niet vereist. De evenwichtsleer werd immers juist ingevoerd om de theoretische moeilijkheden op te lossen die oprijzen bij de toepassing van de fout-idee op industriële activiteiten en openbare werken die niet te vermijden vormen van hinder of schade meebrachten. Overlast, een stoornis die de grens van de gewone ongemakken van nabuurschap overschrijdt, volstaat voor aansprakelijkheid.

Uiteenlopende vormen van milieuverstoring (verontreiniging van water en lucht, geluidshinder, trillingen...) werden in het verleden reeds als overlast weerhouden en gaven aanleiding tot aansprakelijkheid op grond van de evenwichtsleer. Aldus bv.

- hinder door stof, slijk en lawaai met verlies van cliënteel als gevolg van pre-metrowerken¹⁶;

15. Pas. 1960; I; 920

16. Cass., 26 mei 1983, R.W., 1983-84, 1133 met noot Derine.

- vervuiling van visvijvers ingevolge overstromingen te wijten aan een slecht functionerende riolering¹⁷;
- aanhoudend hondegeblaf in een stadswijk¹⁸;
- geluidshinder veroorzaakt door het nachtelijk laden en lossen van zware vrachtwagens¹⁹.

Abstracte criteria om uit te maken wanneer er overlast is, zijn er niet. De rechter apprecieert van geval tot geval of de hinder de normale lasten van de nabuurschap overschrijdt of niet.

14. Een tweede, historisch gezien belangrijke, aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen is te vinden in de bij KB van 13 september 1919 gecoördineerde mijnwetgeving. De exploitatie van mijnen brengt de stabiliteit van de bodem in het gedrang en veroorzaakt onvermijdelijk schade aan de bovengrond, bv. door verzakkingen van huizen. Deze schade wordt ten laste van de mijnexploitant gelegd, ook al heeft deze geen fout begaan.

De wetgever heeft eenzelfde benadering in de loop van de laatste decennia ook toegepast op andere gevaarlijke vormen van bodemexploitatie. De waterwinningsmaatschappij en de bouwheer van openbare of private werken die door de daling van een grondwaterlaag schade bovengronds veroorzaken, zijn hiervoor objectief aansprakelijk²⁰. Ook de exploitant van pijpleidingen voor gas en andere producten is objectief aansprakelijk²¹ evenals deze van ondergrondse bergruimten bestemd voor het opslaan van gas²².

15. Een aansprakelijkheidsregel van eenzelfde type is vervat in art. 17 van de wet van 10 maart 1925 dat een objectieve aansprakelijkheid invoert welke van belang kan zijn o.m. bij hinder door hoogspanningsleidingen.

Art. 23 van de wet van 12 mei 1927 op de militaire opeisingen

17. Brussel, 18 januari 1979, A.R., 16.896.

18. Vred. Tielt 16 juni 1982, en Brugge 8 oktober 1984, T.Vred., 1986, 28, met noot E. Stassijns.

19. Vred. Kraainem, 4 december 1981, A.R., 1822.

20. Wet van 10 januari 1977; decr. VI. Raad, 24 januari 1984; decr. W. Raad, 11 oktober 1985.

21. Wet van 12 april 1965.

22. Wet van 18 juli 1975.

tenslotte levert een rechtsgrond voor vergoeding buiten fout van schade veroorzaakt door overvliegende supersonische militaire vliegtuigen.

16. In al deze gevallen is het verschil met de normale regelen van de fout-aansprakelijkheid duidelijk. Het gaat hier om aansprakelijkheid voor rechtmatige daden welke gemotiveerd wordt door de bijzondere risico's welke bepaalde activiteiten onvermijdelijk met zich meebrengen. Het slachtoffer moet geen fout bewijzen. Het kan ermee volstaan dat zijn schade het gevolg is van verweerders (niet-foutieve) gedraging en dat zij valt binnen het toepassingsgebied van de bijzondere aansprakelijkheidsregel.

B. Risico-aansprakelijkheid

17. In een aantal gevallen is de afwijking van de gewone aansprakelijkheidsregelen nog groter en moet het slachtoffer ook niet meer bewijzen dat de schade veroorzaakt werd door (een al dan niet foutieve) gedraging van verweerder. De schade wordt juridisch naar de aansprakelijke *gekanaliseerd* omdat deze een bepaalde zeggenschap heeft over een van de risicofactoren die een rol spelen in het tot stand komen van de schade.

18. Het oudste voorbeeld van een risico-aansprakelijkheid van deze aard is de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken op grond van art. 1384, lid 1 BW.

Zoals gezegd, stelt de rechtspraak, sinds het einde van de negentiende eeuw, de bewaker van een zaak - hij die haar voor eigen rekening beheert en controleert - aansprakelijk voor de schade welke door een gebrek van de zaak veroorzaakt wordt.

Het bewijs van een fout is niet vereist. Het feit dat de bewaker het gebrek niet kende en het dus niet kon verhelpen, is irrelevant. De bewaker ontkomt enkel aan de plicht tot schadevergoeding door aan te tonen dat de schade niet door het gebrek veroorzaakt is. Men verantwoordt deze oplossing op grond van het risico dat de gebrekkige zaak schept. De nadelige gevolgen van dit gebrek worden ten laste gelegd van de bewaker van de zaak eerder dan van

het toevallige slachtoffer dat door de gebrekkige zaak getroffen wordt.

De concrete draagwijdte van deze aansprakelijkheidsregel hangt vooral af van de omschrijving welke men geeft aan het begrip „gebrek”.

Volgens de recente rechtspraak moet het hier gaan om een „abnormaal kenmerk”. De zaak moet dus eigenschappen vertonen welke afwijken van wat men normalerwijze mag verwachten van een zaak van haar soort. Het feit alleen dat zij uit haar aard zelf gevaarlijk is, volstaat niet om haar als gebrekkig te beschouwen telkens zij schade veroorzaakt.

Het slachtoffer moet het bewijs leveren van het gebrek. De rechtspraak verlicht echter zijn bewijslast door genoeg te nemen met een negatief bewijs: het volstaat dat geen andere oorzaak dan een gebrek het ontstaan van de schade kan verklaren.

19. Art. 1384, lid 1 BW, is ook van belang voor de vergoeding van milieuschade. Het laat ongetwijfeld niet toe een industriële installatie als gebrekkig te beschouwen om de enkele reden dat zij luchtverontreiniging veroorzaakt²³. De notie gebrek vereist een *abnormale* eigenschap.

In de praktijk zal art. 1384, lid 1 BW, in de milieusector vooral toepassing vinden bij accidentele verontreiniging welke het gevolg is van bv. het breken van een leiding²⁴ of een defect in een machine²⁵. Ook de exploitant van een vuilnisbelt welke door zelfontbranding vuur vatte werd aansprakelijk gesteld op grond van art. 1384, lid 1 BW²⁶.

Art. 1384, lid 1 BW is eveneens van belang bij meer latente vormen van verontreiniging van bodem of water. In bepaalde gevallen kan de aanwezigheid van vreemde voorwerpen in een groter geheel immers als een gebrek worden aangezien. Doorslaggevend is of het vreemde voorwerp het geheel „abnormaal” maakt of niet. Zo

23. Cass., 18 september 1980, R.W., 1981-82, 29.

24. Bergen, 18 november 1975, Pas., 1976, II, 136.

25. Luik, 13 januari 1976, niet gep., A.R., nr. 5.681/75.

26. Luik, 4 februari 1975, R.G.A.R., 1975, 9506.

is de overheid, als beheerder van een waterweg, op grond van art. 1384, lid 1 BW, aansprakelijk voor de schade aan schepen, veroorzaakt door in het water drijvende balken²⁷ en gasflessen²⁸. Het bestuur dat een zandbak ter beschikking stelt van het publiek is aansprakelijk voor de schade opgelopen door een kind dat zich kwetst aan een glasscherf in het zand²⁹. In een vonnis van de rechtbank van koophandel van Sint-Niklaas van 2 december 1959³⁰ ging het om stookolieinfiltraties in de bodem. De rechtbank stelde dat het onroerend goed waavan de bodem met olie doordrenkt was, een gebrekkige zaak uitmaakte. Een andere beslissing die hier van belang kan zijn is het vonnis van de rechtbank van Hasselt van 6 december 1982³¹. Een aannemer had afbraakmateriaal afkomstig van de weg Sint-Truiden-Hasselt op vraag van een landbouwer gestort op diens grond. De ondergrond van de weg bleek uit metaalslakken te bestaan met een hoog gehalte aan lood en kwik. Een aantal runderen stierven. Hoewel de vordering op andere gronden werd afgewezen, was er voor de rechtbank geen twijfel dat de grond met het abnormale loodgehalte een gebrek vertoonde.

20. Ook langs bijzondere wetgeving werden een aantal risico-aansprakelijkheden ingevoerd welke van belang zijn bij milieuverontreiniging veroorzaakt door de moderne technologie.

Een eerste toepassing ervan heeft betrekking op kerncentrales. De exploitant van de centrale is aansprakelijk voor schade veroorzaakt door kernongevallen in de centrale³². Eenzelfde regeling geldt voor kernschepen³³.

Schade veroorzaakt door verontreiniging na ongevallen met olietankers gaf aanleiding tot het verdrag van Brussel van 29 november

27. Cass., 12 febr. 1976, J.T., 1976, 325.

28. Kh. Antwerpen, 23 november 1978, R.G.A.R., 1980, 10.163.

29. Vred. Aarlen, 9 februari 1979, Bull. Ass., 1980, 723.

30. R.W., 1959-60, 1904.

31. N. gep., A.R., 82 B. 889. Zie ook Antwerpen, 23 januari 1986, R.W., 1986-87, 324.

32. Wet van 22 juli 1985

33. Wet van 19 augustus 1963

1969 en de wet van 20 juli 1967. Deze stellen de eigenaar van een tanker aansprakelijk voor de schade welke het gevolg is van de verontreiniging van de zee door ruwe olie.

21. Van belang is ook de budgettaire wet van 24 december 1976. Deze voert een bijzondere aansprakelijkheidsregel in voor de kosten welke de civiele bescherming of de brandweer maken bij saneringswerken uitgevoerd n.a.v. accidentele verontreiniging. Volgens deze bepaling *moet* de overheid de gemaakte kosten terugvorderen van de eigenaar van de producten welke aan de basis liggen van de verontreiniging. Deze regeling vindt frekwent toepassing, bv. naar aanleiding van een ongeval waarbij stookolie uit een tankwagen op een snelweg vloeit.

22. De meeste aandacht in rechtsvergelijkend verband verdient wellicht te gaan naar de wet van 22 juli 1974 op de giftige afval. Deze heeft tot doel te vermijden dat giftige afval wordt achtergelaten en zeker te stellen dat hij behoorlijk verwerkt wordt.

De wet voert een aantal bijzondere aansprakelijkheids-regelen in. Art. 7 is van algemene draagwijdte en betreft alle schade veroorzaakt door de afval. Art. 16 en 18 daarentegen hebben in het bijzonder betrekking op de kosten van saneringswerken ondernomen op initiatief van de burgemeester of de gouverneur.

23. Krachtens artikel 7 is de persoon die giftig afval voortbrengt aansprakelijk voor de kosten van vernietiging, neutralisering of wegwerking ervan, ongeacht de aansprakelijkheid van degenen die hij met die verrichtingen heeft belast. De producent is daarenboven aansprakelijk voor alle schade van welke aard ook die zou kunnen veroorzaakt worden door de giftige afval, inzonderheid tijdens de hele duur van het vervoer, bij de vernietiging, neutralisering of wegwerking ervan, zelfs indien deze persoon niet zelf tot bedoelde verrichtingen overgaat.

Alle schade veroorzaakt door de giftige afval valt onder de bijzondere regeling. Beperkingen schijnen er niet te zijn, noch wat het ogenblik of de wijze betreft waarop het incident zich voordoet,

noch wat betreft de aard van de schade.

De aansprakelijkheid overeenkomstig artikel 7 eindigt pas wanneer de afval vernietigd, geneutraliseerd of weggewekt is³⁴. Vernietiging is de ontbinding van de stof zelf; neutralisering het met fysische of chemische middelen ter plaatse voor de omgeving onschadelijk maken; wegwerking bestaat erin de afval zonder enige behandeling naar een andere plaats te brengen waar hij geen gevaar meer oplevert³⁵. Toepassing van de belangrijkste gebruikelijke verwijderingstechnieken (gecontroleerd storten, lozen of dumpen, verbranden) maakt dus een einde aan de aansprakelijkheid, mits de afval erdoor onschadelijk wordt. Men kan echter stellen dat de producent aansprakelijk blijft indien de afvalstoffen slecht verwerkt worden, zodat ze schadelijk blijven en er dus in feite geen echte vernietiging, neutralisering of wegwerking heeft plaatsgevonden.

24. De aansprakelijkheid wordt gekanaliseerd naar de producent van de afval, zelfs indien deze door een ander geneutraliseerd of vernietigd wordt. Deze radicale oplossing staat buiten twijfel. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd een amendement besproken volgens hetwelk de producent enkel aansprakelijk zou zijn voor de schade veroorzaakt bij de vernietiging van afval indien hij hier toe zelf zou overgaan. Werden deze verrichtingen aan een derde toevertrouwd, dan zou deze derde en niet de producent aansprakelijk geweest zijn. Dit amendement werd afgewezen. Men was van oordeel dat de zware verantwoordelijkheid van de producent deze laatste zou aanzetten betrouwbare vervoerders en verwerkers te kiezen³⁶. De producent ontkomt dus niet aan aansprakelijkheid door aan te tonen dat de schade veroorzaakt werd door een derde.

Wel heeft de producent een regres tegen diegene die door zijn fout het schadegeval veroorzaakte. Desgevallend kan hij zich keren tegen een producent van andere giftige afvalstoffen in de zin van

34. Parl. Hand., Kamer, 1973-74, 19 oktober 1973, 5; Parl. Hand., Kamer, 1973-74, 14 november 1973, 3 en 8.

35. Aldus de definities gegeven door de Raad van State, Parl. St., 1973-74, 684-1, 11.

36. Verslag, Parl. St., Senaat, 1973-74, nr. 134, 22

de wet van 1974, die mede een noodzakelijke voorwaarde bleken voor de schade.

Ook een contractuele regeling tussen de producent en de exploitant van een stortplaats of verwerkingsinstallatie kan van belang zijn. Hierin kan een beding worden opgenomen waarbij de exploitant de producent vrijwaart voor de eventuele aansprakelijkheid welke deze laatste zou kunnen oplopen op grond van de wet op de giftige afval. Een beding van deze soort belet niet dat de producent aansprakelijk gesteld wordt door het slachtoffer. Het laat hem echter toe de aan schadevergoeding uitgekeerde bedragen terug te vorderen van de exploitant. In tegenstelling met een exoneratiebeding dat aansprakelijkheid tegenover derden uitsluit is het besproken vrijwaringsbeding geldig.

25. De bijzondere aansprakelijkheid ten laste van de producent van giftige afval lijkt uitzonderlijk zwaar. Men begrijpt dat de wet ongerustheid en onzekerheid heeft doen ontstaan in de bedrijfsweld. De concrete betekenis van art. 7 moet echter enigszins gerelativeerd worden.

Vooreerst moet rekening gehouden worden met het relatieve karakter van het begrip afval. Of iets afval is of niet, hangt uiteindelijk ervan af of de stof al dan niet is opgenomen in een economisch productie- of distributieproces. Wordt een giftig bijproduct opgenomen in het economisch circuit, dan beantwoordt het niet langer aan het begrip afval. Wegwerking kan dus ook bestaan in de overdracht van de afval aan iemand die hem kan gebruiken als grondstof. Vanaf het ogenblik van de overdracht is de aansprakelijkheid van de producent ten einde.

Het relatieve karakter van het begrip afval brengt mee dat schade veroorzaakt door eenzelfde scheikundige stof nu een zal behandeld worden volgens het gemeen recht, dan weer volgens de wet op de giftige afval. Het is evident dat dit relatieve karakter in een aantal gevallen een bron van betwistingen zal zijn en de bescherming welke de wet aan de slachtoffers biedt zal beperken. Naar onze mening dringt er zich vanuit het standpunt van de slachtoffers eenzelfde behandeling op, ongeacht of giftige producten

een ongeval veroorzaken terwijl zij slecht gestockeerd zijn in afwachting van hun vernietiging, dan wel op een ogenblik waarbij zij ingeschakeld zijn in het productieproces.

Van groot belang is ook dat de aansprakelijkheid wellicht enkel geldt voor afval geproduceerd na het van kracht worden van de wet op de giftige afval. Vroeger heb ikzelf, aarzelend, het standpunt ingenomen dat art. 7 van de wet ook van toepassing kon zijn „oud” afval. Ik ben geneigd van mening te veranderen. Leest men art 7, al. 3 van de wet niet als een op zich staande bepaling, maar in samenhang met al. 1 en al. 2 van hetzelfde artikel, dan blijkt dat de bijzondere aansprakelijkheid geldt voor de persoon bedoeld in al. 1 van art. 7, hij die door zijn activiteiten giftige afval voortbrengt. De productie van afval zelf maakt dus deel uit van de wettelijke omschrijving van de tot aansprakelijkheid aanleiding gevende gebeurtenis welke uiteraard moet te situeren zijn na het van kracht worden van de wet. Het voorgaande brengt mede dat de kosten van sanering van oude stortplaatsen waar voor de wet van 1974 afval gestort werd met de kenmerken van giftige afval in de zin van de wet van 22 juli 1974, niet op grond van deze wet ten laste kunnen gelegd worden van de producent van de afval. Dit zou natuurlijk wel kunnen indien deze producent een fout had begaan, indien hij bewaker van de afval is of, voor wat betreft kosten gemaakt door de civiele bescherming of de brandweer, eigenaar in de zin van art. 85 van de budgettaire wet van 24 december 1976.

26. De wet van 22 juli 1974 op de giftige afval bevat verder twee bijzondere aansprakelijkheidsregelen welke specifiek betrekking hebben op de kosten van saneringswerken.

Volgens art. 16 mag de gouverneur van de provincie achtergelaten giftige afval doen verpakken, in beslag nemen of laten vernietigen, neutraliseren of wegwerken. De kosten van deze laatste maatregelen vallen ten laste van „de aansprakelijke persoon”, wellicht degene die de afval achterliet. In feite staat men hier voor een bevestiging van de fout-aansprakelijkheid welke nuttig is in het licht van de hoger vermelde betwisting over het bestaan van het

causale verband tussen de overheidsmaatregel en de fout die haar noodzakelijk maakte.

Volgens art. 18 kan de gouverneur of de burgemeester giftige afval die een ernstige bedreiging vormt doen overbrengen naar een door de Minister tot wiens bevoegdheid de Arbeid behoort aangewezen plaats. De overbrengingskosten zijn ten laste van diegenen die in het bezit zijn van de giftige afval. Deze bepaling wijkt af van het gemeen recht.

IV. Enkele bedenkingen

27. Onze maatschappij bevindt zich in een overgangsfase. De techniek moet zich aanpassen aan de doelstellingen van het milieubeleid. Een technologie moet uitgebouwd worden die milieuverontreiniging voorkomt. In afwachting moeten de kosten van de preventie van de verontreiniging en van het herstel van de erdoor veroorzaakte schade ten laste gelegd worden van de vervuiler.

De verplichting om milieuschade te vergoeden zal in een aantal gevallen zwaardere lasten meebrengen voor de industrie. Een verscherpte aansprakelijkheid van de vervuiler voor schade door milieuverontreiniging lijkt ons echter aangewezen om talrijke redenen. Het is billijker dat de milieuschade gedragen wordt door diegene die het voordeel heeft van de verontreinigende activiteiten dan door het toevallige slachtoffer ervan. Evenmin moet zij ten laste vallen van de gemeenschap in haar geheel. Overeenkomstig het beginsel „de vervuiler betaalt” moet de financiële last van de vergoeding van de milieuschade geïnternaliseerd worden in de kostprijs van de producten naar aanleiding waarvan de vervuiling ontstond. Deze internalisering draagt bij tot de ontwikkeling van een milieuvriendelijke technologie.

Objectieve aansprakelijkheids-regelen verwezenlijken zowel de vergoeding van het slachtoffer als de internalisering van de door de verontreiniging veroorzaakte schade beter dan de fout-aansprakelijkheid. Ik ben dan ook voorstander van de veralgemening van objectieve aansprakelijkheidsregelen in de milieusector.

28. Met de invoering van het nieuwe BW zal het Nederlandse recht

zijn achterstand inzake objectieve aansprakelijkheid grotendeels inhalen. Zoals bepaald in het hoger aangehaalde wetsontwerp wordt de schade door milieuverontreiniging in de regel toegerekend aan diegene die de feitelijke macht uitoefent over de verontreinigende stoffen of zaken. De nieuwe regeling verdient de aandacht in rechtsvergelijkend verband. Zij geeft blijk van een duidelijke basisfilosofie welke zorgvuldig werd uitgewerkt op het vlak van de afbakening van het toepassingsgebied, de toerekening van de schadelast en de mogelijke spreiding ervan door verzekering.

Het Belgische aansprakelijkheidsrecht van zijn kant maakt reeds sinds lang gebruik van objectieve aansprakelijkheidsregelen voor de vergoeding van milieuschade. Zoals een groot deel van het Belgische milieurecht wordt de aansprakelijkheidsregeling voor milieuschade echter gekenmerkt door het naast mekaar bestaan van een aantal, weliswaar organisch gegroeide, uiteenlopende sectoriële regelingen. Deze vertonen o.m. inzake toepassingsgebied en toerekeningsmechanisme talrijke onderlinge verschillen welke moeilijk rationeel te verantwoorden zijn. De harmonisatie van de Belgische objectieve aansprakelijkheidsregelen voor milieuschade dringt zich op. Wellicht kan het Nederlandse ontwerp hierbij verhelderend werken.

29. Zelfs de invoering van een objectieve aansprakelijkheidsregel lost echter niet alles op voor het slachtoffer van milieuverontreiniging: zolang de vergoeding geregeld wordt langs een systeem van individuele aansprakelijkheid moet het slachtoffer aantonen welke verontreinigingsfactor aan basis ligt van de schade. Het moet de installatie of activiteit identificeren welke de bron van de verontreiniging is. Veelal is een lange en kostelijke gerechtelijke procedure nodig om vergoeding te bekomen. Vooral bij milieuschade welke het gevolg is van de gezamenlijke inwerking van verschillende verontreinigingsbronnen beperkt dit de kansen voor het slachtoffer om vergoeding te bekomen aanzienlijk.

In dit verband dringt een vergelijking zich op naar de schadevergoedingstechniek welke wij terugvinden in de sociale zekerheid. Het perspectief is hier totaal verschillend van dat van het BW. De

vraag is niet meer of de schade veroorzaakt werd door iemands fout, maar wel of het slachtoffer schade van een bepaalde soort heeft geleden. De schade wordt rechtstreeks, zonder voorafgaande vaststelling van aansprakelijkheid, gespreid over de massa van degenen die sociale zekerheidsbijdragen betalen.

Men stelt vast dat gelijksoortige technieken tot rechtstreekse spreiding van de economische last verbonden aan bepaalde schadegevallen in de laatste jaren in verschillende landen, ook buiten de sfeer van de sociale zekerheid worden angewend. In België bv. vergoedt het Rampenfonds schade veroorzaakt door natuurrampen. Het Gemeenschappelijk Waarborgfonds staat in voor de vergoeding van slachtoffers van auto-ongevallen welke door de mazen van het aansprakelijkheids- en/of verzekeringsrecht vallen. Er is een fonds voor slachtoffers van geweldsmisdrijven.

30. In een aantal landen vinden wij ook milieuschadefondsen welke gespijsd worden door heffingen op vervuilingsbronnen en welke vergoeding toekennen voor bepaalde vormen van milieuschade. Een van de bekendste voorbeelden ervan is het Nederlandse Fonds Luchtverontreiniging. Ook in de V.S. spelen milieuschadefondsen een toenemende rol. Vooral het federale „Superfund” dat de kosten van bodemsaneringswerken financiert is beroemd of berucht. In Zweden werd een gedeeltelijke rechtstreekse spreiding van milieuschade bereikt langs een verplichte verzekering te onderschreven door bepaalde potentieel vervuilende inrichtingen. Deze vergoedt slachtoffers van milieuverontreiniging indien de aansprakelijke insolvabel is, de bron van vervuiling niet geïdentificeerd is of de vordering tot schadevergoeding verjaard is. In andere gevallen geldt een objectieve aansprakelijkheidsregel.

In België zijn er nog geen echte milieuschadefondsen. Slechts in zeer beperkte mate komt er een rechtstreekse spreiding van de milieuschade tot stand. Dit zal het geval zijn indien zij gedekt is door een verzekering voor eigen schade, zoals een brandpolis bv. Ook kunnen medische kosten welke het gevolg zijn van door verontreiniging veroorzaakte ziektegevallen vergoed worden in het kader van de sociale zekerheid, zonder dat het slachtoffer moet

bewijzen wie ervoor aansprakelijk is. In beide gevallen is de toerekening van de schade overigens in strijd met het beginsel „de vervuiler betaalt”.

De aanvulling van het aansprakelijkheidsrecht met of de gedeeltelijke vervanging van het aansprakelijkheidsrecht door milieuschadefondsen of door rechtstreekse verzekeringen afgesloten door vervuilers ten behoeve van de potentiële slachtoffers van milieuverstoring lijkt ons onontbeerlijk. Enkel op deze wijze kan men komen tot een volledige vergoeding en een billijke toerekening van de milieuschade in gevallen waar de vervuiler onbekend is of insolvabel of waar er geen aansprakelijkheid is, bv. omdat de schade een aansprakelijkheids-limiet overschrijdt. In dit opzicht maakt het Nederlandse Fonds Luchtverontreiniging een interessant voorbeeld uit. Het wekt bij de Belgische waarnemer verwondering dat de werkingssfeer van dit fonds, bij de integratie ervan in de Wet Algemene Bepalingen Milieuhygiëne, niet werd uitgebreid tot andere vormen van verontreiniging.

Le cautionnement dans le nieuw burgerlijk wetboek: La prudence du réformateur

C. Mouly*

1. *Les limites de la connaissance et de l'action*

Le législateur n'est ni unique ni infaillible, et derrière sa personification évoluent des individus, nombreux et variés. Lorsqu'il s'agit de réformer, certains ont la plume facile, la condamnation prompte et la reconstruction foisonnante. D'autres, peut-être, souffrent des affres de l'incertitude et en reçoivent quelque incitation à la prudence, plus précisément aux diverses facettes de la prudence: l'une qui invite à s'informer du réel et en être averti; l'autre qui invite à percevoir les limites de l'action humaine et à être prévoyant. La matière du cautionnement est assurément un terrain de prudence, ce que divers réformateurs ont semble-t-il perçu, et les auteurs du projet du Nouveau Code Civil Néerlandais mieux que d'autres peut-être.

Partout dans les systèmes inspirés de la législation française du début du 19^{ème} siècle bourgeonnent les projets de réforme du cautionnement. Au Québec, un rapport sur le cautionnement a été rédigé il y a quinze ans environ mais n'est pas encore mis en forme législative¹. En Louisiane, les dispositions du Code civil relatives au cautionnement sont en cours de refonte depuis les années 1980. En France, de petits comités auprès de l'administration du Ministère de la Justice réfléchissent aux réformes. En Hollande le projet a déjà pris forme². Il faut aussi garder en mémoire les travaux amorcés à l'initiative de la Commission des Communautés

* Prof. dr. C. Mouly is hoogleraar aan de universiteit van Montpellier en advocaat te Narbonne.

1. Rapport préparatoire de l'Office de Révision du Code civil, Rapport sur le cautionnement (n. XXXIII, Montreal, 1975).
2. Conçu au début des années 70, il fut concrétisé au début de la décennie suivante et devint le projet de Livre 7 du NBW, Titre 14, long de 22 articles.

Européennes sur la réforme du cautionnement. Précédés d'un remarquable rapport du Max Planck Institut de Hamburg sur le cautionnement dans les six états fondateurs³, lui-même complété d'un rapport sur la Common Law européenne⁴, ces travaux ont buté sur l'immense difficulté qu'il y avait à mesurer les conséquences d'une réglementation du cautionnement: avertis des richesses des garanties personnelles, les réformateurs ont hésité à perturber l'équilibre spontané qui existe entre le cautionnement et la garantie indépendante. Alors que les droits européens sont très voisins, l'harmonisation n'a pu se faire en raison de la prévision de bouleversements que l'homme ne saurait maîtriser. Les leçons de l'histoire ont été méditées.

2. Les leçons de l'histoire

L'Histoire des sûretés personnelles est riche de variations, de rebondissements, de pleins et de déliés que l'on peine souvent à interpréter⁵. Quelques signaux d'alarme pourtant peuvent être perçus: lorsque la loi Furia de sponsu limita la validité du cautionnement à deux ans et supprima toute solidarité entre les *sponsores*, parce que les *sponsio* ou *fideipromissio* devenaient trop fréquentes et trop lourdes, ce type de cautionnement disparut et fit place à la *fidejussio*⁶. Plus près de nous, quand le législateur suisse

3. Sous la direction du Pr. Drobnig, publié en 1971: Le cautionnement dans le droit des états membres des Communautés européennes, Bruxelles, pub. de la Commission des C.E., Collection Etudes, Série „Concurrence-Rapprochement des législations” n. 14. V. plus récemment A. Sayag et C. Jauffret-Spinosi, L'entreprise personnelle, t. 1 Expériences européennes, Litec, 1978, partie „Droits nationaux” : - Pays-Bas, n. 64, p. 310 ; - Allemagne, n. 74 & 75, p. 59 ; - Angleterre, n. 60 & 61, p. 108 ; - Belgique, n. 71 & 72, p. 162 ; - Italie, n. 67, p. 262 ; et la synthèse n. 66 & 67, p. 356 s.
4. T.C. Hartley, Le droit du cautionnement et de la garantie au Royaume Uni et en Irlande, 1974, Bruxelles, pub. de la Commission des C.E., Collection Etudes, Série „Concurrence-Rapprochement des législations” n.28.
5. J. Gilissen: Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général. Rec. Société Jean Bodin, t. 28. Les sûretés personnelles (1ere partie), pp. 5 à 127.
6. La date de la loi Furia de sponsu est l'objet de controverses: V. plus particulièrement R. Thisse: Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, Thèse, Montpellier, 1895, p. 61, qui estime, après avoir longuement étudié les diverses probabilités, que „la loi furia fut donc portée, au plus tard, en 655” alors que P.F. Girard affirme qu'il est impossible de

réglementa sévèrement le cautionnement donné par les personnes physiques, celui donné par les personnes morales et la garantie indépendante se développèrent⁷. Certains veulent oublier ces leçons, donnant crédit à ce mot merveilleux de Samuel Butler: „Though God cannot alter the past, historians can”⁸.

3. *Les cycles de l'évolution historique*

On pense communément que les sûretés personnelles furent les premières sûretés à apparaître. A travers les tablettes sumériennes et babyloniennes⁹ la légende¹⁰ et l'Ancien Testament¹¹ on entrevoit

l'attribuer avec M. Appleton...à P. Furius, tribun en 634 (Manuel. Elem. dr. romain, 4e éd., 1906, p. 755 note 3 in fine) et la situe à la fin du 6e siècle de Rome (ibidem).

7. Une loi fédérale du 10 décembre 1941 révisa le titre XX du Code des Obligations de 1881 modifié en 1911. Elle renforça le formalisme, limita les montants garantis, renforça l'information de la caution, raccourcit la prescription et facilita la révocation, créa des obstacles à la poursuite de la caution: V. P. Gillieron, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, Droz, Genève, 1969, pp. 6 et 142 s.
8. *Erewhon Revisited*, 14.
9. J. Gilissen: *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général. précité*, Rec. Société Jean Bodin, t. 28, spéc. p. 119. E. Szlechter: *Les sûretés personnelles dans le droit sumero-akkadien*, ibid. p. 173 à 221.
10. Celle de Damon et Denys, tyran de Syracuse, exhumée par J. Carbonnier (flexible Droit, L.G.D.J., 4e ed. p. 261) et P. Simler (*Le cautionnement*, Litec, 1982, n.1).
11. Les mots caution, cautionner, garant sont employés une quinzaine de fois dans la Bible, principalement dans l'Ancien Testament, avec des conseils aussi contradictoires que „si tu t'es porté caution, soit prêt à payer” (L'Ecclesiaste 8,13) et „si tu t'es porté garant... libère toi comme du filet la gazelle (Proverbes 6,1 et 5); V. Concordance de la Bible de Jérusalem, ed. Cerf, 1982. Une explication à ces contradictions peut être cherchée dans l'écart chronologique entre les différents livres, mais aussi dans les diverses facettes du cautionnement dont la Sagesse tient compte. Job au désespoir, avant d'être sauvé par sa foi, se plaint de tous les maux des humains et notamment du désespoir de l'homme abandonné au point de ne plus trouver un garant qui réponde de lui : „Place donc toi même ma caution près de toi, puisque nul ne veut toper dans ma main” (Jb 17, 3). Job demande à Dieu d'être sa caution ou de lui en donner une (gage ou garant), le garant topant dans la main du débiteur pour arrêter la saisie et se substituer à lui. Pr 11, 15 ; et 17, 18 : „Celui qui cautionne l'étranger se fait tort, Qui répugne à toper est en sécurité”. „Est court de sens qui tope dans la main et pour son prochain se porte caution”. Pr 20, 16 ; et 22, 26-27 : „Prends-lui son vêtement, car il a cautionné un étranger, au profit d'inconnus, saisis-le !”. „Ne sois pas de ceux qui topent dans la main, qui se portent caution pour dettes : si tu n'as pas de quoi t'acquitter, on prendra ton lit de dessous toi”. La solution est dans la remise de dette : (Pr 6, 1-5) „Mon fils, si

un garant otage, tenu en remplacement temporaire du débiteur principal ou que l'inexécution pouvait transformer en esclave.

De la sévérité à la protection, le droit romain a franchi toutes les étapes, dans tous les sens. La Rome archaïque ne connaissait pas l'engagement accessoire: les garants n'étaient utilisés que dans le cadre du procès¹² et étaient tenus à titre principal. Hors ce cadre, la solidarité des corps intermédiaires semblait suffire (*familia, consortium* et *gens*). Avec la république, il semble que le clientélisme ait suscité un grand usage du cautionnement, le patron développant ainsi son réseau de clients¹³. La *sponsio* et la *fidepromissio*¹⁴ lient le garant sur le même pied que le débiteur, mais il n'est que rarement appelé à s'exécuter. Les règles s'adoucissent, les protections de la caution se multiplient. Le développement du commerce, au début de l'empire appelle une meilleure garantie. La pratique et la doctrine développent une nouvelle technique, la *fidejussio*. Par l'effet d'un phénomène d'érosion des sûretés personnelles efficaces mais trop sévères pour le garant, la *fidejussio* va quelque peu s'effriter durant la survie orientale de l'empire romain (du 6ème au 15ème siècles)¹⁵.

Pendant cette même période, les Francs et les autres barbares ont apporté avec eux le *wadium*, solidarité qui rend le garant otage du créancier. La *plègerie* féodale qui s'en dégage ensuite

tu t'es porté garant de ton prochain, si tu as dit „Tope !” en faveur d'un étranger, si tu t'es lié par tes propres lèvres, si tu es pris aux paroles de ta bouche, fais donc ceci mon fils pour te tirer d'affaire, puisque tu t'es livré aux mains de ton prochain : va, cours importuner ton prochain, n'accorde ni sommeil à tes yeux ni repos à tes paupières, dégage-toi, comme du filet la gazelle ou comme l'oiseau du piège” . Outre l'information sur la forme du cautionnement (tope dans la main), la distinction entre les cautions „intégrées” à l'opération garantie et celles qui ne le sont pas car elles cautionnent un étranger, ou s'engagent au profit d'inconnus, mérite d'être notée.

12. Ils avaient nom *vas*, *praes*, *vadimonium* ou *vindex*.

13. Cicéron rapporte ainsi des anecdotes intéressantes (Ad atticum, 12,14,1 et 16,15,2). En voir l'analyse fort instructive par J. Macqueron: Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron, Ann. Fac. de droit d'Aix, 1958, t. 50, pp. 101 à 132. Sur le clientélisme à Rome V. N. Rouland, pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine, genèse et rôle des relations de clientèle, Latomus, Bruxelles, 1979.

14. La première pour les citoyens romains, l'autre ouverte aux pèlerins.

15. V. Institutes, Livre 3 titre 20; Digeste 46,1 - Comp. les Institutes de Gaius (du 3e s.), livre 3, 115 à 123.

conserve une rigueur identique. L'adoucissement du cautionnement viendra de l'insertion de règles du droit romain de Justinien, et notamment des bénéfiques de discussion et de division, après la deuxième renaissance du droit romain en France (15ème et 16ème siècles)¹⁶; mais parallèlement l'aval cambiaire est développé pour tenir lieu de garantie indépendante.

Le Code Civil contient un droit du cautionnement fort protecteur de la caution mais presque entièrement supplétif. Toute renonciation écarte donc les protections, et la solidarité du cautionnement raffermit la garantie. Aucune garantie indépendante n'est règlementée. Le 19ème siècle, son développement de l'industrie, des banques et du capitalisme libéral, verront croître le cautionnement solidaire. Le 20ème siècle fera apparaître le cautionnement mutualiste et le cautionnement bancaire, le tout sur la base de quelques articles du code civil qui, parce qu'ils n'édicte que des règles simples et de bon sens, n'ont pas fait l'objet de modification¹⁷.

Aujourd'hui, la vague consumériste a fait imposer des prescriptions de forme¹⁸, le droit des sociétés contient des règles de capacité et pouvoirs¹⁹, le droit des faillites des obligations d'information²⁰. Mais les sûretés personnelles restent essentiellement soumises à l'ingéniosité des parties.

Le caractère cyclique de la vie de chaque type de sûreté doit être souligné: née rigoureuse et efficace, proche de la solidarité, la sûreté personnelle s'affaiblit au fil des décennies pour devenir un cautionnement souple, moins dangereux pour le garant mais moins

16. On en trouve même trace dans le midi de la France, fort en avance à cette époque, dès la fin du 12ième s. (J-P. Lévy, Histoire des obligations, Les cours de droit, Lic. 3e année, 1980, p. 301, à consulter plus généralement sur l'évolution de la plègerie, pp. 297-303).

17. En France, la première modification date du 1er mars 1984, où l'on ajouta la nullité des renonciations à l'a. 2037 C. civ..

18. Ainsi le décret du 24 mars 1978 (N.78-509) a-t-il imposé un formulaire précis lorsque la caution garantit un emprunt de consommation.

19. L. 13 juillet 1966, a. 98; rapp. aussi a.106 et 51.

20. Lorsqu'une personne physique cautionne une entreprise envers une banque, celle-ci doit chaque année informer cette caution du montant de la dette garantie au 31 décembre. Loi du 1er mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises, art. 48. Même si la règle est générale et dépasse le cadre des entreprises en difficulté, elle trouve sa raison d'être dans le risque que l'approche de la faillite fait courir aux cautions.

satisfaisant pour le créancier. Les besoins de crédit des emprunteurs et les besoins de sécurité des prêteurs conduisent alors au façonnage d'une sûreté personnelle différente, plus rigoureuse et plus solide: la fidejussio a remplacé la sponsio affaiblie; la plègerie s'affaiblit en cautionnement, remplacé en pratique par le cautionnement solidaire. Celui-ci, affaibli à son tour, sera peut-être remplacé par la garantie indépendante²¹.

4. *Le besoin de réformes*

C'est un constat d'évidence que la réglementation du cautionnement par le législateur appelle compléments et révision en cette fin de 20ème siècle. Deux phénomènes y incitent: la fréquence des utilisations et l'ancienneté des règles législatives.

Il n'y a pas aujourd'hui de réflexion sur le cautionnement qui ne commence par l'affirmation que l'usage en est de plus en plus répandu, que les sommes garanties augmentent, que les créanciers professionnels l'exigent de plus en plus souvent et que les cautions professionnelles l'octroient de plus en plus fréquemment. Le recours aujourd'hui développé aux financements bancaires est allé de pair avec le recours au cautionnement. La souplesse de la garantie permet de garantir l'ensemble des dettes d'une société envers son banquier. Le sentiment que le dirigeant doit supporter des risques égaux à ceux du financier a justifié des engagements personnels pour des sommes considérables. Ces tendances nouvelles provoquent parfois des catastrophes et font souvent surgir le sentiment que la législation du 19ème siècle est inadaptée.

En apparence les règles du cautionnement sont anciennes: rédigées au début du 19ème siècle, dans un contexte économique et juridique très différent de celui de la fin du 20ème siècle, elles semblent anachroniques. L'apparence n'est-elle pas trompeuse? La communauté des juristes a amplement oeuvré pendant les deux siècles pour nourrir les règles législatives et adapter les solutions. Les règles ne sont plus vraiment celles de 1804 ou 1838 tant les

21. Sur ces cycles historiques V. C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, Paris, 1979, n. 8, p. 12-14 ; J-P. Lévy, *Histoire des obligations*, précité, p. 303. P. Malaurie et L. Aynès, *Dr. civ. Les sûretés*, 2e ed, n. 103-104.

propositions doctrinales et les précédents jurisprudentiels les ont modifiées.

5. *Les tentations des réformateurs*

Pour ceux qui veulent gommer les leçons de l'histoire, les tentations sont fortes d'instaurer une protection des cautions, surtout les personnes physiques ou au moins des cautions étrangères à l'obligation garantie. La loi suisse de 1941 en est un exemple. La jurisprudence de la Cour de cassation française (surtout la 1^{ère} chambre civile) entre les années 1983 et 1988 en est un autre. Depuis le début des années 80, la Cour de cassation a diminué l'insensibilité du cautionnement à la faillite en soumettant légitimement le créancier à l'obligation de déclarer sa créance avant de poursuivre la caution. Moins légitimement elle a affecté la souplesse du cautionnement en déterminant son étendue d'après la mention manuscrite (le „bon pour” de l'article 1326 C. civ. français) et non d'après le contenu du contrat et en excluant les accessoires qui n'ont pas été écrits à la main. Ces juges ont ainsi annulé bien des cautionnements²², libérant les cautions pour de futiles motifs de forme avec sans doute le sentiment que si la solution n'était pas fondée en droit, elle l'était au moins en équité. Couper, trancher et prétendre reconstruire est souvent une tentation²³. Parfois les réformes ou les changements sont inspirés par des réflexions doctrinales ou des délibérations qui ont une justification rationnelle; parfois elles doivent beaucoup au hasard et ont surtout une justification irrationnelle ou impulsive. Voltes face et surprises se succèdent, comme dans un bal de carnaval.

22. Reniant par là même plus d'un siècle de jurisprudence dans laquelle ils affirmaient que cette mention manuscrite était seulement une exigence de preuve et non une exigence de validité.
23. V. l'étude du Conseiller Sargos, dans le Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1986, intitulé „Le cautionnement, dangers, évolution et perspectives de réformes” (Documentation Française, Paris, 1987, pp. 33 à 64) qui comporte notamment une douzaine de recommandations destinées plus particulièrement aux banques dans leur position de créanciers, que le législateur devrait mettre en oeuvre (pp. 61-63).

6. *Qu'en est-il du projet néerlandais?*

A première lecture, le réformateur néerlandais a paru plus sage que les juges français. A-t-il su mesurer les difficultés de la perception des évolutions, du cautionnement omnibus et de l'usage développé du cautionnement (I). A-t-il su limiter les modifications (II)?

I. Perception des difficultés propres au cautionnement

7. En général une réglementation protectrice croît en proportion du succès remporté en pratique par telle ou telle sûreté personnelle car, avec ce succès, apparaissent quelques abus, liés aux excès de précaution des créanciers et à l'insouciance des garants. Diverses questions s'ouvrent alors à l'analyse précédant une éventuelle réforme du cautionnement: celles sur les raisons du succès actuel de cette sûreté (A), celles sur les critères permettant de distinguer les sûretés personnelles (B) et celles sur la détermination de l'étendue des garanties (C), trois domaines où l'imprécision est grande.

A. L'engouement pour le cautionnement et ses raisons

8. *Succès des sûretés personnelles*

Si une réforme est justifiée par le grand usage d'une sûreté, il est prudent de chercher les raisons de ce succès pour établir les règles destinées à l'endiguer. Constaté que le nombre des sûretés personnelles ou des techniques approchantes s'est considérablement développé au 20^{ème} siècle et que leur utilisation s'est considérablement accrue est déjà utile. Le phénomène n'a cessé de croître pendant la période de développement économique qui a suivi la 2^e guerre mondiale et plus encore lorsque ce développement est devenu plus difficile, après 1973. Il n'épargne aujourd'hui aucun secteur d'activité ni aucune forme de crédit. Les particuliers, les entreprises et les gouvernements y ont recours; ainsi lorsqu'en 1980 le gouvernement américain a voulu sauver Chrysler, 3^e constructeur automobile, sans risquer la stérilité d'une nationalisation, il a accordé sa garantie aux banques qui, sans cela, auraient refusé d'ajouter au passif le nécessaire crédit de 1,5 million de dollars.

Quand un état emprunte sur le marché des capitaux ou auprès d'un organisme financier international, c'est souvent avec la garantie de plusieurs banques centrales d'autres pays²⁴; quand une banque ouvre un crédit à une petite société anonyme ou à responsabilité limitée, elle exige systématiquement le cautionnement de ses dirigeants; quand le fisc accorde un crédit de trois mois pour payer la T.V.A., il pose en condition la fourniture d'une obligation cautionnée. Ces pratiques sont identiques dans tous les pays, qu'ils soient industrialisés ou en voie de développement. Le même recours aux sûretés personnelles se rencontre dans le commerce international, où se multiplient les garanties à première demande de la restitution des acomptes versés par l'acheteur ou de la bonne exécution du marché.

Il est aussi important de rechercher les causes de ce développement. En fait le succès des sûretés personnelles présente trois aspects.

C'est d'abord une „renaissance” des sûretés personnelles traditionnelles, essentiellement le cautionnement. Les banques, créancières par profession, sont de grosses consommatrices de garanties en tous genres, parmi lesquelles le cautionnement tient une large place. L'administration fiscale ou l'administration douanière imposent lorsqu'elles octroient un délai la fourniture de cautionnements. La loi a multiplié les hypothèses d'exigence ou de possibilité d'un cautionnement: garantie d'achèvement des immeubles à construire²⁵ ou des maisons individuelles²⁶, cautionnements divers de l'entrepreneur exécutant un marché public (a. 133, 135, 136 C. marchés publics français), etc..

C'est aussi l'apparition de sûretés personnelles „nouvelles”. La garantie à première demande, par laquelle le garant s'engage indépendamment du débiteur principal à indemniser le créancier, est apparue dans le courant des années 60 pour se développer,

24. Un exemple parmi bien d'autres : le crédit accordé au Brésil en 1982 par la Banque de Règlements Internationaux (B.R.I.), de 1.450 millions de dollars, était garanti par des banques centrales.

25. L.261-11 al 1-d et art. R.261-21 code de la construction et de l'habitation. V. l'étude très complète qu'en fait M. Dagot: La vente d'immeuble à construire, Litec, 1983, p. 413 s., spéc. n. 1018 à 1125 pp. 540 à 590.

26. Loi du 16 juillet 1971, art. 45-1 devenu a. L. 231-1 C. const. et habit. M. Dagot, op. cit. n. 990 à 1015 pp. 528 à 539.

dans les années 70, après le premier choc pétrolier, lorsque les pays en voie de développement, gros importateurs de technologies, ont pris conscience de leur puissance. Les fonds de garantie, qui reposent sur le principe du cautionnement, ont été organisés à grande échelle en France à partir de 1978. Les lettres du confort, par lesquelles les sociétés-mères „patronnent” leurs filiales en mal de crédit, n'ont guère plus d'une trentaine d'années.

C'est enfin une prise de conscience de l'effet de garantie dégagé par des procédés également utilisés pour d'autres avantages. Le „purchase agreement” par lequel le destinataire principal du produit pour la fabrication duquel un „projet industriel” est conçu s'engage à acheter la totalité ou une large part de la production escomptée est une garantie inhérente au financement de projets. L'assurance invalidité ou décès (et maintenant chômage en plus) que doit souscrire l'emprunteur dont la force de travail est le bien principal a été généralisée pour les crédits relatifs à des biens immobiliers de consommation. La délégation de débiteur ou la stipulation pour autrui sont plus souvent utilisées comme technique de garantie que comme technique de paiement.

Toutes ces sûretés personnelles ne sont pas également efficaces; toutes n'offrent pas la même sécurité au créancier. Nombre de cautions, par exemple, tentent l'impossible pour éviter ou retarder le paiement. Malgré ce, le succès des sûretés personnelles ne se dément pas²⁷; comment l'expliquer?

9. *Explication économique*

L'augmentation de la productivité individuelle, qui est la conséquence de la croissance économique, entraîne l'augmentation des

27. Faute d'information statistique plus récente, voici les statistiques fournies dans l'étude du Max Planck Institut sur le cautionnement dans les six pays fondateurs de la C.E.E. (Publications de la Commission des C.E., Série Concurrence - Rapprochement de législations, n° 14, Bruxelles, 1971, p 23).

Volume par habitant des sûretés personnelles, en U.S.Dollars
Sont seulement comptés les garants professionnels

	B	D	F	I	L	N
Pouvoirs publics	178	244	103	-	123	248
Etablissements fin.	23	65	91	57	171	37

coûts d'information²⁸. Le temps nécessaire à la collecte des informations est d'autant plus cher qu'il pourrait être utilisé à une activité de production plus rentable. Plus la valeur de l'activité d'une personne croît, plus le coût du temps passé par cette personne à s'informer sur le débiteur et ses capacités de remboursement devient onéreux. Les prêteurs auront donc tendance à réduire ce temps et à recourir aux sources d'information extérieures, mais gratuites, que constituent les sûretés personnelles.

L'engagement d'un garant est en lui-même rassurant; il établit qu'un tiers, qui a fait une analyse du risque (plus ou moins scientifique!) accepte de faire confiance au débiteur. C'est une preuve supplémentaire de la dignité de crédit de l'emprunteur.

Ceci peut expliquer l'exigence de cautions personnes physiques qui n'ont souvent ni l'intention ni la possibilité de payer. Ceci peut expliquer aussi l'intervention de cautions professionnelles (sociétés de cautionnement mutuel; banques) qui exigent du débiteur garanti autant, sinon plus, de contre-garanties que le créancier principal en aurait demandé. Ceci explique que, dans les relations de commerce international où il est malaisé de connaître son cocontractant, la garantie à la première demande d'une grande banque à ses côtés soit plus prisée que la consignation d'une somme équivalente car cette garantie établit la dignité de crédit du cocontractant.

Ainsi comprendra-t-on mieux qu'une sûreté considérée comme primitive accompagne le développement économique.

10. Explication juridique. Simplicité

Quatre raisons majeures, d'ordre plus juridique, complètent l'explication du succès des sûretés personnelles.

La première de ces raisons est la simplicité des sûretés personnelles. Aucune publicité, des vérifications de capacité juridique réduites, pas de forme solennelle (un simple contrat sous-seing

28. V. la démonstration limpide faite par Henri Lepage, *Vive le commerce*, Dunod, 1983, à propos de l'activité de consommation, p. 23-26 (avec la référence à L. Lévy-Garboua et à G. Stigler).

privé suffit), pas de frais²⁹: la simplicité de constitution est une clé du succès. Le garant étant recherché par le débiteur, la garantie n'aura coûté au créancier ni temps ni argent. A cela s'ajoute une simplicité du concept qui rend le mécanisme des sûretés personnelles aisément compréhensible par tous, et universel: il n'y a, en apparence, aucune crainte de mécompte pour les participants à l'opération.

11. Les sûretés personnelles sont peu sensibles au droit des faillites

Lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure collective de règlement de son passif, les garants, qui sont extérieurs à cette faillite, restent tenus intégralement. Les créanciers peuvent poursuivre le garant sans délai car ils ne sont pas soumis à la suspension des poursuites individuelles et n'ont pas à attendre la vérification de leur créance sur le débiteur.

12. Les sûretés personnelles sont souples car elles peuvent s'adapter à la créance garantie

L'avantage n'est guère sensible lorsque la créance est déterminée (prêt d'une somme de 150.000 F): la sûreté l'est tout autant. En revanche, la capacité d'adaptation est plus nette lorsque la créance est à montant ou durée indéterminés: créance future, créance de solde de compte courant sont les terrains d'élection de la garantie collective ou du cautionnement illimité. La sûreté personnelle évoluera en même temps que le crédit octroyé au débiteur principal, ce que ne font pas les sûretés réelles conventionnelles. Cette souplesse permet aussi aux sûretés personnelles de rééquilibrer, lors de la décision d'octroi du crédit, l'analyse du risque à moyen ou long terme, là où les autres techniques (analyse financière, évaluation du marché) cessent d'être efficaces car elles sont limitées dans le temps³⁰.

29. Sauf l'enregistrement pour que l'acte puisse être produit en justice et la soumission au droit de timbre (Loi du 15 mars 1963, art. 34,4).

30. V. A. Sayag et C. Jauffret-Spinosi: *L'Entreprise personnelle*, t.1 (Expériences européennes), Litec, 1978, n. 51-52, p. 346-347 et n. 64 p. 354-355.

13. Les sûretés personnelles, enfin, ménagent le crédit du garant

Certes, le cautionnement consenti par un commerçant doit figurer dans sa comptabilité, parmi ses engagements hors bilan; malgré ce, les sûretés personnelles affectent moins la capacité d'emprunt du garant que les sûretés réelles³¹, ni même sa capacité de financement: les sûretés personnelles n'impliquent, en général, aucune immobilisation de valeurs patrimoniales³². Il appartient toutefois au garant de constituer, par lui-même, des provisions en fonction de la prévisibilité des sinistres.

14. La question du coût des sûretés personnelles.

Certains ajoutent une cinquième qualité aux sûretés personnelles: coûter moins cher que les sûretés réelles. Il y a certes une part de vérité, notamment lorsque la garantie est fournie par une caution profane. Elle demandera rarement une rémunération. Parfois son engagement est jugé intéressé (dirigeant social ou proche du débiteur principal), mais il reste gratuit envers le débiteur; et s'il y a des rémunérations indirectes, pour tenir compte du risque assumé, elles entrent dans les échanges globaux entre le dirigeant et sa société.

En revanche les cautions professionnelles exigent des commissions élevées (1 à 2,5 %) qui sont perçues tous les ans, et parfois alors que la garantie est considérée comme éteinte par le débiteur principal. En y ajoutant le coût élevé des contre-garanties que le débiteur principal doit fournir à ces cautions, les sûretés personnelles conférés par des professionnels s'avèrent aussi onéreuses que les sûretés réelles³³.

Plus précisément, que recouvre la notion de sûreté personnelle,

31. L'avantage est important à une époque où on a tenté de développer les prêts participatifs dans le but, justement, de ne pas obérer cette capacité.
32. Les cautions professionnelles (sociétés de cautionnement, banques, sociétés de caution mutuelle) qui veulent être agréées par des créanciers tels que l'administration fiscale ou douanière, les administrations qui passent des marchés, le Crédit d'Équipement des P.M.E.,...sont obligées de déposer, en gage, une somme d'argent (environ 100.000 F) à la Caisse des Dépôts et Consignations qui permet de répondre de leur solvabilité.
33. La démonstration en a été brillamment faite par M. Dagot, Sûretés réelles contre sûretés personnelles, J.C.P. 1986, ed. N., I, p. 93.

et quelles seraient les garanties affectées par une réforme du cautionnement?

B. L'imprécision des critères du cautionnement

15. *L'utilité des critères*

Que sont les sûretés personnelles, quels sont leurs caractères spécifiques? En leur sein comment isoler le cautionnement? La réponse la plus commune est la plus intuitive: les sûretés personnelles sont accessoires à l'obligation garantie et leur modèle est le cautionnement. La doctrine française a trop oublié l'existence de la garantie indépendante, qui fait du caractère accessoire le caractère le plus commun mais non une pièce essentielle du mécanisme des sûretés. Si le droit du cautionnement est effectivement le plus développé et celui qui s'imprègne le plus des idées fondamentales des sûretés personnelles, encore faut-il savoir ce qu'il contient de général et ce qu'il recèle de particulier, donc ce qui est transposable aux autres sûretés personnelles et ce qui ne l'est pas. Encore faut-il savoir aussi quels autres procédés, parmi toutes les techniques qui génèrent un effet de garantie, seront indirectement régies par une réforme du droit du cautionnement³⁴.

La sûreté personnelle se reconnaît à la réunion de deux caractères essentiels:

- création d'un droit de créance supplémentaire,
- absence de contribution à la dette par le garant.

16. *Premier critère: adjonction d'une créance (au profit du créancier contre le garant)*

Il n'y a de sûreté personnelle que par la multiplication des débiteurs, et donc par la multiplication des biens et ensembles de biens

34. Un exemple, parmi d'autres, de classifications aussi catégoriques que contradictoires: le rapport du Max Planck Institut (précité) affirme (n.17) à juste titre me semble-t-il que le porte-fort ne répondant pas d'une obligation distincte de la sienne n'est pas une sûreté; tout au contraire le Comité Québécois du cautionnement assimile expressément le porte-fort au cautionnement, art. 1 du Rapport sur le cautionnement, précité.

qui répondent de la dette. Le garant ajoute son engagement à celui du débiteur garanti.

En conséquence, la *lettre de confort* (dite aussi d'intention ou de patronnage) n'est pas une sûreté personnelle tant qu'elle ne confère à son destinataire aucun droit de créance contre son signataire. Elle peut augmenter la confiance du créancier mais s'il ne peut rien exiger du garant il n'y a pas rapport de droit. Si en revanche la lettre est ainsi rédigée qu'elle fasse naître un engagement direct envers le créancier, il peut alors y avoir sûreté personnelle.

Les engagements de *domiciliation bancaire* du salaire ou des revenus de l'opération financée (pratiqués dans le financement des promotions immobilières ou dans celui des projets industriels), qui produisent les mêmes effets économiques qu'une délégation ou une cession de créances, ne créent aucune obligation à la charge des tiers et ne sont pas des sûretés personnelles.

L'engagement de *porte-fort* (C. civ. a. 1120) n'est pas non plus une sûreté personnelle car il n'ajoute pas un droit personnel contre celui qui s'est porté-fort. Il y a alternative et non cumul des engagements puisque l'acceptation du principal intéressé libère le porte-fort; mais on rencontre parfois des porte-forts contractés alors que le principal intéressé est déjà engagé. L'opération est bien une sûreté personnelle et doit être requalifiée en ce sens. Elle s'inspire de la garantie néerlandaise ou allemande et les parties recherchent, à travers l'appellation „porte-fort”, l'indépendance entre la sûreté personnelle et l'obligation principale.

L'indivisibilité, sur laquelle on s'interroge parfois, n'est pas une sûreté personnelle; elle évite simplement que la dette ne se divise entre les héritiers du débiteur mais n'ajoute aucun engagement d'un tiers.

L'action oblique, qui permet au créancier d'obtenir l'exécution par un tiers de la dette qu'il avait envers le débiteur, n'est pas non plus une sûreté personnelle car elle ne crée aucun droit nouveau de créance au profit du créancier. Le tiers d'ailleurs ne

s'exécute pas entre les mains du créancier mais entre celles du débiteur³⁵.

Les „*facilités de garantie*” que les banques offrent dans le placement des instruments financiers (actions, obligations, bons et „notes”, etc...) ne sont pas des sûretés personnelles. La banque dite „garante” s'engage en réalité à souscrire le solde des valeurs mobilières émises par son client qui n'auraient pas trouvé preneur. Elle prend donc un engagement conditionnel mais de premier rang. Elle n'ajoute pas un droit de créance à un autre qui existait déjà. Pour cette raison, cette „garantie” n'est pas une sûreté personnelle³⁶.

17. *Second critère: absence de contribution à la dette par le garant*

La sûreté personnelle suppose, de la part du garant, un engagement qui soit exempt de la nécessité d'exécuter une obligation qui trouve ailleurs une contrepartie. Ainsi, la *délégation* d'un débiteur n'est pas une sûreté personnelle: le maître d'ouvrage (qui doit payer les prestations) que l'entrepreneur délègue à son banquier (créancier du prêt servant à financer les prestations) n'est pas un garant car il doit nécessairement payer à quelqu'un. Son engagement envers le banquier trouve sa contrepartie dans les prestations fournies par l'entrepreneur.

Donc le tiers qui a un intérêt personnel au paiement de son obligation, et qui pour cette raison gardera la charge définitive de cette dette (la contribution), ne crée pas une sûreté personnelle en s'engageant envers le créancier. Il y a certes un effet de garantie, mais pas sûreté personnelle à proprement parler.

Ainsi *l'action directe*, comme la *délégation*, ne crée pas une sûreté personnelle. De même la *stipulation pour autrui*: l'assurance-vie contractée sur la tête de l'emprunteur au bénéfice du

35. L'action paulienne, dont le résultat économique est identiques puisqu'en faisant disparaître une dette du débiteur elle accroît son patrimoine, n'est pas non plus une sûreté personnelle.

36. Pour une description technique des diverses facilités de garantie, voir les extraits du livre blanc de la Banque de France : les risques des nouveaux instruments financiers, Banque 1987, p. 451-468, spec. p. 454.

banquier ne fait qu'orienter vers le créancier l'exécution d'un engagement de payer personnellement contracté par l'assureur.

Aussi nette est la qualification du *crédit documentaire*: le banquier qui s'engage irrévocablement ouvre un crédit à son client et contracte donc un engagement personnel de payer; que ce paiement soit effectué au tiers créancier n'en change pas la nature. En revanche, l'engagement du banquier de l'exportateur qui confirme le crédit documentaire est une sûreté personnelle car il garantit le paiement par le banquier de l'importateur sans pour autant supporter une contribution définitive à cette obligation.

L'engagement d'achat pris par le destinataire d'un produit, d'en acheter tout ou partie de la production, n'est pas une sûreté personnelle à proprement parler. Dans cet engagement l'acheteur ne fait que payer au créancier la contrepartie de la marchandise reçue et exécute donc sa propre obligation. Le financier peut exiger une garantie plus solide encore en obligeant le destinataire du produit à l'acheter même s'il ne présente pas les qualités attendues (ce qui arrive parfois dans les premiers temps d'exploitation) ou même à verser le prix d'„achat” alors que des retards dans l'exécution du projet ont empêché le début de la fabrication à la date prévue. Ces engagements de prendre ou payer (*take or pay agreements*) se rapprochent de la sûreté personnelle puisque l'„acheteur” ne recevant pas de contrepartie pourra, au moins en théorie, se retourner contre le fabricant. Il ne contribuera pas à la dette qu'il a payée. L'analyse est confirmée par le fait que les paiements sont souvent faits directement au financier, révélant mieux la véritable nature de sûreté personnelle. Toutefois, l'éventualité d'une contribution à la dette, qui existait lors de la conclusion de l'engagement, ne peut manquer d'être prise en considération³⁷. Ce même élément se retrouve dans la solidarité.

La *solidarité* entre codébiteurs est une sûreté personnelle pour partie seulement. La contribution partielle à la dette totale qu'assume le codébiteur solidaire a une influence tant sur la qualification de son engagement que sur son régime. Le droit tient compte du

37. V. une description de ces mécanismes de garantie in O. Senard et J. Terray, *Le financement de projet : une expérience française*, Banque 1981, p. 1413.

fait que celui qui prend définitivement en charge une dette, (le plus souvent parce qu'il y trouve un avantage, une contrepartie), porte à son engagement une attention différente de celle portée par le garant qui ne doit supporter aucune contribution définitive. Or, la solidarité réunit ces deux caractères: le codébiteur solidaire est obligé au paiement du tout (là réside la garantie) mais ne contribue définitivement qu'à une fraction, sa part personnelle. La solidarité doit-elle faire l'objet d'une qualification unique - la présence d'une contribution justifiant le rejet d'une qualification de sûreté - ou d'une qualification double - la part non contributive étant qualifiée de sûreté personnelle?³⁸

En fait, le régime de la solidarité n'est guère affecté par celui des sûretés personnelles. Au contraire la rigueur y est de mise, justifiée semble-t-il par le fait que le codébiteur solidaire, qui contribuera définitivement à la dette, s'intéressera à son engagement, y apportera la diligence nécessaire et aura, grâce aux relations d'affaires qui sont à l'origine de sa dette, une information suffisante ainsi que des moyens d'action ou de pression sur le créancier. C'est pourquoi la solidarité se présume en matière commerciale; c'est pourquoi le codébiteur solidaire ne peut profiter du bénéfice de subrogation (C. civ. a. 2037), ce qui tend à démontrer que le créancier n'a pas à attacher la même considération à ses intérêts qu'à ceux de la caution. La solidarité n'apparaît donc pas, sous cet angle, comme une sûreté personnelle³⁹.

Une place à part doit être réservée à *l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, qui ne contribuera donc pas à cette dette. Incidemment mentionné par l'article 1216 C. civ. français, il ne fait guère l'objet d'applications pratiques. Peut être faut-il en voir une explication dans l'irréductible antinomie qu'il y a entre un engagement „désintéressé” (c'est à dire sans contribu-

38. P. Ancel, qui s'appuie lui aussi sur le critère de la contribution à la dette, opte pour la qualification dualiste: dette principale pour la part personnelle du codébiteur solidaire, garantie pour le surplus: Les sûretés personnelles non accessoires, thèse, Dijon, (dactyl.) 1981, n. 10 p.10.

39. Rapprocher M. Cabrillac: Les accessoires de la créance, Mélanges Weill, Dalloz-Litec, 1982, n. 23, qui retient la même solution dans l'analyse des accessoires.

tion) qui est, par nature, une sûreté personnelle personnelle et le régime imposé d'une solidarité qui repose sur l'intérêt, la contribution définitive de la dette. Les attaques portées contre le cautionnement pourraient faire apparaître les avantages de cet engagement de codébiteur.

La *solidarité cambiaire* offre également, sous une unité de régime, une divergence de nature. Le tiré accepteur contribuera à la dette: son engagement n'a donc pas la nature d'une sûreté personnelle. Au contraire, le tireur qui a fourni provision, l'endosseur qui a fourni la valeur, et qui sont pourtant encore tenus envers le porteur ne supportent aucune nouvelle contribution: s'ils doivent payer (à nouveau), ils auront un recours pour le tout. Leur engagement est bien une sûreté personnelle. Toutefois, l'intérêt qu'ils avaient dans l'opération globale peut justifier l'écart du régime des sûretés personnelles.

18. *Résumé: les deux critères*

Il n'y a donc sûreté personnelle que lorsque l'engagement accessoire qu'invoque le créancier lui ouvre un recours qu'il n'aurait pas sans cela et lorsque le débiteur de cet engagement accessoire ne doit pas contribuer définitivement à la dette. La réunion de ces deux critères est utile pour distinguer par exemple ce qui relève de l'engagement juridique et ce qui reste du domaine de la morale: la garantie de la moralité du débiteur n'est pas une sûreté et ne tombe pas sous le coup des obligations comptables auxquelles les sûretés personnelles sont parfois assujetties⁴⁰. Parmi la diversité des techniques qui offrent un effet de garantie, la distinction⁴¹ de celles qui sont des sûretés personnelles est utile, plus souvent qu'à

40. La réglementation française de la compatibilité commerciale impose, comme dans bien d'autres pays, une inscription des sûretés personnelles dans les engagements hors bilan. Cette publicité a favorisé l'usage des lettres de patronnages dont on feint de considérer qu'elles ne sont pas des sûretés personnelles afin de ne pas les publier.

41. Pour d'autres tentatives de distinction, V. Y. Pouillet, La lettre de patronnage comme forme originale de sûreté personnelle, in : Les lettres de patronnage, Feduci, 1984, n. 69 p. 47 et les références citées.

la marge⁴². Ainsi serait-il important de savoir à quelles sûretés s'appliquerait une éventuelle limite de l'étendue de la garantie qu'imposerait une réforme.

C. L'étendue du cautionnement

19. Grande importance et grande imprécision

Que garantit le cautionnement et combien devra la caution? Quelle part de perte de créancier devra-t-il supporter malgré sa précaution d'exiger une sûreté? Questions cruciales, et pourtant négligées lors de la formation du contrat de cautionnement⁴³. L'étendue du cautionnement est un des points névralgiques de cette sûreté mais l'importance de sa détermination pour la caution comme pour le créancier, apparaît surtout lors de la demande de paiement. La découverte de la réalité, lorsque le cautionnement va jouer, est parfois douloureuse soit pour la caution à laquelle une somme considérable est réclamée soit pour le créancier qui découvre que sa sûreté s'est amenuisée ou a disparue. Ces situations nourrissent le contentieux et favorisent l'intervention de juge.

20. Multiplicité des situations

Parfois la caution a obtenu de limiter son engagement à une somme expressément fixée (par ex: „*Bon pour caution à concurrence de 100.000 F*”). Plus souvent rien n'est précisé et l'étendue du cautionnement devra être déterminée par référence à l'opération principale, non sans difficulté. Enfin dans les relations du banquier

42. Par exemple pour conforter le principe du recours en remboursement du garant surtout dans les situations marginales comme celles ouvertes par des lettres de patronage qui font naître une obligation de paiement; en revanche le recours en remboursement que la loi offre à l'assureur-crédit ne peut pas être justifié par la qualification de sûreté puisque l'assureur paie sa propre dette et non celle de l'assuré.
43. Plusieurs explications peuvent être tentées:
- le créancier ne souhaite pas effrayer la caution en énumérant tout ce qu'elle risque de payer;
 - le renvoi au contrat principal semble suffire;
 - la caution n'envisageant pas l'hypothèse de la défaillance du débiteur principal, évite l'effort d'une négociation sur l'étendue de son engagement;
 - les règles du droit commun paraissent à chacun protectrices de ses intérêts.

et de son client en compte-courant, en raison du caractère évolutif de ce compte, le banquier tente d'obtenir une garantie qui soit elle aussi évolutive; les sûretés personnelles sont plus que d'autres aptes à cette fonction. Aussi les cautionnements de toutes les dettes du débiteur principal se multiplient; ces cautionnements, que les italiens appellent „omnibus”, posent de nombreux problèmes spécifiques.

Il faut ajouter à cela qu'une dette est rarement d'une somme immuable et figée. Elle évolue d'abord avec l'attitude du débiteur: paiement partiel, frais de poursuite, actes conservatoires, pénalités contractuelles, bonne ou mauvaise foi, ... L'étendue du cautionnement pose surtout un problème de montant (a), les sommes exigées des cautions étant plus élevées que l'équité ne peut le tolérer⁴⁴.

Une dette évolue aussi en fonction de la situation objective des parties (changements de cette situation ou décès) et en fonction du temps (terme, prescription, ...). L'étendue du cautionnement pose alors un problème de durée, très sensible dans les cautionnements sans terme extinctif (b).

1. Etendue en montant

21. *La pratique*

Les cautionnements qui comportent une limite chiffrée très précise à l'engagement de la caution redeviennent plus fréquents, après quelques décennies de rareté. Les banques ont développé l'arsenal de leurs formulaires au fil des 20 dernières années et elles offrent aujourd'hui davantage de formules de cautionnement qui comportent une case dans laquelle on doit inscrire le montant de l'opération principale⁴⁵ ou le montant maximum du cautionnement⁴⁶. De leur

44. S'ajoute aussi un problème de durée des cautionnements, qui mérite d'être examiné.

45. Par ex. le formulaire 4.4.42 de la Société Générale, identique au „cautionnement solidaire en garantie d'une obligation déterminée” de la B.N.P. Une clause intitulée „montant” stipule: „Le présent engagement solidaire est limité à la somme principale indiquée ci-dessus, majorée des intérêts, frais et accessoires y afférents, suivant les taux et conditions applicables à l'opération garantie”.

46. Par ex. le formulaire „Acte de caution solidaire” de la Banque Rothschild.

rédaction dépendra leur étendue, mais tous poseront des problèmes d'interprétation⁴⁷.

La pratique bancaire a aussi multiplié les cautionnements „omnibus” de toutes les dettes d'un débiteur, essentiellement depuis le développement des crédits par découvert en compte-courant durant les „30 glorieuses” années de développement qui suivirent la deuxième guerre mondiale.

22. *Problèmes spécifiques aux cautionnements omnibus*

La spécificité de ces cautionnements réside dans leur immense souplesse et dans l'étendue sans borne de la garantie donnée: la caution garantit des dettes dont personne ne connaît le montant, ni souvent la nature. Mais ces dettes sont déterminables grâce à la référence faite au débiteur et au créancier; le plus souvent la caution garantit „toutes les dettes qui naitront entre „le débiteur” et „le créancier”, notamment par compte-courant.”. Ces seuls paramètres rendent assurément les dettes déterminables; mais ils n'empêchent pas un risque important pour la caution, notamment lorsque ces cautionnements sont consentis sans limite de montant et sans limite de durée. La caution garantit alors ce que devra le débiteur principal au jour où le créancier exigera paiement.

Ces cautionnements paraissent admissibles car ils sont utilisés essentiellement par les banquiers pour obtenir l'engagement des dirigeants sociaux associés. Ils ont un aspect moral en permettent d'écartier la limite de responsabilité que crée artificiellement les Sociétés Anonymes ou les Sociétés à Responsabilité Limitée. Le banquier exige que le dirigeant courre au moins les mêmes risques que lui et ne s'abrite pas derrière la limitation de responsabilité⁴⁸;

47. L'exemple paroxistique étant ce cautionnement obtenu par le C I C et sur lequel la caution avait indiqué qu'elle s'engageait „sous certaines réserves à préciser”, et qui bien sûr ne l'ont jamais été. La Cour de cassation apprécia les faits différemment de la cour d'appel et libéra la caution (Com. 13 mai 1980, Bull. IV, n. 196, p. 157).

48. Il n'est pas rare de voir des S.A.R.L. avec un capital de 50.000F et peu d'autres fonds propres solliciter des crédits d'équipement 20 fois plus importants. Le banquier estime anormal de courrir 20 fois plus de risques que le dirigeant. Si le raisonnement paraît convaincant, sa simplicité occulte la répartition des rôles entre le financier qui fait fructifier son argent et en reçoit rémunération et le

le banquier use également des pouvoirs de la caution comme d'un moyen de pression sur la société débitrice principale⁴⁹. Ces cautionnements semblent aussi être supportables par la caution qui ne court qu'un risque dont elle peut mesurer et limiter la portée puisqu'elle est aux commandes de la société garantie. Elle connaît la situation du débiteur principal, suit son évolution et peut, grâce à ses pouvoirs de direction, l'infléchir de telle sorte que ses intérêts soient sauvegardés. Si elle ne réussit pas à obtenir ainsi l'extinction des dettes garanties, elle devra elle-même payer, ce qui sera une sorte de sanction de son incompétence.

Et pourtant en réalité l'étendue en montant des cautionnements omnibus est trop lourde. L'analyse économique le démontre.

23. *Analyse économique des cautionnements omnibus*

L'engagement que prend la société débitrice principale de rembourser les financements qui lui ont servi à acquérir des biens de production ou à financer la force de travail de ses salariés ou mandataires n'est pas le même que celui que prend le dirigeant qui la cautionne.

Il y a d'abord une différence de degré. Pour une société dont le chiffre d'affaires est de 6 millions de francs par an, un endettement de 1 million n'a rien d'extraordinaire ni de gênant. Le flux des recettes permettra le remboursement. En revanche pour le dirigeant, si riche soit-il, un endettement de 1 million de francs est bien plus considérable car le flux de ses propres recettes sera seulement le salaire ou les bénéfices qu'il retirera de la société et qui sont bien moindres que les recettes de celle-ci. Les moyens financiers du remboursement par la caution sont donc nettement inférieurs à ceux du remboursement par le débiteur.

Il y a aussi une différence de nature. La dette acceptée par la société lui permettra de financer des biens d'équipement ou des personnes qui, par leur production, feront rentrer des recettes qui

dirigeant qui apporte son industrie.

49. Les dirigeants de l'entreprise cautionnée étant personnellement garants des dettes de la société vont avoir une propension toute naturelle à faire en sorte que la société paye d'abord ces dettes, de préférence à celles qu'ils ne garantissent pas.

serviront au paiement de la dette. La dette engendre donc son propre remboursement. Au contraire, l'engagement corrélatif de la caution ne repose que sur ses moyens personnels: il n'y a aucun flux de production et de remboursement et la caution ne dispose d'aucun moyen d'obtenir des recettes lui permettant de procéder au remboursement. En cas d'inexécution par le débiteur principal, la caution se trouve donc démunie de tout procédé lui permettant d'obtenir l'argent nécessaire au remboursement.

Cette différence de degré et de nature a été intuitivement perçue par certains juges qui annulent l'engagement de la caution lorsque les fonds prêtés par le créancier n'ont pas été affectés par le débiteur principal à leur destination originaire. Par exemple la société avait emprunté pour acheter un matériel d'équipement ou pour financer l'acquisition d'un porte-feuille d'assurances. Les fonds ont été affectés à d'autres emplois et la société a été dans l'incapacité de rembourser. Les juges libèrent parfois la caution, au motif juridique que l'affectation contractuelle des fonds était une condition de l'engagement de la caution⁵⁰. Plus que la motivation juridique, c'est la motivation économique qui est importante: le passage d'un endettement productif à un endettement qui ne l'a pas été justifie la protection accordée à la caution⁵¹.

Cette même différence économique entre la dette principale et le cautionnement peut expliquer les tendances à une protection plus générale de la caution, notamment dans les cautionnements de sommes très élevées.

24. *Problèmes spécifiques aux cautionnements de sommes très élevées*

Les cautionnements sans limitation de montant de toutes les dettes du débiteur principal paraissant de plus en plus souvent abusivement lourd, les banques ont eu tendance à proposer des limitations. Mais ces limitations sont souvent fixées à des sommes très élevées et les

50. Civ.1, 19 mai 1987, Bull. I, n° 154 p. 119; J.C.P. 1987, IV, 251; Gaz. Pal. 1989, Journal du 1er février 1989, note P. Lancereau et B. Fendt.

51. Cette remarque est d'ailleurs faite par MM. Lancereau et Fendt dans leur note sous l'arrêt précité.

juges peuvent avoir tendance, en ce cas, à assimiler les cautionnements limités et les cautionnements illimités⁵².

25. *Obligation de couverture et obligations de règlement*

Pour résoudre les difficultés propres aux cautionnements omnibus, il faut entrer dans leur structure interne et découvrir l'obligation de couverture pour qu'elle remplisse sa fonction essentielle de détermination des dettes cautionnées d'après leur nature.

Le cautionnement indéfini de dettes indéterminées comporte en effet deux sortes d'obligations: une obligation de couverture et d'éventuelles obligations de règlement:

- *l'obligation de couverture* permet de savoir quelles sont les dettes qui sont garanties, c'est à dire ce que doit la caution au moment du paiement (ce seront par exemple les remboursements d'emprunts faits par la société garantie auprès de la banque cautionnée, mais non les sommes qu'elle lui doit en vertu d'effets de commerce tirés par des tiers sur cette société ou en vertu d'un jugement engageant sa responsabilité délictuelle);
- *l'obligation de règlement* est celle pour la caution de payer ce que doit le débiteur. Elle ne naît donc qu'autant que la société garantie a des dettes envers le créancier garanti. Il arrive parfois que le cautionnement omnibus de toutes les dettes de sa société soit exigé du dirigeant social lorsque la société demande l'ouverture d'un compte, et alors même qu'elle n'a rien emprunté et que ce compte ne fonctionne qu'en position créditrice: en ce cas il y a bien une obligation de couverture mais il n'y a aucune obligation de règlement. Les obligations de règlement naîtront lorsque la société deviendra débitrice de la banque, et s'éteindront lorsqu'elle paiera ses dettes.

26. *Etendue de la couverture*

Dans le silence du contrat, la communauté des juristes français est

52. Ainsi vient de procéder la Chambre commerciale de la Cour de cassation française: Com. 22 novembre 1988, Gaz. Pal. 1989, Pan, 20.

parvenue à s'accorder sur deux solutions: sont exclus de la couverture

- les dettes délictuelles⁵³;
- les risques indirects, nés de la détention par la banque créancière, à la suite d'un escompte, de lettres de change tirées sur le débiteur principal. Cette détention est due au hasard et la caution n'en garantit le montant que si le contrat de cautionnement le prévoit expressément; ces clauses sont assez fréquentes dans les cautionnements bancaires.

En général la détermination des dettes garanties est faite par une longue clause, fort descriptive, qui énumère presque toutes les opérations bancaires susceptibles de faire naître une créance au profit de la banque, y compris les risques indirects⁵⁴. Ces clauses expresses sont validées et appliquées⁵⁵. Ainsi la Cour de cassation la condamne-t-elle au paiement de dettes quasi-délictuelles du débiteur principal⁵⁶, de clause pénales et indemnités contractuelles⁵⁷ ou des dettes quasi-contractuelles (répétition de l'indu par ex.⁵⁸).

53. Solution retenue par Com. 19 janv. 1981, Bull. 1981, IV, n. 31, p. 22-23 ; J.C.P. 1981, IV, 114, à propos de fausses traites escomptées par la Banque qui cherchait à en obtenir remboursement auprès de la caution omnibus du remettant et qui fut déboutée. V. aussi Douai 23 mai 1966, D. 1966, j, 606, à propos d'un abus de confiance du préposé de la banque, avec une excellente motivation. Adde P. Simler, *Le cautionnement*, Litec, 1983, n. 214.
54. La formulation de la clause sur ce point peut varier de la „garantie des dettes indirectes” à celle de „toutes les traites signées par le débiteur principal”. V. P. Simler, *Le cautionnement*, n. 187.
55. Ainsi le cautionnement omnibus emporte garantie des prêts participatifs obtenus par le débiteur principal (Paris 3e ch. A, 22 janv. 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, 323) sauf si la Sofaris est intervenue ; il emporte aussi garantie des sommes dues par le débiteur principal en sa qualité de caution d'un tiers en faillite (Paris, 15e ch. B, 19 avr. 1985, Juris-Data n. 21753).
56. Civl 1 oct. 1986, Gaz. Pal. 1986, pan., 245, pour une indemnité d'occupation due par le locataire cautionné pour maintien illégitime dans les lieux après la fin du bail, le cautionnement garantissant les „loyers, accessoires et toutes les obligations prévues au bail, pendant toute la durée de l'occupation”.
57. Com. 15 juil. 1986, Bull. IV, n. 155, p. 131, pour une indemnité s'appliquant au locataire en faillite dans un contrat de crédit-bail.
58. Civl 20 janv. 1987, Banque 1987, p. 412, obs. J.L. Rives-Lange, dans une espèce où le débiteur devait rembourser le montant d'un prêt à moyen terme que la banque avait mis deux fois à sa disposition. Adde infra n. *** 230 à propos du remboursement des restitutions en conséquence de l'annulation du contrat principal.

Mais l'on peut noter des tendances à protéger la caution contre les risques que la caution n'a pu envisager de garantir⁵⁹. Pour alléger le sort de la caution, la Cour de cassation change parfois de terrain et use de la mention manuscrite⁶⁰ ou joue sur les qualifications⁶¹.

2. Etendue en durée

27. *Caractères originaux de l'obligation de couverture*

Puisque ces cautionnements omnibus sont en partie liés à l'activité du débiteur, à la position de la caution et aux relations d'affaires existant entre le créancier et le débiteur principal, ils reposent pour partie sur une considérations particulière de la personne de créancier, du débiteur et de la caution.

Ces caractéristiques ont conduit à considérer que ces cautionnements recelaient une part *d'intuitus personae* et donc un rattachement particulier à la personne des parties, à leur activité ou à leurs relations réciproques. Plus précisément, au sein de ces cautionnements, seule l'obligation de couverture est affectée par cette considération de la personne puisque seule elle a une durée et un montant indéterminés, seule elle a vocation à la perpétuité et seule elle sera déterminée par l'évolution des relations entre les

59. Ainsi la Cour de cassation souligne-t-elle qu'elle peut interpréter divinatoirement les prévisions des parties pour limiter l'engagement pris par la caution. Bien que le contrat porte garantie de toutes les dettes, seule une dette déterminée aurait été garantie (soit 250.000 F au lieu de 1.834.092 F) Com. 8 dec. 1987, Bull. IV, n. 262, p. 197; Rapport C. cass 1987, p. 194 et le renvoi à P. Sargos, le cautionnement: dangers, évolution et perspectives de réforme, Rapport C. cass. 1986, p. 57 notant que la caution qui n'a connaissance que de certain éléments de la dette peut n'être tenue que pour partie! C'est là un louable désir d'équité et une solution qui rétablit une proportion humaine dans les engagements des cautions; mais que de dommages elle peut créer dans la prévisibilité des solutions juridiques si elle n'est pas limitée à cette situation et si elle est formulée en termes généraux.

60. Supra n. 5.

61. Par exemple elle a jugé que le remboursement des sommes que la Banque a dû payer non au titre de chèques émis par la société cautionnée mais au titre de sa propre faute envers les porteurs à ne pas payer à temps ces chèques provisionnés ne peut être réclamer à la caution „omnibus” car le paiement était la conséquence d'une dette personnelle de la Banque et non d'une dette de la société cautionnée: Com. 9 fev. 1988, Bull. IV, n. 60, p. 42-43, D. 1988, IR, 52; Gaz. Pal. 1988, 1, pan., 133.

parties dans l'avenir. Contenant le plus large degré d'indétermination au départ, l'obligation de couverture est le plus fortement rattachée aux caractères des parties, de leurs relations et de leur activité qui permettent de rendre prévisibles les dettes garanties. Dans ces cautionnements de dettes futures indéterminées, les éléments traditionnels de détermination (précision du prêt dont le remboursement est garanti, ou du contrat qui fait naître la dette garanti, montant, durée) sont remplacés par la connaissance que la caution peut avoir du débiteur principal et du créancier, et par les relations qu'elle peut avoir avec eux. Un changements important dans ces paramètres de déterminabilité des dettes garanties (*tel que changement du créancier, décès de la caution, changement d'activité du débiteur principal, perte par la caution de liens personnels ou institutionnels qui l'unissent au débiteur principal*) peut être considéré comme un événement mettant fin à l'obligation de couverture puisque elle perd le caractère déterminable qui la rend supportable.

28. *Les événements susceptibles de mettre légitimement fin à l'obligation de couverture de la caution*

Les analyses doctrinales ont ouvert la voie. La gravité des contentieux sur les cautionnements omnibus, par lesquels des cautions étaient débitrices de sommes considérables, sans mesure avec celles envisageables lors de la signature du cautionnement, parfois des années auparavant, a accru le poids des considérations de justice permettant s'écarter exceptionnellement du principe que tout contrat lie définitivement celui qui s'engage.

Les tribunaux français ont alors, lentement et avec prudence, admis l'idée de rattacher l'obligation de couverture à certaines particularités des relations entre parties⁶². L'indétermination du

62. Les premières tentatives étaient maladroitement fondées sur la disparition de la cause de l'engagement de la caution qui insinuaient : „puisque je ne suis plus dirigeant de la société, la cause de mon engagement a disparue et je dois être libérée depuis cette disparition”. Fort justement les tribunaux hésitant à hasarder sur le terrain spongieux de la cause et repoussaient ces insinuations. De même ils appliquaient rigoureusement l'a. 2017 C. civ. au cas de décès de la caution en refusant de faire une distinction entre obligation de couverture et

passif cautionnée est suppléée, dans l'esprit des parties et dans la réalité, par la connaissance ou la maîtrise que la caution a des personnes ou des paramètres qui le détermineront (société débitrice principale qu'elle contrôle, débiteur principal qu'elle connaît, avec lequel elle vit ou qui est sous son autorité, activité du débiteur principal susceptible de ne créer qu'un passif prévisible, types de crédit qu'octroie le créancier, taille du créancier ou du débiteur, etc.). Si l'un de ces paramètres de référence disparaît ou est fortement modifié, il est légitime de faire disparaître pour l'avenir l'engagement de la caution⁶³.

Par un revirement spectaculaire, la Cour de cassation reconnut en 1982 tout à la fois une dualité d'obligations dans les cautionnements de dettes futures indéterminées et le fait que le décès de la caution mettait fin à l'obligation de couverture⁶⁴. Puis elle admit plus facilement que les modifications affectant la société débitrice soient aussi un terme sous-jacent⁶⁵. Enfin elle décida que les

obligations de règlement et en appliquant à l'obligation de couverture la solution prévue pour les obligations de règlement Com. 14 nov. 1966 et Civ1 16 dec. 1969.

63. P. Malaurie et L. Aynes, *Dr. civ. Les sûretés*, 2e éd., n. 270 s.; C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, Paris, 1979, n. 324-359, p. 427 s..
64. Com 29 juin 1982, Bull. IV, n. 258 ; *Rev. Soc.* 1982, 86, obs. M. Cabrillac ; D. 1983, 360, note C. Mouly ; *Rev. trim. dr. civ.* 1983, 354, obs. P. Remy. Cette solution a été confirmée et étendue par Civ1 3 juin 1986, Bull. I, n. 147, p. 148 ; J.C.P. 1986, II, 20666 concl. Av. gen. Gulphe ; D. 1987, Som., p. 296, obs. M. Vasseur ; Banque 1986, p. 1028; obs. J.L. Rives-Lange et par Com 13 janv. 1987, Bull. IV, n. 9, p. 16 ; Banque 1987, p. 856, obs. J.L. Rives-Lange. L'interprétation de l'a. 2017 C. civ. faite à cette occasion est un modèle du pouvoir de l'interprète. La solution fut confirmée pour tous les comptes bancaires en 1986, alors que les héritiers avaient conservé après le décès de leur père la qualité de dirigeants sociaux qu'ils avaient avant. La Cour de cassation confirma aussi que les héritiers de la caution n'avaient pas à notifier le décès à la Banque créancière. En 1987 elle affirma que toute clause qui aurait pour résultat de mettre à la charge des héritiers de la caution une obligation (de règlement) née après le décès constituerait un pacte sur succession future (ce qui d'ailleurs confirme le caractère casistique de cette notion : V. A. Seriaux, *Successions*, PUF, 1986, n. 112 ; F. Terre et F. Lequete, *Les successions*, Précis Dalloz, 1983, n. 603 à 609, spec. n. 609).
65. Le terme extinctif découlera de la création d'une personne morale nouvelle : Com. 25 oct. 1983, Bull. IV, n. 274 (fusion-absorption du débiteur principal ; arrêt opérant revirement contre Com. 17 oct. 1978, Bull. IV, n. 231, p. 195; *Rev. Soc.* 1979, 848, note J. Hemard ; J.C.P. 1979, ed. N, prat. 7325 p. 613, obs. Y. Guyon et G. Coquereau) donnant au juge du fond appréciation souveraine des intentions des parties ; adde Com. 18 dec. 1984, Bull. IV, n. 351 (fusion également); Com. 22 janv. 1985, Bull. IV, n. 30 (apport partiel d'actif). La transformation de la société

changements affectant le créancier avaient la même conséquence⁶⁶. Dans ces deux derniers cas, elle insiste sur l'apparition d'une personne nouvelle comme cause de dissolution de l'obligation de couverture, alors pourtant que l'apport fusion transmet à la société bénéficiaire la totalité du patrimoine des sociétés absorbées (ce que rappellent les a. 372-1 et 381 L. 24 juil. 1966 régissant les sociétés commerciales).

qu'elle détermine les obligations de règlement mises à la charge de la caution et la soulage de celles qui sont nées après la survenance du terme extinctif. Pour déterminer les bonnes raisons de protéger la caution et écarter les moins bonnes, l'analyse économique ci-dessus évoquée peut être utilisée.

Le réformateur néerlandais a-t-il usé de telles informations? Il semble au moins avoir agi avec modération et prudence.

II. Modifications limitées

29. *Prudence et dangers dans les réformes législatives*

Lorsqu'un vent de critique se lève contre une institution, il est parfois tentant de procéder à la va-vite. Si le cautionnement paraît trop aisé à constituer, il peut être tentant de créer un formalisme dissuasif: recours obligatoire à un officier public, par exemple un

débitrice semble donc écartée (dans la ligne de la jurisprudence ancienne Com. 8 nov. 1972 et 9 avr. 1973, D. 1973, 753, note P. Malaurie) puisqu'elle n'emporte pas création d'un être moral nouveau. Cette distinction ne peut être justifiée au regard du critère essentiel qu'est la modification des paramètres de déterminabilité du passif puisque la nouvelle forme sociale est souvent adoptée pour permettre une plus grande activité; ceci prouverait l'erreur qu'il y aurait à s'attacher à la création d'une personne morale nouvelle.

66. 20 janv. 1987, Bull. IV, n. 20, p. 13, arrêt concernant la fusion par décret qui créa la B.N.P. à partir de la B.N.C.I. et du C.N.E.P.; la solution est formulée en règle: „en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale". Le 5 janvier 1987, la Cour de Paris rendait une solution identique contre la B.N.P. pour le même motif, la disparition de la société originellement cautionnée (Gaz. Pal. 1987, 1, Som., p. 205).

notaire; obligation de publier sur un registre administratif spécial⁶⁷. Un tel formalisme, qui n'apporterait pas de réponse au vrai problème que révèle l'analyse économique serait également tourné par le recours à d'autres sûretés⁶⁸.

Un autre danger est de multiplier les lois d'ordre public et d'application large, qui ne font aucune distinction suivant les diverses sortes de cautions. Ainsi la loi française du 1er mars 1984 a-t-elle annulé toutes les renonciations au bénéfice de subrogation de l'article 2037 du Code civil français sans distinguer entre les cautions professionnelles et les cautions profanes, ce qui est une erreur. Ainsi encore cette même loi a imposé une information à certaines cautions en donnant des critères très obscurs, faute semble-t-il d'une analyse suffisante. Ainsi encore cette même loi a imposé qu'une information soit envoyée à certaines cautions en donnant des critères très obscurs, faute semble-t-il d'une analyse suffisante. La multiplication des lois d'ordre public risque d'amplifier le glissement de la pratique vers les garanties indépendantes, ce qui est bien sûr un effet pervers particulièrement grave d'une réglementation qui se voulait protectrice.

Une réforme nécessite des choix, et le projet de NBW sur le cautionnement semble procéder à ces choix avec prudence.

A. Des choix fondamentaux bien faits

30. La distinction entre les cautions professionnelles et des cautions profanes et entre les cautions intégrées et les cautions étrangères

C'est une solution de première importance que pose l'article 1 de la Section 2 des textes consacrés au cautionnement dans le projet de NBW. En précisant que tous les articles de cette section 2 ne s'appliquent pas aux cautionnements qui sont donnés à titre profes-

67. C'est un peu ce que le Statute of Frauds anglais avait institué en imposant l'écrit pour le cautionnement, obligation qui était plus gênante au 17^e siècle qu'elle ne l'est aujourd'hui.

68. Ainsi que cela s'est produit avec la multiplication des lettres de patronage lorsque l'obligation de publier les cautionnements dans les comptes sociaux a été imposé.

sionnel ou par une personne de droit public d'une part, ni aux cautionnements qui sont donnés par les dirigeants sociaux d'autre part, cet article crée une différence de régime juridique aussi heureuse dans ses conséquences que justifiée dans ses fondements. Il est en effet certain que les cautions professionnelles n'ont pas les mêmes capacités et ne couvrent pas les mêmes risques que les cautions profanes. Il est douteux que les dirigeants sociaux aient moins besoin de protection que les autres cautions, mais il est certain que cette protection ne peut pas revêtir les mêmes formes. Une différence de régime s'impose.

Ce sont donc seulement les cautions profanes et non intégrées à l'opération principale qui bénéficieront des protections instaurées par les articles 2 à 8 de la Section 2⁶⁹.

Ainsi serait-il inadmissible de limiter le montant des engagements des cautions professionnelles (qui d'ailleurs ne prennent en pratique pas d'engagement illimité) ou celui des dirigeants sociaux (article 2 de la même section).

De même la limitation dans le temps des cautionnements de dettes futures serait excessive (art. 5).

De même l'impossibilité de déroger conventionnellement à certaines protections ne se justifierait pas pour les cautions professionnelles (art. 6), aptes à mesurer et faire payer la renonciation à une protection. De même en est-il de l'extension du régime impératif à toutes les formes de sûretés personnelles (art. 7): les cautions professionnelles (et les dirigeants sociaux à un moindre degré) sont aptes à peser ou à répartir les risques des garanties indépendantes et autres sûretés dangereuses. Enfin la réserve dans l'article 8 alinéa 2 d'une dérogation spéciale aux cautions professionnelles est particulièrement bienvenue.

En effet les cautions professionnelles peuvent tout à la fois:

- répartir les risques par le grand nombre de cautionnements qu'elles consentent;
- réduire les risques par l'exigence de contre-garanties;

69. Sur les notions de caution profane et de caution non intégrée, V. C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, Paris, 1979, *passim* et spéc. n° 519 à 521.

- reporter ces risques sur d'autres personnes, qui sont les sous-cautions et qui prennent tout ou partie du risque aux côtés du débiteur garanti.

Il serait donc maladroit de limiter les possibilités des cautions professionnelles par des règles générales concernant toutes les cautions.

Le sort des cautions intégrées est légèrement différent et son étude mériterait peut être d'être approfondie.

31. *Les limites de l'étendue de certains cautionnements*

Les cautions profanes et les cautions non intégrées ne peuvent plus, selon l'article 2 de la section 2 du projet, conclure de cautionnement illimité en montant. C'est une disposition discutable mais relativement sage, dans le domaine où elle s'applique, puisque l'expérience a prouvé que les cautionnements illimités donnés par des profanes conduisaient souvent à des situations insoutenables pour les cautions.

Avec la même sagesse, le réformateur a prévu que le principe de l'accessoire joue toujours, et que les intérêts et frais attachés à la créance principale sont garantis, au-delà du maximum stipulé au contrat. Cette solution est aussi logique qu'équitable. Elle souligne combien les solutions contingentes des tribunaux français qui tentent d'alléger la charge des cautions en supprimant les intérêts et les accessoires sont dénuées de justification. Mieux vaut limiter le principal que laisser un principal illimité et supprimer les accessoires.

Cette limitation en montant ne supprime malgré tout pas les conséquences désagréables d'une dette qui a trop longtemps trainée et qui, produisant des intérêts à un taux annuel de 10 à 20%, se trouve doublée au terme d'une longue procédure. Elle ne supprime pas non plus les conséquences d'un montant maximum très élevé. La limitation de l'étendue n'est qu'une protection partielle, et c'est pourquoi elle est admissible.

S'y ajoute, à l'article 5 de la même section, l'intelligente décharge de la caution de la garantie des crédits octroyés par le créancier qui était au courant de la situation très compromise du débiteur. Limitée aux cautionnements de dettes futures, cette

décharge est bienvenue si l'application du standard très large de „diminution considérable de la possibilité de recours contre le débiteur principal” est faite avec parcimonie. Rendre cette protection insusceptible de renonciation, ce que fait l'article 6, évitera qu'elle ne soit systématiquement écartée comme c'est le cas en Italie. Mais il faut que cette protection reste marginale et exceptionnelle, sanctionnant le créancier particulièrement insouciant ou égoïste qui par exemple cherche, en octroyant un nouveau crédit cautionné, à faire payer une créance qui ne l'était pas. Ce sont seulement les abus et les excès qui devront être ainsi sanctionnés: la disposition législative ne doit être que le reflet des théories générales telles que l'Estoppel anglais ou la sanction des fautes graves du créancier en droit continental.

32. *Maintien du principe de liberté du cautionnement*

La liberté de forme et de fond de constitution du cautionnement et des garanties personnelles est essentielle. Une publicité contraignante, un enregistrement fiscal tatillon, une authentification superflue sont autant d'atteintes à la liberté des contrats sans profit réel. Dans notre monde où le formalisme n'a plus la valeur de sélection des bons et mauvais contrats qu'il avait avant le consensualisme, ces restrictions sont plus vexatoires qu'utiles. Elle coûtent du temps et de l'argent, elles suppriment la possibilité de consentir des garanties simples et peu onéreuses.

Ce serait ne pas tenir compte de l'expérience passée, ne pas être prudent, que de croire que le formalisme empêche les abus⁷⁰. Trop réglementer le cautionnement fait nécessairement glisser la pratique vers d'autres types de sûretés, garanties à première demande ou solidarité d'un débiteur non intéressé.

B. Des choix secondaires à noter

3. *L'exécution en argent*

L'article 5 de la 1ère Section rappelle un principe qui n'a d'ailleurs

70. C. Mouly, Pour la liberté des garanties personnelles, Revue Banque 1987, p. 1166-1168.

pas soulevé beaucoup de contentieux: le cautionnement est en principe un mode d'exécution par équivalent et le créancier ne peut obtenir que des sommes d'argent, à moins qu'il n'est explicitement stipulé le contraire et qu'il attende de la caution la même exécution en nature que celle du débiteur. Ces hypothèses rarissimes se rencontrent peu.

Tout au plus pourrait-on imaginer que le choix soit laissé à la caution soit d'exécuter par équivalence soit d'exécuter en nature. Certaines compagnies d'assurances ou certaines banques garantissant les constructeurs aiment avoir le choix, notamment aux Etats Unis. La suppression légale est peut être excessive.

34. *Le renvoi aux règles de la solidarité*

L'article 1er alinéa 3 de la Section 1 du projet maintient, comme dans la réglementation antérieure, un régime du cautionnement solidaire par simple renvoi aux règles de la solidarité. Cette méthode a été critiquée, car on la trouve insuffisamment rigoureuse. En réalité elle donne toute la liberté nécessaire à l'interprète pour faire la part de ce qui relève de la solidarité et de ce qui relève du cautionnement. Des décennies d'expérience véhiculent en cette matière les arguments et les solutions idoines.

35. *Réglementation d'ordre public*

L'article 6 de la Section 2 interdit toute dérogation à une série de protections essentiellement liées au caractère accessoire (art.3 à 7 de la Section 1 ou à la qualification de caution profane et non intégrée (art. 2 à 5 de la Section 2). S'y ajoute une interdiction de renoncer au bénéfice de subrogation. Même si l'étendue de cette législation d'ordre public paraît grande, il faut noter:

- qu'elle ne fait que reprendre des caractères essentiels du cautionnement, et notamment son caractère accessoire qui permet à la caution de soulever tous les moyens de défense appartenant au débiteur, outre ses moyens propres;
- que pour les cautions profanes et non intégrées, le bénéfice de subrogation est l'application d'une règle de bon sens, que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques, et qui évite à la

caution de pâtir de la négligence, de l'insouciance, de l'égoïsme ou de la fraude du créancier;

- que les protections spéciales contenues dans la section 2 (limitation de montant, possibilité de résolution, tous les 5 ans, même dans les cautionnements à durée déterminée, etc.) sont réservées aux cautions qui ne sont ni professionnelles ni dirigeants sociaux du débiteur principal. Ces protections, à quelques exceptions près, ne semblent pas excessives si on les interprète comme des règles dérogoatoires au droit commun;

La réglementation impérative a donc un champ limité et une ampleur raisonnable qui semble prudente.

Conclusion

Les discours politiques nous habituent à croire que l'homme peut reconstruire la réalité sans se soucier de l'ordre spontané qui existe. Certains juristes se laissent séduire par le chant de ces sirènes et pensent facile, d'un trait de plume, de rayer des habitudes ou de supprimer des besoins économiques. En prenant connaissance de la réalité, les auteurs du projet de réforme du NBW, pour ce qui concerne le cautionnement, ont sans doute eu de moins amples visées. Il apparaît au moins que leur projet, s'il cède parfois à la tentation de la réglementation impérative, ne le fait que de façon limitée.

Surtout l'interprétation des dispositions, qui échappent au législateur dès qu'elles sont formulées, donnera un sens plus réel aux formules écrites. Si je me suis trompé sur le sens du projet, je ne serais sans doute pas le premier à interpréter librement les vœux d'un législateur. Peut-être aussi aurais-je l'excuse de penser avec Jean Giraudoux que „jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la légalité⁷¹”. Il faut s'en réjouir.

71. Giraudoux disait la réalité ; c'était un autre temps, où le positivisme juridique dominait (La guerre de Troie n'aura pas lieu, 1935, acte II, sc. 5).

Werking van de EEG richtlijn produktenaansprakelijkheid

*H. G. Schermers**

Artikel 12 van het EEG-Verdrag bepaalt dat „de lid-staten zich er van onthouden” onderling nieuwe in- en uitvoerrechten in te voeren. In het Van Gend & Loosarrest (5 februari 1963) besliste het Hof van Justitie dat ondanks deze tot de lid-staten gerichte formulering ook burgers dit artikel konden inroepen omdat: „de tekst van artikel 12 een duidelijk en onvoorwaardelijk verbod bevat, derhalve een verplichting niet om iets te doen, doch om iets na te laten; dat deze verplichting door de Staten met geen enkel voorbehoud is voorzien waardoor zijn werking afhankelijk zou worden gesteld van nadere bepalingen van nationaal recht; dat dit verbod er zich krachtens zijn aard geheel toe leent onmiddellijk effect te verlangen in de rechtsbetrekkingen tussen de Lid-staten en hun justitiabelen; dat de naleving van artikel 12 geen wettelijke tussenkomst der Staten behoeft.”

Hiermee opende het Hof van Justitie binnen de Europese Gemeenschap het leerstuk van de directe werking. Ook al is een verdragsartikel qua tekst tot de staten gericht, toch kan het ook voor de burgers rechten scheppen als die tekst zo duidelijk is dat zij geen verdere uitwerking behoeft.

Veel verdragsartikelen bevatten verplichtingen voor de lid-staten en in veel gevallen rees dus de vraag of burgers zich op die verdragsartikelen konden beroepen. In verdere jurisprudentie heeft het Hof steeds erkend dat dit mogelijk is als aan de vijf volgende voorwaarden is voldaan:

- (a) De bepaling moet een duidelijke verplichting op de Lid-staten leggen.

* Prof. mr. H. G. Schermers is hoogleraar in het recht der internationale organisaties aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

- (b) De inhoud van de bepaling moet zo duidelijk zijn dat zij direct kan worden toegepast.
- (c) Er moeten geen nadere handelingen van de Gemeenschap of van een Lid-staat nodig zijn om de in de bepaling gelegen verplichting te realiseren.
- (d) De bepaling moet onvoorwaardelijk zijn of, als er voorwaarden in staan, moeten de voorwaarden zijn vervuld.
- (e) Er moet geen beleidsvrijheid aan de Lid-staat zijn overgelaten ten aanzien van de wijze waarop hij de bepaling kan uitvoeren.

Op grond van deze voorwaarden heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren aan een twintigtal artikelen van het EEG-Verdrag directe werking toegekend¹.

Uiteraard rees ook de vraag of de besluiten van de Gemeenschap directe werking voor de burgers kunnen hebben. Ten aanzien van verordeningen moet men dat in beginsel aannemen. „Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke Lid-staat”, zegt artikel 169 van het Verdrag. Wij moeten een verordening gelijk stellen aan wetgeving.

Voor richtlijnen is het minder duidelijk. Het Verdrag zegt daar over: „Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-staat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen”. De bedoeling lijkt duidelijk: een richtlijn heeft geen directe werking, maar moet door de Lid-staten in nationale wetgeving worden omgezet. Sommige hoogste nationale rechters hebben aan niet in nationaal recht uitgewerkte richtlijnen dan ook geen enkel effect willen verlenen².

Ook het Hof van Justitie gaat er van uit dat een richtlijn niet zonder meer in de nationale rechtsorde kan doorwerken. In een tamelijk recente uitspraak overwoog het: „Er moet op worden gewezen dat volgens artikel 189 EEG-Verdrag het dwingende karak-

1. Voor een opsomming zie: Schermers, Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, 4e druk, Kluwer 1987, blz. 131-133.
2. De Franse Conseil d'Etat in het arrest Cohn-Bendit, 16 *Common Market Law Review* (1979), blz. 701-707 en het Duitse Bundesfinanzhof, 16 juli 1981, 16 *Euro-*recht** (1981), blz. 442-454.

ter van een richtlijn - waarop de mogelijkheid is gebaseerd - slechts bestaat ten aanzien van „elke Lid-staat waarvoor zij bestemd is”. Hieruit volgt dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen³.

In een oudere zaak die een volstrekt duidelijke richtlijn betrof had België eens beweerd dat die richtlijn niet in de nationale wetgeving behoefde te worden overgenomen omdat zij voldoende duidelijk was om direct te kunnen werken. Het Hof antwoordde daarop: „De rechtvaardiging ontleend aan de „rechtstreekse toepasselijkheid” van de betrokken richtlijnen, kan evenmin worden aanvaard. Uit artikel 189, 3e alinea, vloeit immers voort dat de uitvoering van de communautaire richtlijnen moet worden verzekerd met passende uitvoeringsmaatregelen van de Lid-staat”⁴.

Uit het feit dat het Hof van Justitie geen directe werking aan richtlijnen toekent betekent echter niet dat het de richtlijnen geheel zonder rechtsgevolgen laat. Tegenover de Lid-staten (en alléén tegenover hen) hebben richtlijnen een dwingend karakter. Op grond van dit dwingende karakter heeft het Hof het recht van de justitiabelen erkend om zich in rechte op een richtlijn te beroepen tegenover een Lid-staat die zijn verplichtingen niet nakomt. In 1973 en 1977 had de Raad richtlijnen uitgevaardigd over al dan niet geoorloofde oplosmiddelen. Italië had deze richtlijnen niet in het nationale recht ingevoerd. De firma *Silvam* volgde echter de richtlijn in haar bedrijf en schond daarmee een Italiaanse wet van 1963 die andere oplosmiddelen voorschreef. De wettelijke vertegenwoordiger van *Silvam*, de heer *Ratti*, werd strafrechtelijk vervolgd. De Italiaanse rechter vroeg een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie over de mogelijke directe werking van de richtlijn in de Italiaanse rechtsorde. Het Hof van Justitie antwoordde:

„Met dwingende werking die in artikel 189 aan de richtlijn wordt toegekend, ware het onverenigbaar principieel uit te sluiten dat de daarbij opgelegde verplichting kan worden ingeroepen

3. Arrest *Marshall* (152/84), 26 feb. 1986, overweging 48, 1986 Jur. p. 749.

4. Commissie v. België (102/79), 6 mei 1980, overweging 12, 1980 Jur. p. 1487.

door betroffen personen. Met name in gevallen waarin het gemeenschapsgezag de Lid-staten bij richtlijn heeft verplicht een bepaalde gedragslijn te volgen, zou het nuttig effect van zodanige handeling worden verzwakt, wanneer de justitiabelen zich daarop in rechte niet zouden mogen beroepen en de nationale rechterlijke instanties daarop geen acht zouden mogen slaan als op een element van gemeenschapsrecht. Mitsdien kan een Lid-staat die de door de richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen niet tijdig heeft getroffen, het feit dat hij de op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, niet aan de justitiabelen tegenwerpen. Wanneer dus een justitiabele die overeenkomstig de bepalingen van een richtlijn heeft gehandeld, de nationale rechter verzoekt een nationale bepaling die onverenigbaar is met die door een Lid-staat - in strijd met zijn verplichting - niet in zijn nationale rechtsorde ingevoerde richtlijn, buiten toepassing te laten, dan dient die rechter aan dat verzoek te voldoen indien de betrokken verplichting onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is. Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord, dat een Lid-staat zijn nationale, nog niet aan een richtlijn aangepaste wetgeving - ook indien deze strafbedreigingen bevat - na het verstrijken van de voor de uitvoering van die richtlijn gestelde termijn niet mag toepassen op degene die overeenkomstig de bepalingen van die richtlijn handelt”⁵.

Onze conclusie uit het bovenstaande moet zijn dat hier eigenlijk geen sprake is van directe werking. De richtlijn wordt niet automatisch deel van de nationale wetgeving. Veeleer is hier sprake van het Engelse rechtsbeginsel „estoppel”, of van het Nederlandse rechtsverwerking. De richtlijn zelf heeft geen werking in onze rechtsorde, maar de staat die nalatig is geweest in haar uitvoering kan de eigen nalatigheid niet inroepen, noch tegen andere Lid-staten, noch tegen de EG Commissie, noch tegen burgers.

Het Hof van Justitie heeft in dit verband het begrip „staat” ruim uitgelegd. Ook een staatsorgaan dat in het handelsverkeer als een particulier optreedt is gebonden aan de verantwoordelijkheden

5. Arrest Ratti (148/78), 5 april 1979, overwegingen 20-24, 1979 Jur. p. 1642.

die een staat op zich heeft genomen ten aanzien van de uitvoering van richtlijnen⁶. Wij mogen hieruit opmaken dat niet in nationaal recht ingevoerde richtlijnen tegen alle staatsorganen en in beginsel ook tegen staatsondernemingen kunnen worden ingeroepen, maar niet tegen andere ondernemingen of tegen burgers.

Een volgende vraag waarvoor wij staan is of een burger die door de niet-invoering schade lijdt een schadevergoedingsactie tegen de staat zou kunnen instellen. De jurisprudentie hierover is minder uitgewerkt. Ontstaat de schade door een handeling van de staat die in strijd met de richtlijn wordt verricht dan lijkt een schadevergoedingsactie mogelijk. Ontstaat de schade doordat andere personen handelingen verrichten op basis van een wetgeving die door de richtlijn terzijde had moeten zijn geschoven, dan is de directe betrokkenheid van de staat minder duidelijk. Ook dan zijn wel argumenten voor de schadevergoedingsactie aan te voeren. In een zaak over een geheel ander onderwerp (belemmering van het transport van biggen over de Spaanse grens) antwoordde de Commissie van de EG op een schriftelijke vraag van een lid van het Europees Parlement het volgende:

„In het communautaire recht zijn daarentegen geen bijzondere voorschriften vastgesteld betreffende schadevergoeding aan personen die in hun belangen zijn geschaad door maatregelen die inbreuk maken op het vrije verkeer van goederen. De Commissie is evenwel van oordeel dat de Lid-staten op grond van artikel 5 van het EEG-Verdrag en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht moeten voorzien in een schadevergoeding voor particulieren wanneer deze Lid-staten verantwoordelijk zijn voor de schade die zij aan die particulieren hebben berokkend door inbreuk te maken op het Gemeenschapsrecht. Met het oog op een eventuele schadevergoeding moeten de betrokken bedrijven derhalve de zaak aanhangig maken volgens de rechtsprocedures van de betrokken Lid-staat”⁷.

Er is geen reden aan te nemen dat het Hof van Justitie een ander

6. Zie het boven geciteerde Marshall-arrest, overweging 56.

7. Gecombineerd antwoord van de heer Andriessen namens de Commissie op de schriftelijke vragen nr. 886/87 en nr. 887/87 (29 januari 1988), Pb nr. C303/3.

oordeel zou hebben dan de EG Commissie. In de jurisprudentie tot nu toe heeft het Hof immers de betrokken staten steeds aansprakelijk gehouden voor de gevolgen van de niet-nakoming van bindende EG besluiten.

Wat de mogelijkheid van schadevergoedingsacties tegen de Staat betreft lopen de nationale regelingen van de Lid-staten niet parallel. In sommige staten is het gemakkelijker dan in andere om de staat tot het betalen van schadevergoeding veroordeeld te krijgen. Wat Nederland betreft lijkt een actie ex artikel 1401 BW in beginsel mogelijk. Wordt een richtlijn niet op tijd uitgevoerd dan schendt de staat daarmee een rechtsverplichting. Mocht de onrechtmatigheid van het staatsgedrag niet direct duidelijk zijn, dan kan de nationale rechter daarover te allen tijde een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie vragen. Een officiële vaststelling door het Hof van Justitie dat het staatsgedrag onrechtmatig is zal voor de betrokkene de bewijsvoering aanmerkelijk vergemakkelijken. Uiteraard zal hij wel causaal verband moeten aantonen tussen de nalatigheid van een staat en zijn schade. Over de problematiek die daar aan vast zit heeft Mr. J.M. Barendrecht een interessant advies uitgebracht aan de Vereniging voor Burgerlijk Recht (Lelystad 1987). Hij wijst er op dat bij een volledige harmonisatie van wetgeving ook onderliggende begrippen, zoals „causaal verband”, geharmoniseerd zouden moeten worden. Het Hof van Justitie is zich hier ook wel van bewust, maar dit is een ontwikkeling die alleen door een intensieve samenwerking tussen nationale rechters en gemeenschapsrechter geleidelijk tot stand kan komen. Er zijn nog veel onder het EEG recht liggende begrippen, zoals de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap, de geldigheid van contracten of de bevoegdheid van directeuren die ook in Gemeenschapsregelingen naar nationaal recht worden uitgelegd. Onvermijdelijk zullen gemeenschapsrecht en nationaal recht elkaar beïnvloeden. Wat precies causaal verband is, wordt door nationale advocaten voor het Hof van Justitie bepleit; uitspraken van het Hof van Justitie worden door nationale juristen gelezen. Op de lange termijn mag men daar een harmoniserend effect van verwachten. In de tussenliggende periode moet pragmatisch worden gehandeld. Voor wat sterk in het nationaal recht verweven begrip-

pen als „causaal verband” betreft, zal dit pragmatisme wel betekenen dat nog lange tijd de nationaalrechtelijke begrippen zullen worden gebruikt.

Several notes concerning the Indonesian legal system: role of judges in civil court proceedings

*Setiawan**

1. Transitory provisions

Many people were not aware that when we proclaimed the independence of our country on August 17, 1945, the only national law in written form we had at that time was the Constitution. We proclaimed the said constitution as the 1945 Constitution, a name which implies a feeling of and at the same time a will to immortalize our struggle for independence with its culmination in 1945. No other sentence is able to express the attainment of the culminating point of the struggle more beautifully than the words contained in the Preamble of the Indonesian 1945 Constitution: „and the struggle of the movement for the Indonesian independence has a moment of rejoice because it succeeds in bringing the Indonesian people safely and successfully to the gate of the independence of the Indonesian State, which is free, united, sovereign, just and prosperous”.

The first problem of a nation (re)born, in the first years after the end of the World War, was the problem of filling in her independence, particularly in the legal field. Our founding fathers were wise enough by providing article II of the Transitory Provisions of the 1945 Constitution which states: „All existing state bodies and regulations which exist are still in force provided that they have not yet been replaced by new ones which are created according to the Constitution”. With these provisions vacuums in the legal field were to be prevented.

The intention to prevent vacuums in the legal field was asserted

* Setiawan S.H. is lid van de rechtbank van Jakarta-Pusat, Indonesië, en conrector van de opleiding Indonesische rechterlijke macht.

again in Government Regulation no. 2, 1945 issued on October 10, 1945. The said Government Regulation states once again that all state bodies and regulations existing at the time of the establishment of the Republic of Indonesia on August 17, 1945 are, as long as they are not replaced by new ones which are in conformity with the Constitution, considered still in force, provided that they are not in contradiction with the Constitution. Differing from article II of the Transitory Provisions, Government Regulation no. 2, 1945 which according to the elucidation thereof is issued to affirm the validity of article II, contains a subordinate clause reading as follows: „provided that they are not in contradiction with the Constitution”.

2. Efforts to establish a national law

At first allow me to state that the desire which is reflected in the said Transitory Provisions, the realisation of the desire to create our own national law, has not yet been completed.

Efforts towards the establishment of a national law have been made since the first years after independence was proclaimed. Professor Supomo, one of our well known Masters of Law, had touched on the said problem in his speech at the Dies Natalis of the Gajah Mada University in 1947. Professor Supomo indicated that inherent to the independence, to the revolution, the attitude and views of the people had changed. The people also demanded that actions be taken in various fields of law. In each of these fields, professor Supomo stated, there should be only one kind of national law enforced for all people of our country. The existence of separate laws in each field should be abolished¹.

Therefore it was understandable that before we stepped forward, we had to face another problem more complicated in nature; the first and the most important problem for us was to answer the question of how the nature of the new law should be; should we always maintain pluralism in the legal fields which we inherited from the past, or abolish the said pluralism totally by unification?

1. Prof. mr. dr. Sudargo Gautama, *Pembaharuan Hukum di Indonesia (Renewal of Law in Indonesia)*, Alumni Bandung 1973, page 26.

The initiative of professor Supomo was picked up by many Indonesian Masters of Law. Among others to mention one of them was mr. Suwandhi, who in his speech before the Association of Indonesian Masters of Law and the Indonesian Law Scholars Union in 1955 made a proposal to the Government to assign a committee to study and make preparations for renewing the law in our country². To the same purpose seminars on national law were organised everywhere. The first was conducted by the Indonesian National Legal Development Board which was established based on Presidential Decree no. 107, 1958 to gather scientific material to compose Indonesian national law pursuant to the aspiration of a just and prosperous society based on Pancasila (Five Principles of the Indonesian State and Nation).

But all these efforts did not find a sound response from legal experts themselves and therefore did not achieve the expected results.

3. Sahardjo's concept

The situation changed when in the year 1963, a Master of Law with a modest character named Sahardjo, who at that time was Minister of Justice gave a speech on July 5, 1963 on the occasion of receiving the title of Doctor Honoris Causa in the Legal Sciences which was given to him by the University of Indonesia. Sahardjo stated that article II Transitory Provisions and Government Regulation no. 2, 1945 should be interpreted thus that the Burgerlijk Wetboek (the Civil Code) and the Wetboek van Koophandel (the Commercial Code) were not longer to be considered as codifications. Those which are valid from both codes, Sahardjo said, are only those articles that truly live as law in Indonesia on the condition that:

- a. they are not in contradiction with the spirit of the 1945 Constitution;
- b. they are not in contradiction with the foundation and principles of our legal system.

2. Prof. mr. dr. Sudargo Gautama, loc.cit., page 5.

Articles fulfilling those conditions, he stated, were valid as unwritten law³.

This concept, which was thereafter known as the „Sahardjo concept”, obtained a very widespread response. The said concept was approved by the Supreme Court in its Letter no. 3, 1963, wherein the Supreme Court repealed various articles of the said BW; among others the article concerning the capabilities of a wife, paragraph 3 of article 248 concerning the recognition of a child and article 1460 concerning the risk in sale purchase transactions.

4. Turning-point in the development of national law

But as time passed the above mentioned radical concept lost its supporters. Prof. Subekti, who meanwhile replaced Dr. Wirjono Prodjodikoro as the Chief Justice of the Supreme Court at the opening of the second National Law Seminar held in Semarang in 1968, stated that „one of the problems that requests thoughts and considerations from the participants of the seminar is the problem concerning the judicial validity of the Burgerlijk Wetboek and the Wetboek van Koophandel which the late Minister of Justice, Dr. Sahardjo, has tried solving by introducing a „Transitory Law” and by claiming that the Burgerlijk Wetboek resp. the Wetboek van Koophandel is no longer to be considered as a wetboek but only as a „rechtsboek” or an important document as „guide” for the judge”. In professor Subekti’s view the problem was not to be solved by revoking (certain articles of) the Burgerlijk Wetboek or the Wetboek van Koophandel. For want of something better such policy, in his opinion, could only lead to chaos. As an alternative he forwarded another concept recognizing the competence of judges to preside over civil proceedings and, in implementing civil laws, giving them the right, in exceptional cases if they considered with conviction that a certain provision was obsolete or was no longer in conformity with the existing changes/progress of times, to

3. Sahardjo S.H., Pohon Beringin Pengayoman (The Banyan Tree of Pengayoman), Speech at the Ceremony of Receiving the Title of Doctor Honoris Causa in the Legal Sciences by the University of Indonesia, July 5, 1963, Rumah Pengayoman Sukamiskin, Bandung, page 4.

eliminate the related provision or develop the provision further if the changes/progress of times required such provision to be developed⁴. In his opinion the speech of the Minister of Justice and the circular of the Supreme Court merely contained a suggestion to our judges, not to hesitate or be afraid to eliminate a certain article from the *Burgerlijk Wetboek* if they consider that the said article or provision is not in accordance with the progress of time or with the situation of independence.

Based on the wordings of Professor Subekti we arrive once more at article II of the Transitory Provisions and Government Regulation no. 2, 1945 as stated above, particularly with regard to the subclause which reads: „as long as no new laws are created that are in accordance with the Constitution, the existing provisions are still valid provided that they are not contrary to the Constitution.”

5. The meaning of article II Transitory Provisions

If we read both article II of the Transitory Provisions and Government Regulation no. 2, 1945, then it seems as if the provisions mentioned therein only regulate matters concerning the validity of former legal provisions as long as no new ones have been adopted that are according to the Constitution, provided that are not contrary to the Constitution. But if we examine them more intensively, then two basic things can be traced, namely:

- a. The objective and will of the makers of the 1945 Constitution was that a national law should be created according to the spirit and soul of the 1945 Constitution, although this has not been stated explicitly such as in article 102 of the Provisional Constitution 1950 (which is no longer in force now). Article 102 of the Provisional Constitution of 1950 provided that national civil, commercial, penal, military penal, civil procedural and penal procedural law and the composition and authority of the courts were to be regulated in the form of a code except when the law makers deemed it necessary to regulate matters in separate laws.
- b. Article II of the Transitory Provisions and Government Regula-

4. Prof. R. Subekti S.H., *Pembinaan Hukum Nasional (Development of National Law)*, Alumni, Bandung 1981, page 23.

tion no. 2, 1945 give the right and obligation to judges (on account of their duty) to „adjust” and even to declare that a certain legal provision which originated from the period preceding the enforcement of the 1945 Constitution, is not valid if the regulation in question is „contrary” to the Constitution.

Thus on one side the establishment of a „new law” may be justified if such is really necessary through circumstances and on the other side judges are approved to „adjust” , and even to state that a legal provision from the period before the enforcement of the 1945 Constitution is no longer valid.

6. The right to test a law (toetsingsrecht)

Based on the above explanation we now come to the question of the „toetsingsrecht” (testing right) of a judge. This problem, in my opinion, needs some elaborations because of the existing provision under article 26 Law no. 14, 1970 concerning the basic principles of the competency of the Supreme Court. The said article is in extension as follows:

1. The Supreme Court has the authority to declare as null and void all legal regulations which are of lower level than the law based on the grounds that they are contrary to higher regulations.
2. The decision to declare the invalidity of the legal regulations may be taken during cassation proceedings. Revocation of the said regulations which have been declared as null and void is done by the authority concerned.

What is the connection between the provision as stipulated under article 26 of Law no. 14, 1970 and article II of the Transitory Provisions/Government Regulation no. 2, 1945 which obligate judges to evaluate and examine whether a regulation has the form of law and whether it is not contrary the Constitution?

To answer the question, firstly it should be noted that it was no intention of the law makers to indicate that it is prohibited to test the material of a law such as regulated by the provisions of article 26 of Law no. 14, 1970 with legal regulation originated from the old law, which is the law before the enforcement of the 1945 Constitution. Besides, the view of Professor Subekti should also be

mentioned here. He stated that article 26 which gives the Supreme Court the competency to „declare as null and void” a regulation which is lower than the level of law, is not usually considered as a „materieel toetsingsrecht”. „What is written there is only a small fragment (which practically does not mean much) of the whole competence of judicial power known as „toetsingsrecht”. In general, Professor Subekti further said, according to doctrine, the right to test a law (toetsingsrecht), all laws and regulations (including a law in the formal meaning thereof), is inherent to the „rechterlijke werkzaamheid” (judicial activity). It should be stated here with regret that up to now there has been no Supreme Court decision in this matter.

Speaking about the competency and even the obligation of judges to adjust, find and create law, we come to the problem which in the former law system was provided under article 22 A.B., and presently under article 14 of the Basic Law concerning Judicial Power as follows:

„Even though a judge may not find the provisions in the laws/regulations relating to a certain matter, he still has to judge the case. A judge may not refuse to examine a case on the grounds that it is not regulated by law”.

Article 27 of the Basic Law concerning Judicial Power further provides firmly that a judge, as the upholder of law and justice is obligated to dig, follow and understand legal views upheld by the people. In a community which still knows many unwritten laws that are still in the stage of process and transition, the elucidation of article 27 of Law no. 14, 1970 states further, a judge is the formulator and digger of legal codes existing among the people. Therefore he has to mix with the people in order to know, feel and be able to understand the feeling and sense of justice existing among the people. In so doing, a judge may be able to issue a decision which is according to the law and the sense of justice felt by the people. The existence of an obligation imposed upon the judge by the provisions regulated under article 27 of the Basic Law concerning the Judicial Power, places the judge and the court in a

central position in the development of law, whether in respect to material or formal law.

7. Pluralism of law and the structure of courts

Thus it may be said that the legal situation faced by judges is a heritage from the past period which is not only pluralistic in nature from the standpoint of material law, but also has a pluralistic nature from the point of procedural law such as pictured exactly by Professor Lemaire with the following words:

„Kenmerkend voor het bestaan van de verschillende rechtspraak-sferen was, dat niet alleen rechtsmacht door verschillende op basis van verschillende rechtsregelingen ingerichte, rechterlijke corporsen werd uitgeoefend maar bovendien bij elke soort rechtspraak verschillend recht, niet alleen verschillend formeel recht, maar ook verschillend materieel recht, tot gelding werd gebracht. Er was dus verscheidenheid van materieel en formeel privaats- en strafrecht, gekoppeld aan verscheidenheid van rechtsmachtsuitoefening en van rechterlijke organisatie”⁵.

We are grateful that the first steps taken by our law makers in the first years after the recognition of independence was the abolition of one aspect of that pluralism, being the pluralism within the scope of court jurisdiction. By the promulgation of the Emergency Law no. 1, 1951 hence the District Court becomes the one and only court of first instance for all groups of the community whether in regard to civil or criminal cases. Pursuant to its contents, the Emergency Law no. 1, 1951 provides actions concerning composition, power and procedure of civilian courts. Through Law no. 19, 1964 which was later revoked and replaced by Law no. 14, 1970, the contents of which are related to basic provisions concerning judicial power, the composition of the courts in our country is as such that we possess what is called four types of courts being religious, military, general and state administrative courts. It may be added here that state administrative courts have not yet been

5. Dr. W.L. Lemaire, *Het recht in Indonesia*, N.V. uitgeverij W. van Hoeve, 's-Gravenhage, Bandung, 1952, page 229.

established. At present works are in progress to compose a draft law concerning state administrative courts.

On the other hand in the field of material (civil) law the situation still does not differ very much from the situation pictured by Professor Lemaire as above. One of the national legal products in the field of material civil law is Law no. 1, 1974 which concerns marriage.

8. Article 393 HIR

On the one hand therefore it may be pictured how difficult the task of judges is in our country in order to be able to meet the instruction such as stated under article 14 of the Basic Law concerning Judicial Power mentioned above, but on the other hand it may be concluded that the decision of the judge, discovery made by the judge and the creation of law by the judge plays a very important role. This role is only important in order to fill in the existing vacuum in the field of law. The decisions made by judges are not merely a source of law. In our country, though not adhering to the principles of precedence such as in Anglo-Saxon countries, jurisprudence (read: decisions of the Supreme Court) possesses weight and great authority. It becomes an example for judges of lower level courts. But still, every judge may submit his standpoint that differs from the standpoint of the Supreme Court, and thereby deviate from the existing jurisprudence, provided that he gives his reasons to strengthen the direction of the development of law in our country.

Since our independence we have witnessed the elimination of various legal provisions (at the level of „wet”), either by doctrine or by jurisprudence. An example is article 284 (3) BW, which according to Professor Kollewijn was an offence against the Adat Law of the Indonesian people. Another example is article 393 HIR which according to the terminology of Indonesian lawyers previously had long been „hollowed out by court practices for Indonesian natives (landraden)”⁶. The revoked article 393 HIR provided „bij de

6. Prof. R. Subekti, loc.cit., page 35.

rechtspleging voor de Indonesische rechtbanken zullen geen meerdere of andere vormen in acht worden genomen dan die, welke bij dit reglement zijn omschreven". But experience has proved that the HIR as a „simplified edition” of the Reglement Rechtsvordering (Rv) could not meet the need of the people for justice, at the time before independence was proclaimed and the more so after independence. Our masters of law at that time, especially before the independence had hollowed out article 393 HIR in such a way that the said provision almost did not have any meaning at all. The Jakarta District Court stated in its decision d.d. January 17, 1955 (Law of Year 1956 no. 1 and 2, page 177) that because article 393 HIR prohibited the use of procedural forms other than those determined by the HIR, the court of first instance could not use regulations as provided in Rechtsvordering, but if it was considered necessary or useful, could use institutions which existed in Rechtsvordering but were not mentioned in the HIR provided that they were „within the framework of our own creation” without using regulations as stipulated in Rechtsvordering itself⁷. The above is one form of „excavation” (uitholling) of article 393 HIR. The said 1955 jurisprudence is still generally followed. Our experience also proves that, particularly in big towns, we use more and more institutions which are only found in Rv. Among others such as: vrijwaring (protection), intervention and regulations concerning arbitration. The mentioned Rv-provisions can of course not be applied automatically and formally in its original form. There are many bodies, either public institutions or systems of courts mentioned therein, that are no longer in conformity with the situation of the state and structure of courses that are presently valid. The provisions of the said Rv have been adjusted here and there. Therefore in a certain sense, we have to face (procedural) laws that are created by judges.

7. Prof. dr. Supomo SH, *Hukum Acara Pengadilan Negeri (Procedural Law of District Court)* Pradnja Paramita, Jakarta, 8th edition, page 10. See also: R.Z. Asikin Kusumah Atmadja, *Arbitrase Perdagangan Internasional (International Trade Arbitration)*, Prisma no. 6, year II, December 1973, page 56.

9. Role of the judge

Developments and changes run very quickly. Soon after the establishment of the Basic Law concerning Judicial Powers in 1964, Law no. 19, 1964, in 1970 the need was felt to replace the a.m. law with a new one and so Law no. 19, 1964 was revoked and replaced by Law no. 14, 1970.

The change and replacement was done before the procedural law concerning the cassation proceedings by the Supreme Court, the forming of which was instructed by Law no. 13, 1965 jo Law no. 19, 1964 had been implemented whereas the provisions concerning cassation proceedings as stipulated in the Supreme Court Law no. 1, 1950 had been revoked. To overcome a vacuum which occurred in the legal procedure, in deciding every cassation case the Supreme Court always took first into consideration that what had been stated as not valid was not the whole law concerning the Indonesian Supreme Court but only the part concerning the position, composition and competence of the Supreme Court, so that therefore in respect to matters related to cassation proceedings, the Supreme Court still needed to apply the provisions of the said Supreme Court Law no. 1, 1950. At present the Indonesian Parliament is discussing a draft law concerning Law Courts within the scope of the General Judicative Bodies and the composition and authority of the Supreme Court (including its legal procedure) in order to replace Law no. 13, 1965 as mentioned above.

With regard to the jurisprudence in the field of material (civil) law we are progressing in such a way, that the decisions of judges not only fill in the legal vacuum, but in a certain sense also determine the direction and pattern of legal development. In 1967, long before the enforcement of the law on marriage (which was enacted on January 2, 1974 and was effectively valid since October 1, 1975) the Jakarta District Court had adopted a decision, the influence of which can be said was as big as what was known as the „Grote Leugen”-arrest from the Hoge Raad in the Netherlands. The said District Court was confronted with a claim for divorce on the ground of „onheerbare tweespalt”. The problem was that the plaintiff and the defendant belonged to a category of persons who

were subjected to the Burgerlijk Wetboek which did not know such a ground for divorce, while on the other hand this ground did exist for other groups in the community not living under the rule of the BW. The Court in its decision considered that the ground of „onheerbare tweespalt”, although it is not mentioned in article 209 BW, is an argument for obtaining a divorce, because both the European and Chinese ethnic group have resided in Indonesia for a long time and have mixed with autochthonous Indonesians, therefore can be considered to have been dissolved into the Indonesian autochthonous group, so that the grounds which were valid for Indonesian Christians are considered also appropriate to be enforced upon European and Chinese ethnic groups. The argument of the plaintiff, based on „onheerbare tweespalt” in the said dispute proved to be „een onenigheid” (discord) in the life between the plaintiff and the defendant on which base the plaintiff's claim could be approved⁸. The said Jakarta District Court's decision was upheld by the Supreme Court in its decision dated June 2, 1968 (no. 105/Sip/1968). As from that time, the said decision has become a permanent jurisprudence. The said „onheerbare tweespalt” has even been adopted in the Basic Law on marriage mentioned above as one of the grounds for obtaining a divorce, and was regulated further in Government Regulation no. 9, 1975 concerning the implementation of Law no. 1, 1974 with regard to marriage. Under article 19 sub f. of Government Regulation no. 9, 1975 the a.m. ground is formulated as follows: „continuous disputes occurring between husband and wife and no hope to regain a peaceful family life („duurzame ontwrichting”).

10. Competency of public courts concerning dispute in state administration

Although the Basic Law concerning Judicial Powers stipulates a provision concerning state administrative courts, up to now no such said courts have yet been installed. A present concept concerning state administrative courts is being drafted. It seems that time is

8. Juriprudenci Indonesia (Indonesian Jurisprudence) Indonesian Supreme Court, Publication I, 1969, page 33.

still needed to realize the ideal of creating state administrative courts.

Nevertheless, jurisprudence is developing in such a way that at present it is accepted as a permanent jurisprudence as long as state administrative courts have not been established, the public courts are competent to examine cases which consist of unlawful acts performed by the government⁹. The decision of the Supreme Court of 1973¹⁰ also mentioned the competency of District Courts to judge against „onrechtmatige daad”.

The Supreme Court has already conducted a workshop twice concerning the problem of state administrative courts, respectively in Lembang in 1977 and Surakarta in 1978. The Lembang workshop in 1977 was still of the opinion that „the competency of judges of the general public courts to judge state administrative legal disputes (staats- en administratiefrechtelijke geschillen) was due to the non existence of provisions concerning an administrative court”. Its conclusion was as follows: „The view existing in the present jurisprudence is that the public court is competent to judge administrative legal disputes, if there is still no regulation concerning certain administrative courts. This is such particularly because no criteria or exact meaning can still be determined regarding administrative courts in Indonesia”¹¹. The Surakarta workshop in 1978 seemed to be more firm in its conclusion. It determined that „the introduction of state administrative courts should be implemented by extending the competency of the general courts”.

The general courts connected the problem concerning the „onrechtmatige overheidsdaad” with the „onrechtmatige daad” contained in the Burgerlijk Wetboek bij interpreting it as an unlawful act, especially in cases of violation of public law¹². This

9. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, November 19, 1973, no. 63K/Sip/1973, Rangkuman Jurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia II (summary of jurisprudence of the Supreme Court of the Republic of Indonesia II) page 166.
10. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, November 14, 1974, no. 339K/Sip/1973, summary of jurisprudence loc.cit., page 167.
11. The development of law, Supreme Court of the Republic of Indonesia, without year of issue, page 14.
12. The development of law, loc.cit., page 34.

opinion has become a permanent jurisprudence. In general the jurisprudence also follows the opinion that there should be a distinction between unlawful acts performed by the authorities in the meaning of public law and an authority as a particular individual. The first group encloses acts of the authorities which constitute a violation against the law and the other legal regulations, violations against decency that should be observed by the authority, and problems in respect of policy that may not be evaluated by the judge, except when they become „willekeurig”. The second is regarding unlawful acts by the authority as a particular individual covering matters when the said authority violates the provisions of civil law. The acts committed by the said authority official may also be committed by any other person. From what has been explained above we can take a conclusion that jurisprudence has cleared a path towards the creation of state administrative courts.

But this does not mean that district courts (general courts) examine and judge all administrative disputes at present. The history of the development of law in our country is such that besides state courts there exist ad-hoc bodies which are given the competency to settle administrative disputes. In such cases the said administrative disputes cannot be submitted to the court, but it is totally the competency of the said ad-hoc bodies to settle them; the role of the court is only limited to certain matters such as for instance to give an „exequatur” to the decisions of certain ad-hoc bodies as shall be explained hereunder.

Law no. 2, 1957 concerning the settlement of labour disputes provides that labour disputes, namely disputes concerning termination of labour relationships between employee and employer are solely the competency of the Regional Committee for the Settlement of Labour Disputes and/or the Central Committee for the Settlement of Labour Disputes. The Regional Committee for the Settlement of Labour Disputes exists in places which are deemed necessary by the Minister of Manpower and issues decisions of first instance. The Central Committee for the Settlement of Labour Disputes is an institution which re-examines the decision rendered

by the Regional Labour Disputes Settlement Committee. In certain cases the Central Committee may take over a certain labour dispute from the hand of the Regional Committee if the said labour dispute according to the opinion of the Central Committee may endanger the public interest. Thus concerning the last mentioned cases, the Central Committee issues decisions of first and last instance. The decision of the Central Committee is binding in nature and the execution thereof should be commenced, if within 14 days after the decision has been taken, the Minister of Manpower does not revoke or cancel the execution, if according to his opinion the matter is considered necessary to maintain the general security and to protect the interest of the state. Article 16 of the said Law no. 22, 1957 provides, if deemed necessary for the execution of the decision of the Central Labour Disputes Settlement Committee, that the party concerned may submit an application to the District Court in Jakarta to issue a declaration for the execution of the said decision. This is what is understood by furnishing a declaration of „exequatur”. After this declaration has been given the decision is then executed pursuant to regulations usually used for the execution of a court decision in a civil case. The District Court may only approve or reject the application for fiat execution. In approving/rejecting for fiat execution, matters which are examined by the court are only related to formal matters, in particular concerning jurisdiction (competency), whether be it an absolute or relative one¹³. It is already a permanent jurisprudence that in approving or rejecting an application for „exequatur” the court may not apply the usual civil procedural criteria as measurements. It is possible that there will be opposition (verzet) towards the fiat for execution. The said opposition shall be settled pursuant to the usual civil procedural law (HIR) with the understanding that the said opposition may not result in the cancellation or prevention of the execution of the decision concerned. A request for cassation can not be submitted upon the decision of the chairman of the District Court stating that the decision should be executed. According to

13. Circular of the Supreme Court no. 1, 1980 concerning the execution of the decision of the Committee for the Settlement of Labour Disputes.

article 16 of the Law concerning the Indonesian Supreme Court (State Gazette 1950, no. 30) those which may be requested for cassation are decisions, decrees and acts of courts and judges which are contrary to law¹⁴. The said article intends only to cover decisions, decrees, and acts of courts and judges within the level of the general courts, whereas of decisions and acts lying within the special legal sphere (bijzondere rechtssfeer), cassation may only be requested if in legal regulation, which specifically regulates the matters at hand it is expressly determined that such a request may be put forward.

Another ad-hoc body is the Housing Committee. This committee is created by Government Regulation no. 49, 1963 concerning matters in respect of the leasing of houses. This Government Regulation is promulgated to replace the „Huurprijbesluit 1949” which was issued during the difficult period in which houses were difficultly obtained, within the first years after our independence. According to Government Regulation no. 49, 1953, the head of the Housing Committee is appointed by the head of the Regional Government and has jurisdiction which covers the area of the head of the Regional Government concerned, wherein he is competent to decide the amount of rental price, permits, discontinuation of the lease without requiring a mutual agreement from both parties based on the claim of the lessee or the lessor and to issue instructions to vacate to persons who reside in houses without any right or housing permit which are administered by the head of the Regional Government. An appeal may be submitted to the head to the Regional Government against any decision in respect to the lease and usage of those houses within 30 days after the decision has been informed to the person(s) concerned. The appeal decision is considered as final and binding. Therefore after the enforcement of Government Regulation no. 49, 1963 on August 3, 1965 District Courts were not competent anymore to preside over cases of leasing of houses¹⁵. This situation changed when Government

14. According to the provision of Law no. 13, 1965 cassation may directed towards a decision or decree, issued by the court.

15. Circular of the Supreme Court no. 5 en no. 6, 1964.

Regulation no. 55, 1981 was issued on December 24, 1981, amending Government Regulation no. 49, 1963. The amendment was such that there was a shift/retransfer of competency in examining and deciding cases concerning housing problems to the District Court. Article 10 of Government Regulation no. 49, 1963 has been amended such, that it reads as follows: „termination related to the leasing of houses without mutual agreement by both sides may only be executed based on the decision of the District Court”. The competency of the head of Housing Committee is at present only limited to determining the rental price between the lessor and the lessee. Moreover the head of the Housing Committee still possesses the competency to issue instruction to vacate for tenants who inhabit without a valid housing right or permit houses which are still administered by the head of the Regional Government.

Another ad-hoc body is the Council for Tax Evaluation (ordinance dated January 27, 1927 concerning „Regeling van het Beroep in Belastingzaken”). The Council for Tax Evaluation in Indonesia is an administrative court (so that it is outside the jurisdiction of the Civil Court), it is seated in Jakarta, and is the highest instance which gives final decisions concerning tax disputes. The scope of competency of the Tax Evaluation Council covers decisions of disputes concerning:

1. All taxes collected by the state if it is allowed by law.
2. All regional taxes if the collection thereof is allowed by law.

The chairman of the council is appointed by the president who also appoints a vice-chairman from among the members. The members are also appointed by the president based on proposals he receives: two persons are proposed by the Supreme Court and two others by the Chamber of Commerce and Industry in Jakarta¹⁶.

The existing ad-hoc bodies do not exclude the possibility to always submit a claim based on unlawful acts by the authority¹⁷. Nevertheless it is the opinion based on jurisprudence that claims

16. R. Santoso Brotodihardjo S.H., *Pengantar Ilmu Hukum Pajak (Introduction of the Tax Legal Sciences)*, P.T. Eresco Jakarta Bandung, 10th edition, page 127 etc.

17. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, October 31, 1974 no. 981/Sip/1982, summary of the Republic of Indonesia, loc. cit., page 63.

by imposing based on tort „via de constructie van de onrechtmatige overheidsdaad” may not be processed with the aim to consider the contents of a decision of a certain ad-hoc body. The only thing that should be done by the court in such a case is to consider the policy thereof, namely whether the said „policy” is such that it becomes a „willekeur” and therefore „tyrannical”. In the decisions of the district courts concerning unlawful acts by the authority, the dictum of those decisions is merely limited to a statement that there exists a tort and to the granting of compensation thereof if there is sufficient reason to do so¹⁸. The furthest step that may be taken is to declare an administrative decision does not have a binding sanction according to the law.

In connection with the drafting of the law concerning state administrative courts, two important matters become the focus of attention namely:

1. The position of the said ad-hoc bodies after administrative courts have been established.
2. Which decisions of state administrative bodies may be „tested” by the administrative courts.

There is still no agreement concerning the position of the ad-hoc bodies in the future. Regarding the second matter it seems certain that decisions of state administrative bodies which have a „regelende” nature (settlements) may not be tested by administrative courts¹⁹. The position of the government authorities in our country and the connection between the government on one side and the people on the other differs with the position of the government in countries with a Western legal system. We are taking steps and making efforts to establish a state administrative court which is in conformity with our legal system. The experience from the jurispru-

18. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia no. 23K/Sip.1968, summary of jurisprudence, loc.cit., page 63. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, September 17, 1973, no. 899K/Sip/1972, summary of jurisprudence, loc.cit., page 68. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, January 6, 1961, no. 1198 K/Sip/1973, summary of jurisprudence, loc.cit., page 63.

19. Dr. Paulus Effendie Lotulung, interview.

dence is certainly to play a role in the framework of composing a draft law concerning state administrative courts.

11. The judges role is active

The active role of a judge is in accordance with our legal system and sense of justice. Far before the enforcement of Law no. 14, 1970 based on its article 27 mentioned above, judges were also demanded to take an active role in presiding civil proceedings.

It should be stated here that civil procedure before the court in principle is conducted orally, and that such is the more so because of the non-existing of „verplichte vertegenwoordiging”, then there is a direct contact between the judge and those involved in the lawsuit. Unlike the system adhered to by Rv, the HIR requires an active role by the judge. The judge leads the proceedings and, after the proceedings have ended, the judge also guides for execution (article 195 HIR). Thus if we talk about „lijdelijkheid” (passivity), then the said „lijdelijkheid” is partly true and limited to the scope of the case only. It is very correct that what has been stated by professor Lemaire, which was that „de lijdelijkheid van de rechter in het Indonesische procesrecht in zoverre bestaat dat de omvang van de rechtsstrijd - zoals ik boven reeds uitdrukte - aan het oordeel van de partijen is overgelaten. Ook hebben partijen het recht steeds een proces, aler een vonnis is geweest, te beëindigen. Maar daarnaast valt te wijzen op een actieve rol van de rechter in het proces. Hij kan bij de indiening der vordering de eiser raad geven en hulp bieden (article 119 HIR, 143 R.Bg.) en gedurende het proces is hij bevoegd partijen de nodige voorlichting te geven en haar opmerkzaam te maken op de rechts- en bewijsmiddelen die zij kunnen aanwenden (article 132 HIR, 156 R.Bg.)”²⁰.

Our sense of justice expects that a judge may settle a dispute justly and wisely, procedural matter is considered secondary. It cannot be accepted by our sense of justice that a case will be

20. Dr. W.L. Lemaire, loc.cit., page 195.

stranded just because of procedural mistakes²¹. The centre of gravity of the settlement of a proceeding is laid on efforts towards a settlement that can be made at each level of proceedings. Several decisions of the Supreme Court are mentioned hereunder:

1. „To approve more than the petitum is allowed provided that it is according to the posita; that according to the Procedural Law which is in force in Indonesia, judges should be active²² both in penal and civil procedures”.
2. „To add legal argumentations which are not submitted by the parties, which according to article 178 RID is the obligation of the judge”²³.
3. „The oral argumentation made by the chief of the District Court is incomplete, but with the existence of a subsidiary request it is hoped that the District Court shall take a decision which it considers just and is in accordance with Adat Law. District Courts are appropriate to take decisions as just as possible by settling the civil disputes totally”²⁴.

12. The authority of a judge to intervene in the contents of an agreement

In a civil proceeding the judge has the authority to intervene in the contents of an agreement. It is indeed true that based on the provisions under article 1338 BW, an agreement binds the parties who enter into it as law. Also from the viewpoint of legal certainty it is expected that the parties concerned who bind themselves into agreement shall obey what has been agreed. But as we know the problem of legal certainty it is always related to the problem of justice. Legal certainty and justice are like two sides of a coin and

21. The decision of the Jakarta R.V.J., February 16, 1940 (T 152, page 168) which reads as follows: „Mistake concerning the procedure of the Landraad Court does not become an obstacle for giving the meaning of claim pursuant to its real intention thereof”; quoted from prof. Supomo S.H., loc.cit., page 25.
22. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, July 15, 1975 no. 425K/Sip/1975, summary of jurisprudence, loc.cit, page 163.
23. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, December 3, 1974, no. 1043K/Sip/1971, summary of jurisprudence, loc.cit., page 196.
24. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, November 28, 1956, no. 195K/Sip/1955, summary jurisprudence, loc.cit, page 193.

therefore may not be separated. The certainty that an agreement binds those who enter into it, can only be maintained if both parties possess an equal and balanced position, whether viewed from the knowledge they possess in respect to the law in force or from their economic position. Moreover, it should be observed that both parties who enter into an agreement are respectively really conscious regarding the legal consequences created by the said agreement.

The above statement seems at a glance to be contrary to the fiction that every person is considered to know the law. The said legal fiction is also known and valid in our country. But the problem is not whether the legal fiction is recognized or not, but is more a wrestling fight between legal security on one side and justice on the other. I am fully aware how difficult it is to make a balance between such legal security and justice. But the fact that can not be neglected is that the bigger part of our people does not possess sufficient legal knowledge and are in an unfavourable economic situation and therefore it is easy (to force them) to enter into treaties, the result of which may be fatal to them. With the above explanation I do not intend to stress concerning the fictions between the rich and the poor, but merely wish to underline that the law in our country has the function of „Pengayoman”, namely to give protection to everybody and at the same time to implement its function in upholding justice. The wordings of article 2 of the Woeker Ordonansi (Usury Ordinance) of 1938, should be observed by our judges.

13. Good faith

Good faith is the most important element in order to determine whether an agreement or legal act violates the principle of reasonableness and justice.

In this context I refer to a decision of the Supreme Court dated May 11, 1955²⁵. The decision is also mentioned by professor Subekti²⁶. The said decision may be looked upon with pride because

25. Published by *Malajah Hukum* (Law Magazine) in 1955, no. 3.

26. Prof. R. Subekti, *loc.cit.*, page 68.

it is a very good decision concerning the realization of the principle of good faith in the execution of an agreement. In the said decision (which is taken within the sphere of Adat Law) the Supreme Court considered that it was appropriate and in accordance with the sense of justice that in case of pledging land the parties respectively have to bear half of the risk arising from a possible change of the value of the rupiah currency, and that the risk is measured from the disparity of the price of gold at the time of the pledge and the time of redeeming the said land. Another example of how big the role of good faith is, was the decision of the Supreme Court in respect to the Tancho trademark. The decision, which has become a permanent jurisprudence and is a „mijlpaal” (landmark) in the course of the Law concerning Trademarks of 1961 stipulated that „what is understood by law with the words „first user in Indonesia” should be interpreted as the first user in Indonesia who is honest (in good faith) in accordance with legal principles and that protection is given only to those who are in good faith and not to those who are in bad faith.” It needs to be stated here that according to the Trademark Law system in Indonesia (Law no. 21, 1961), the registration of a trademark only gives the right to a person or legal entity over the said registered trademark because he is considered as the first user of the said trademark until it is proven otherwise by other parties. Concerning the above case, although the original defendant Wong A Kiong (Ong Sutrisno) had registered the trademark Tancho earlier than plaintiff P.T. Tancho Indonesia Co. Ltd., his claim was rejected and he lost the case, because the registration was done in bad faith. The aim of the Trademark law, the Supreme Court said in its consideration, was to protect the people against imitated goods using the trademark which is known to them as the trademark of goods with good quality, namely by way of putting into order good morals in the trade world (handelsmoraal). The decision above is till present considered as a permanent jurisprudence²⁷.

These examples do not mean that the general principles of

27. Indonesian Jurisprudence, Supreme Court Jurisprudence Project, 1972, page 407.

contract law are not recognized in our country. From several decisions of the Supreme Court concerning the implementation of an agreement it can be seen that the creditor, due to existing default, without specifically demanding for annulment of the agreement first, may directly claim for compensation on the basis that the agreement is terminated due to default. According to the provisions in the Burgerlijk Wetboek (BW), every agreement means to give something, to make something or not to make something. If that result is not achieved, the obligation is dissolved into an obligation to pay substitutory damages²⁸.

14. Problem of interest and risk due to change of the value of currency

Another problem which also touches the sense of reasonableness and justice is the problem of interests of a loan agreement.

According to the jurisprudence of the Supreme Court, if in the agreement there is no provision concerning interest then generally in accordance with the law (S. 18848 no. 22) the rate of 6% shall be imposed. Although there is a decision of the Supreme Court concerning agreed interest which states that agreed interest is binding to both parties, more tendencies exist where judges through their „matigingsrecht” (mitigating right) can adjust the amount of the said interest, either by using a provision regarding statutory interest or in accordance with the official interest rate of deposits in Government Banks or according to the customary interest at the time of conclusion of the agreement.

The principle of reasonableness and justice is also realized in respect to the occurrence of risk due to the change in the value of money in loan agreement cases. The permanent jurisprudence of the Supreme Court adheres to the opinion that in a loan agreement, the risk occurred due to the change in the value of money should be borne equally by both parties²⁹. Furthermore, so can be stated, the

28. Law Miscellanies and Jurisprudence, Supreme Court, Jurisprudence Project, 1979, page 23.

29. Decisions of the Supreme Court of Indonesia, November 25, 1959, no. 140K/Sip/1953, summary of jurisprudence, loc.cit., page 44.

gold price is used as the basis for the evaluation thereof. According to the permanent jurisprudence of the Supreme Court, the amount of money that forms the basis of a claim should be valued in accordance with the gold price at the moment of the decision, where as the risk due to a change in the value of the money should be borne by both parties equally³⁰. In respect to adapting the amount of a compensation already granted, the Supreme Court also uses the gold price at the time the decision is taken and the price of gold at the moment of the execution thereof and imposes on both sides to bear the risk due to the change in the value of the unit of account equally³¹. The said decision is among the efforts of the judge to realize the principle of reasonableness and justice.

15. Motiveringsplicht (obligation to motivate)

Matters concerning good faith, reasonableness and justice, and concerning the authority of a judge to intervene in the contents of an agreement create a problem: how far may a judge still be considered able to issue a decision within the limit of reasonableness and justice. Reasonableness and justice often change in accordance with the changes that occur with the progress of the time and the experiences of the people themselves. The main problem, in particular, in a developing nation such as our country, is the problem related to the connection between the law and changes in the social relationships of the people. Therefore it is true that a judge should be able to follow and be conscious of the occurrence of changes regarding the values in the social relationships of the people, a good judge should be a legal „translator” with a good sense of justice for his own people and nation. He may not act at „willekeur”. The law imposes upon him the obligation to give a sufficient „motivering” (motivation) for each decision he takes.

30. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, may 19, 1976, no. 380K/Sip/1975, summary of jurisprudence, loc.cit., page 45.

31. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, April 30, 1969, no. 74K/Sip/1969, summary of jurisprudence, loc.cit., page 45.

Therefore the absence of sufficient grounds and judgement in issuing a decision may be used as reason to revoke a decision at the level of cassation. Article 23, paragraph 1 of the Basic Law on Judicial Power provides that every decision should contain the reasons and the basis for the said decision and should also contain certain articles from the said regulation concerned or mention the unwritten legal source, which is used as basis for the judgement. Permanent jurisprudence of the Supreme Court states that decisions of District Courts which are not sufficiently considered (*onvoldoende gemotiveerd*) should be annulled³². The same thing happens to decisions of the High Court which should be annulled if they are not sufficiently considered (*niet voldoende gemotiveerd*) and/or lack orderly procedures³³.

16. Conclusions

Now I come to the conclusion of my explanation. I am fully aware that the road we are taking is still very long and the difficulties are also many. Pluralism in the court system has been abolished; we have also destroyed the walls that separate the people into groups. But our efforts to establish a national law in such a form as we desire, is still at the stage of laying the corner stone thereof.

In one part of my explanation, I have expressed that a good judge should be a good legal „translator” and should have a good sense of justice towards his people and nation. Therefore there exists the necessity to extend the horizon of our view. To become a good judge in the real meaning of the word requires intensive knowledge of your people and nation. It seems paradoxal, but by knowing other legal patterns and systems, we will possess a deeper understanding regarding our legal pattern and system. By knocking on more doors we will meet many more people; thereby our point of view becomes more wide.

At present there is the need for improvement of technical skill;

32. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, July 22, 1970, no. 638K/Sip/1969, summary of jurisprudence, loc.cit., page 237.

33. Decision of the Supreme Court of the Republic of Indonesia, October 18, 1972, no. 672K/Sip/1972, summary of jurisprudence, loc.cit., page 238.

interpretation methods should be more sufficient at hand in order to meet the demand for law and justice that is so widespread and that runs so quickly. We should follow the development of legal sciences that have so many patterns and types without losing the ground on which we stand on this earth.

The distance between the utmost tip of our archipelago and Jakarta is more than a hundred times that of Potsdam to Berlin, but we also do believe in the saying „er zijn nog rechters in Berlijn”, which according to a story was said by a farmer from Sanssouci near Potsdam, when the latter was to be bereaved from his mill by King Frederick the Great of Prussia. The problem is, how „to shorten” that distance, both actually and figuratively.

Ter vrije bepaling van partijen

*J. P. Verheul**

Voor een echtscheiding of voor de ontkenning van de wettigheid van een kind moet je, zoals voor de meeste familierechtelijke zaken, bij de gewone rechter zijn. Je kan niet je toevlucht nemen tot arbitrage, want dat kan alleen voor onderwerpen die „ter vrije bepaling van partijen staan” (art. 1020 lid 3 Rv). En echtscheiding en wettigheid staan niet ter vrije bepaling van partijen. Maar is dat laatste wel helemaal waar? Wanneer er geen echt geschil is, dus wanneer partijen het eens zijn dat ze uit elkaar willen of dat het kind niet van de wettig vader is, dan hebben ze het wel degelijk in eigen hand er iets aan te doen; tenminste in de praktijk. De wet is daarover niet zo duidelijk, maar de praktijk behelpt zich met de bewijsrechtelijke truc: wat niet betwist wordt staat vast, of in de woorden van art. 1962 *oud* BW: „de gerechtelijke bekentenis levert een volledig bewijs op”.

Nu is er veel over getwist of dat artikel ook voor het familie-recht gold. Het luidde weliswaar algemeen, en leek door zijn plaatsing in het BW ook algemeen bedoeld, maar het was ontleend aan art. 1356 van de Code civil, en dat stond in Boek III Titel III (Contrats ou obligations). Niettemin besliste de HR in 1883 dat het artikel ook op echtscheiding sloeg. Dat had tot gevolg dat echtscheiding door onderling goedvinden in feite mogelijk werd, hoewel uitdrukkelijk verboden in art. 263 *oud* BW. Tegen dat arrest van 1883 is nogal wat gesputterd. Religieus-hiërarchisch denkende juristen zat het niet lekker dat echtgenoten zomaar uit elkaar konden gaan zonder eerst overspel te hebben gepleegd. Anderen vonden dat dit moest kunnen, en ergerden zich eraan dat partijen door de

* Prof. mr. J.P. Verheul is hoogleraar in het internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

wetgever gedwongen werden de rechter wijs te maken dat er overspel was gepleegd. De wetgever heeft in de arrenmoede de zaak willen laten zoals hij was. In art. 176 van het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht van 1969 stond:

„Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Deze bevoegdheid komt de rechter niet toe bij gedingen van echtscheiding of scheiding van tafel en bed ...”

Hieruit zou je kunnen afleiden: 1) dat voor de vraag, of bekentenis bewijs oplevert, in het algemeen hetzelfde criterium geldt als voor de vraag of een zaak arbitabel is, nl. of de materie ter vrije bepaling van partijen staat; 2) dat echtscheiding weliswaar niet ter vrije bepaling van partijen staat, maar 3) dat voor echtscheiding een uitzondering wordt gemaakt voor wat betreft de bewijsrechtelijke consequentie. Evenwel, de laatste zin van het citaat is uit het onderwerp geschrapt. Art. 176 Rv is zonder die zin per 1 april 1988 in de plaats gekomen van art. 1962 BW. Waarom werd die zin geschrapt? Omdat het nieuwe echtscheidingsrecht van 1971 de kwestie inmiddels geregeld had. Dus wenden wij ons tot het BW om een antwoord te vinden op de vraag of in echtscheidingszaken de bekentenis bewijs oplevert. We lezen dan in art. 154 dat de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten wordt uitgesproken indien het verzoek gegrond is op hun beider oordeel dat het huwelijk duurzaam is ontworcht. Een buitenlander zal hier enige moeite mee hebben. Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, vermeldt dat in Nederland dauerhafte Zerrüttung de enige echtscheidingsgrond is. Als je goed leest wordt echter de echtscheiding niet uitgesproken op grond van ontworcht, maar op grond van het oordeel van partijen dat het huwelijk is ontworcht, van welk oordeel de juistheid niet nader door de rechter mag wor-

den onderzocht. Dumusc¹ aarzelt dan ook niet Nederland te rangschikken onder de landen die de echtscheiding door onderling goedvinden kennen. Wat hij niet weet is dat de Nederlandse rechtspraak een duidelijke voorkeur toont voor de contentieuze procedure van art. 151: de eiser stelt dat het huwelijk duurzaam is ontwrict, de gedaagde betwist dit niet, en zo is het feit bewezen. Er is dus eigenlijk niets veranderd, behalve dan het woord „overspel” in de dagvaarding is vervangen door „duurzame ontwricting”. Men kan zich nog afvragen of het nieuwe art. 176 Rv, nu immers de uitzondering voor echtscheiding uit het ontwerp geschrapt is, thans in de weg staat aan deze gemoderniseerde grote leugen. Dat was zeker niet de bedoeling van de wetgever, en al was het dan wel zo dan zou de rechter zich er in elk geval niet aan storten. Art. 176 Rv brengt naar de letter mee dat de rechter in contentieuze echtscheidingsprocedures aanvullend bewijs van de gestelde ontwricting *kan* verlangen. Maar hij zal dit niet doen, want diezelfde discretionaire bevoegdheid heeft hij altijd al gehad ingeval de gedaagde *verstek* laat gaan, en hij heeft er sinds 1883 nooit gebruik van gemaakt². Waarom zou hij dat nu ineens gaan doen, terwijl bovendien het probandum tegenwoordig bestaat in zoiets vaags als „ontwricting”? Dat het huwelijk ontwrict is blijkt eigenlijk al uit de wens van beide partijen om uit elkaar te gaan. Maar pas nu op! Met die laatste opmerking wordt de grens tussen onderwerpen die niét en die wèl ter vrije beschikking van partijen staan overschreden. Partijen hebben het helemaal zelf in de hand; ergo staat echtscheiding in het Nederlandse recht der werkelijkheid ter vrije bepaling van partijen. Hoewel dit al sinds 1883 zo is, vindt de wetgever het nog steeds nodig deze werkelijkheid te verpakken in een voor alle gezinden aanvaardbaar papier. Het zou duidelijker en eerlijker zijn als de wet bepaalde dat de echtscheiding wordt uitgesproken een-

1. Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, Genève 1980.
2. Art. 76 Rv.: de conclusiën van den eischer zullen toegewezen worden, ten ware zij den regter onregtmatig of ongegrond voorkomen. De HR 26 augustus 1949, NJ 1950, 55 heeft nogmaals bevestigd dat dit artikel ook op zaken betreffende de staat van personen toepasselijk is, maar erbij gezegd dat uit de tekst van het artikel blijkt dat de rechter in alle rechtsgedingen nader bewijs mag eisen. Het ging i.c. om een ontkenning van wettigheid.

voudig omdat partijen dat wensen, zonder dat de rechter er zijn wassen neus in hoeft te steken met de vraag: maar waarom wilt U eigenlijk scheiden? (antwoord, gesouffleerd door de advocaat: ontwrichting, Edelachtbare).

De halfslachtigheid van ons echtscheidingsrecht is in het verleden op een merkwaardige manier geprojecteerd op het internationaal privaatrecht. Als buitenlanders in Nederland willen scheiden had normaliter hun nationale recht moeten worden toegepast door de Nederlandse rechter, op grond van art. 6 van de Wet Algemene Bepalingen (het personeel statuut). De HR 13 december 1907, W 8636 besliste echter dat echtscheiding een scheiding van t. en b. de openbare orde en goede zeden raken, en dat daarom de Nederlandse rechter altijd Nederlands recht moet toepassen. Kusters geeft daar 10 jaar later op blz. 447 van zijn gezaghebbend handboek de volgende toelichting op: „het zou in strijd zijn met onze openbare orde als wij in onze samenleving echtscheidingen verdunnen aan vreemdelingen b.v. op grond van onderling goedvinden (...) terwijl deze aan de landskinderen om opvoedkundige redenen en overwegingen van zedelijken aard geweigerd wordt”. Daarbij wrijf je je toch de ogen uit. Wist Kusters, raadsheer in de HR, dan niet dat ons recht de echtscheiding door onderling goedvinden kent? De advocaten wisten het wel, ook de Belgische, die soms hun cliënten naar Nederland stuurden om daar een vlotte verstek- of echtscheiding te halen³.

Dezelfde hardnekkige weigering om door het papier heen te kijken naar de achterliggende werkelijkheid is waar te nemen in de rechtspraak over buitenlandse echtscheidingen tussen Nederlanders. De HR leidde uit art. 6 AB af dat de buitenlandse rechter Nederlands recht moet toepassen, althans een echtscheidingsgrond die ook in aanmerking komen voor erkenning in Nederland (deze leer is thans verlaten, maar dit terzijde). Welnu, in sommige landen, waaronder Frankrijk en Z-Afrika, heeft men niet overspel gebruikt om tot echtscheiding met onderling goedvinden te komen, maar kwaad-

3. Zo'n vonnis werd in België weer niet erkend. Zie Van Houtte, De openbare orde als beletsel voor de erkenning of tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, 37 RW noot 72 op blz. 757, alwaar rechtspraak uit 1969.

willige verlating, omdat die daar niet - zoals bij ons - 5 jaar hoefde te duren. De man verliet eenvoudig in onderling overleg de echtelijke woning. In Z-Afrika ging het dan zo dat de rechter de man beval de huwelijksrechten te herstellen, m.a.w. naar de echtelijke woning terug te keren; de man voldeed daaraan niet en deswege werd vervolgens de echtscheiding uitgesproken. In feite dus een echtscheiding op een grond die ook het Nederlandse recht kent, nl. onderling goedvinden. Toch werd zo'n echtscheiding in Nederland niet erkend, omdat de officiële echtscheidingsgrond, verlating korter dan 5 jaar, in ons recht niet voorkwam (laatstelijk HR 26 september 1969, NJ 1970, 195). Ook een Noorse echtscheiding, n.b. op gemeenschappelijk verzoek, uitgesproken na een scheiding van t. en b. die nog geen 5 jaar oud was, kon tussen Nederlanders niet worden erkend (HR 9 december 1965, NJ 1966, 378). Na 1971 nog een laatste stuiptrekking van de rechtspraak: Rb. Rotterdam 21 maart 1977, NJ 1977, 595. Twee Portugezen verzochten de rechter de echtscheiding door onderling goedvinden uit te spreken met toepassing van Portugees recht. De Rb. vroeg zich af: is een echtscheiding door onderling goedvinden niet in strijd met de Nederlandse openbare orde? Net als Kusters dus. Maar nu was inmiddels het nieuwe echtscheidingsrecht van kracht. De Rb. kon uit de processtukken destilleren dat partijen van mening waren dat het huwelijk duurzaam was ontworpen, dus geen strijd met de openbare orde. Ik zou zeggen, als er iets van openbare orde is, dan is het dat mensen vrij zijn om te trouwen maar ook om te scheiden, en dat de staat zich er niet mee heeft te bemoeien en zich heeft te beperken tot het registreren van het resultaat, en eventueel het beslechten van meningsverschillen over de kinderen en de financiën. Het zou dus eerder zo moeten zijn dat een vreemde wet die echtscheiding door onderling goedvinden *niet* toestaat in strijd met de Nederlandse openbare orde verklaard wordt.

Zo is het nu ook, min of meer. De Wet Conflictenrecht Echtscheiding van 1981 staat vreemdelingen toe desgewenst naar Nederlands recht te scheiden. Dat is bedoeld voor onderdanen van landen die de echtscheiding niet kennen. De Wet erkent dus a.h.w. een recht op echtscheiding dat sterker is dan de nationale wet van

partijen, die volgens de conflictregel toepasselijk is. Ook op het punt van erkenning van vreemde echtscheidingen heeft deze Wet een wending gebracht. *Elke* buitenlandse echtscheiding, ook tussen Nederlanders, waarmee beide partijen akkoord zijn gegaan wordt in Nederland erkend, ongeacht welk recht of welke echtscheidingsgrond is toegepast door de vreemde rechter.

We kunnen thans konstateren dat de echtscheiding door onderling goedvinden helemaal gemeengoed is, in het interne rechter al door het ingrijpen van de rechter in 1883, in het i.p.r. daarentegen vooral doordat de wetgever de knoop heeft doorgemaakt in 1981. Maar nog steeds heeft noch de rechter, noch de wetgever ooit *ronduit* gezegd dat in Nederland iedereen kan scheiden op de enkele grond van wederzijdse instemming. Er blijft nog iets hangen van een rookgordijn, van sluiptwegen, een verbaal tegenstribbelen. Het gevolg is dat, als de advocaat zijn eis onzorgvuldig formuleert en de sacrale formule mist, de vordering op puur formele gronden wordt afgewezen. Bijvoorbeeld een vordering wordt bij uitstek niet-ontvankelijk verklaard omdat de gestelde ontwrichting op zich geen echtscheidingsgrond naar Marokkaans recht is, en eiser niet duidelijk genoeg een keuze voor Nederlands recht heeft uitgebracht (Rb. Den Haag 24 november 1987, NIPR 1988, nr. 293).

Zouden wij uit deze absurde echtscheidingsgeschiedenis lering kunnen trekken voor andere onderdelen van het familierecht? Ik denk vooral aan de ontkenningen van wettigheid die, evenals echtscheidingen, in overgrote meerderheid verstek- of refertezaken zijn, en zich eveneens lenen voor „collusie”, het om de tuin leiden van de rechter met feiten die wel tussen partijen vaststaan maar niet met de realiteit overeenkomen.

De vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind betreft op het eerste gezicht een onderwerp dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Krachtens art. 176 Rv kan de rechter dan aanvullend bewijs vragen van de stellingen, ook al zijn zij niet betwist door de gedaagden (de vraag en de door de Ktr. benoemde bijzondere curator over het kind). Laten zij verstek gaan dan geldt art. 76 Rv met hetzelfde resultaat (zie noot 2). Het is kennelijk de bedoeling van de wetgever dat de rechter zich niet lichtvaardig

van deze discretionaire bevoegdheid afmaakt. In de MvT bij het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht staat (10377, nr. 3, blz. 9):

„Voor het huidige recht maakt de rechtspraak geen onderscheid, al naar gelang het wel of niet feiten betreft, waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Op deze wijze kunnen door middel van een rechterlijk vonnis rechtsgevolgen in het leven worden geroepen in strijd met de wil van de wetgever. Evenals in het ontwerp van de Staatscommissie wordt in het ontwerp daarom zulk een onderscheid wel gemaakt; ten aanzien van feiten, waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan, blijft de rechter bevoegd bewijs te verlangen ondanks de niet-betwisting ervan”.

De A-G Franx, vooruitlopend op het in werking treden van art. 176 Rv, betoogt met klem dat de wettigheid van een kind een ontwerp is dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, zodat de rechter de dussen partijen vaststaande feiten aan een nader onderzoek mag onderwerpen en eventueel de niet-betwiste vordering afwijzen, zoals het Hof gedaan had (HR 25 september 1987, NJ 1988, 152). Het klinkt aannemelijk, maar wat betekent dit nu in de praktijk? Er zijn drie mogelijkheden: A. Voor ontkenning van wettigheid moet vaststaan dat de echtgenoot niet de echte vader is. Dan is steeds een microbiologisch onderzoek onvermijdelijk. B. Het belang van het kind geeft de doorslag, zoals bij voogdijvoorziening en adoptie. Dat zou een onderzoek door de RvdK in alle gevallen nodig maken, en bovendien het instituut volledig uithollen. C. Men rekent erop dat in de meeste gevallen de wettige vader inderdaad niet de verwekker is, gezien het eensluidend bescheid of gedrag van alle betrokkenen. Eventueel misbruik van het instituut (ontduiken van alimentatieplicht, verkapte adoptie, of wat verder te bedenken valt) moet dan maar op de koop toe genomen worden; in zeldzame gevallen misschien door derdenverzet te redresseren? Mogelijke verwaarlozing van het kind door de moeder en haar eventuele nieuwe partner kan op de normale manier worden aangepakt door ondertoezichtstelling, ontheffing en ontzetting.

Kiest men voor alternatief C, wat de meesten zullen doen, dan

valt niet in te zien hoe de rechter op enigszins effectieve wijze de niet-betwiste feiten zou kunnen controleren. Hij vangt dan in zijn net enkele vorderingen die verdacht voorkomen omdat onhandig (of waarheidsgetrouw!) zijn geformuleerd, terwijl hij juist de slimmere laat passeren. De verleiding om de stand van zaken wat te versieren, b.v. om aannemelijker te maken dat de echtgenoten gedurende het konseptietijdvak gescheiden hebben geleefd, wordt dan onweersstaanbaar. Waarom zou trouwens de man tot nader bewijs moeten kunnen worden genoopt, terwijl de vrouw met een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand kan volstaan (art. 198 BW)? Het is eerlijker en eenvoudiger, de materie te beschouwen als een onderwerp dat ter vrije bepaling van partijen staat, althans als een onderwerp waarbij bekentenis of verstek volledig bewijs oplevert. De rechtspraktijk is al in die zin gevestigd. De wetgever zou ook hier een steentje kunnen bijdragen door eenvoudig te bepalen dat de ontkenning wordt toegelaten wanneer de echtgenoot niet de verwekker is. De vermoedens van art. 200 BW zijn dan alleen van belang voor betwiste vorderingen. In verstek en refertezaken kan dan met een simpele korte dagvaarding worden volstaan, en niet-ontvankelijkverklaring wegens een onzorgvuldige of te waarheidsgetrouwe formulering die de sacrale formule mist (vgl. HR 1987 bovengenoemd) zal niet meer voorkomen.

Evenals bij echtscheiding kan ook hier de vraag rijzen of wij deze „autonomie van partijen” als van openbare orde moeten beschouwen, als een fundamenteel beginsel dat zich ook dan doorzet als de vordering door vreemd recht wordt beheerst. Bij echtscheiding is de vraag nu (indirekt) opgelost doordat partijen Nederlands recht mogen kiezen. Vóór de Wet van 1981 vonden veel rechters de oplossing in het toepassen van Nederlands *bewijsrecht* ook op vorderingen die overigens door vreemd recht werden beheerst⁴. Bijvoorbeeld een echtscheidingsvordering tussen Belgen wegens overspel werd bij verstek of referte zonder meer toegewezen, hoewel Belgisch recht aanvullend bewijs eist. Deze laatste methode zou ook

4. Het arrest van de HR van 1907 is omstreeks 1965 door de lagere rechtspraak verlaten. Sindsdien paste men de gemeenschappelijke nationale wet van partijen toe, tenzij zij in de Nederlandse samenleving waren ingeburgerd.

te overwegen zijn bij ontkenning van wettigheid. De (schaarse) rechtspraak wijst echter niet in die richting. De Rb. Utrecht 14 april 1982, NJ 1983, 147 had een vordering tot ontkenning van wettigheid te behandelen, ingesteld door de moeder, waarop Italiaans recht toepasselijk was. Art. 235 van de Italiaanse Cc bepaalt dat de enkele verklaring van de moeder geen voldoende bewijs oplevert. De Rb. paste dit artikel toe (en dus niet Nederlands bewijsrecht) en legde dan ook aanvullend bewijs op hoewel de vordering niet betwist werd. De rechtspraak heeft echter een andere uitweg gevonden, nl. algehele toepassingen van Nederlands recht, zo nodig door aan te knopen niet bij de nationaliteit van de man, zoals de traditionele conflictregel wil, maar bij de woonplaats van moeder en kind. De conflictregel wordt dus gemanipuleerd teneinde Nederlands recht te kunnen toepassen. Zie b.v. Rb. Haarlem 8 juni 1971, NJ 1972, 15; Rb. Amsterdam 2 mei 1984, NIPR 1984, nr. 275. Ook hier dus een onuitgesproken sympathie voor de autonomie van partijen, die in een versluierde vorm aan de oppervlakte komt.

Kortom, het antwoord op de in het begin gestelde vraag luidt: het is niet helemaal waar dat echtscheiding en ontkenning van wettigheid niet ter vrije bepaling van partijen staan. De betekenis van deze uitdrukking verschilt naar gelang van het doel waarvoor hij gebruikt wordt. Arbitrage, nec. Bekentenis = bewijs, ja.

Annulering door de reisorganisator

*B. J. Broekema-Engelen**

1. Voorspel

Het zal u maar overkomen: drie dagen voordat u per vliegtuig naar een appartement op Rhodos zou vertrekken, wordt u door de reisorganisator, bij wie u deze geheel verzorgde reis heeft geboekt, gebeld met de mededeling dat uw vakantie aldaar geen doorgang kan vinden. Wel biedt de reisorganisator u een tweetal alternatieven: u kunt twee weken later vertrekken of u kunt op de overeengekomen datum naar Madeira, alwaar de reisorganisator een prachtige villa voor u ter beschikking heeft. Beide voorstellen komen u weinig aantrekkelijk voor. Een later vertrek is niet mogelijk gezien het feit dat u aan de schoolvakantie van uw kinderen gebonden bent en omdat de reeds lang te voren door uw partner opgenomen vakantie-dagen niet verschoven kunnen worden. En wat betreft de accommodatie op Madeira: speciaal met het oog op uw op Rhodos woonachtige suikertante had u al maanden eerder speciaal deze bestemming geboekt en ook uw recente cursus Grieks zou u op Madeira weinig van pas komen. U besluit derhalve de u geboden alternatieven te weigeren.

Ook andere reisorganisatoren kunnen u - het is hoogseizoen - op deze korte termijn niet aan een verblijf op Rhodos helpen, zodat u uiteindelijk uw vakantie doorbrengt met bezoeken aan de Efteling en Apenheul; uw kinderen vermaken zich uitstekend.

De reden dat u niet naar Rhodos kon vertrekken was gelegen in het feit dat het door u geboekte appartement niet beschikbaar was. Dit kan diverse oorzaken hebben. Een drietal mogelijkheden:

* Mevr. mr. B. J. Broekema-Engelen is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

- a) Ten gevolge van enorme - inmiddels gebluste - bosbranden is het appartement onbewoonbaar.
- b) De appartementseigenaar heeft overboeking gepleegd, hetgeen wil zeggen dat hij meer appartementen heeft verhuurd dan hij ter beschikking had; met andere woorden: uw bed is bezet.
- c) De reisorganisator is vergeten uw boeking aan de eigenaar van de appartementen door te geven; ook dit heeft het ongewenste gevolg dat u een vreemdeling in uw bed zult treffen.

2. Inleiding

Partijen kunnen zich in beginsel niet eenzijdig onttrekken aan de verplichtingen die voor hen uit een overeenkomst voortvloeien: alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet, aldus art. 1374 lid 1 BW. Uit lid 2 van datzelfde artikel blijkt dat overeenkomsten niet kunnen worden herroepen dan met wederzijdse toestemming of op grond van wettelijke redenen.

Nu vermeldt art. 9 van de Reisvoorwaarden van de ANVR - welke voorwaarden op het merendeel van de in Nederland met Nederlandse reisorganisatoren gesloten overeenkomsten van toepassing zijn - dat gewichtige omstandigheden de reisorganisator het recht geven de reis te annuleren (lid 1). Onder gewichtige omstandigheden worden verstaan omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit of de uitvoering van de reis, inclusief overboeking en - indien zulks in het reisprogramma is vermeld - onvoldoende deelname (lid 2). De reisorganisator is verplicht tot onverwijld kennisgeving van de annulering met opgave van redenen (lid 3).

De bevoegdheid tot annulering wordt nader uitgewerkt in art. 10 lid 1 der voorwaarden:

„Annulering vóór de aanvang van de reis

Door kennisgeving van annulering geldt de reisovereenkomst als ontbonden. De reisorganisator zal echter gelijktijdig met deze kennisgeving een zoveel mogelijk gelijkwaardige alternatieve reis voor dezelfde reissom aanbieden. Wordt dit aanbod niet aanvaard dan wordt de reeds geheel of gedeeltelijk betaalde reissom terugbetaald. Bovendien wordt door de reisorganisator alsdan een

vergoeding betaald gelijk aan 10% van de reissom (met een maximum van f 100,- per reiziger), indien de kennisgeving, bedoeld in artikel 9 lid 3, eerst is ontvangen na de 28ste doch vóór de 7de dag (inclusief) vóór de dag van vertrek en gelijk aan 20% van de reissom (met een maximum van f 200,- per reiziger), indien de kennisgeving is ontvangen na de 7de dag vóór de dag van vertrek.”

Art. 9 lid 4 tenslotte, stelt dat de reiziger geen ander of meer recht heeft dan in art. 10 omschreven, behoudens in geval van wanprestatie van de reisorganisator¹.

Alle onder 1 genoemde redenen voor annulering lijken onder de hierboven gegeven, zeer ruime definitie van gewichtige omstandigheden te vallen. Of de oorzaak van de omstandigheid is gelegen binnen de invloedssfeer van de reisorganisator - zoals het achterwege laten van een reservering ter plaatse - of geheel daarbuiten - zoals de bosbranden - doet aan de bevoegdheid tot annuleren niet af; het feit dat het bed niet beschikbaar is, kan van invloed zijn op de uitvoering van de geboekte reis. Hoogstens kan de oorzaak van de annulering van belang zijn voor de overige rechten van de reiziger zoals diens recht op schadevergoeding, waarover later. Het recht op nakoming vervalt echter, althans volgens de voorwaarden.

Van een eenzijdig onttrekken aan diens verplichtingen door de reisorganisator kan men in gevallen als deze niet spreken. De reiziger is immers door ondertekening van het boekingsformulier met daarop een verwijzing naar de ANVR-voorwaarden, in beginsel aan deze voorwaarden gebonden². Daarmee heeft hij bij voorbaat zijn toestemming in de annulering door de reisorganisator vastgelegd; met andere woorden: de overeenkomst bevat een onherroepelijk aanbod aan de reisorganisator om - in geval van gewichtige omstandigheden - tot annulering over te gaan. Daarmee vindt de annu-

1. Voor de volledige tekst der voorwaarden zij verwezen naar de voorwaarden zelf: deze zijn bij vrijwel elk reisbureau, inclusief sommige banken en warenhuizen, voorradig. Annulering tijdens de reis wordt nader geregeld in art. 10 lid 2. Op grond van art. 9 heeft de reisorganisator ook het recht om de reis te wijzigen, hetgeen wordt uitgewerkt in de 23 leden van art. 11.
2. Ook wordt in de reisgidsen waarin de vakantie-reizen worden gepresenteerd gewezen op deze voorwaarden, terwijl vele boekingskantoren - helaas niet alle - de voorwaarden bij boeking aan de klant overhandigen.

lering, overeenkomstig art. 1374 lid 2, met wederzijdse toestemming plaats³.

De vraag is echter of het opnemen van een dergelijk beding, met het oog op de belangen van de (in het algemeen consument-) reiziger toelaatbaar moet worden geacht, en zo ja, of een beroep daarop onder alle (gewichtige) omstandigheden gerechtvaardigd is. Dit te meer nu de clause niet expliciet wordt overeengekomen, maar is opgenomen in door de reiziger meestentijds niet of nauwelijks gelezen en - in elk geval voor de leek - moeilijk leesbare algemene voorwaarden.

Nu er over annulering en annuleringsclausules weinig of geen literatuur voorhanden is lijkt het nuttig om, alvorens de bovenstaande vraag te beantwoorden, een blik te werpen op een qua gevolgen vergelijkbare rechtsfiguur.

3. Iets over opzegging, annulering en herroeping

Hoewel diverse auteurs ten aanzien van bovenstaande begrippen verschillende definities hanteren⁴, valt er een gemeenschappelijk element in de door hen gegeven omschrijvingen te ontwaren.

Opzegging doet de overeenkomst slechts teniet gaan voor de toekomst met instandhouding van het verleden. De term wordt dan ook uitsluitend gehanteerd in verband met zogenaamde duurovereenkomsten: overeenkomsten die verbinden tot voortdurende of opvolgende prestaties, waarbij gebondenheid gedurende langere tijd deel uitmaakt van het overeengekomene. Splitsbaarheid in een in het verleden reeds uitgevoerd en een in de toekomst nog - of ten ge-

3. Men vergelijkte omtrent de al dan niet eenzijdigheid van opzegging krachtens een opzeggingsclausule H.K. Köster in *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle 1979, blz. 205 e.v.
4. Men zie *Contractenrecht IV* (Makkinga), nr. 628 e.v. en de aldaar vermelde literatuur. Speciaal zij verwezen naar o.a. P.J.A. Clavareau, *RMTh* 1943, blz. 119 e.v.; J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer 1971, blz. 40 e.v.; L.J. Hijmans van den Bergh, *Preadvies NJV* 1952, blz. 122 e.v.; Hofmann-Abas, Groningen 1977, blz. 245 e.v.; J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer 1985, blz. 15 e.v. en J.Ph. Suyling II-1, Haarlem 1934, nr. 265.

volge van opzegging niet meer - uit te voeren gedeelte wordt wel karakteristiek voor een duurovereenkomst genoemd⁵.

Annulering daarentegen, doet de gehele rechtsbetrekking beëindigen en is denkbaar bij alle overeenkomsten, zowel voorbijgaande als voortdurende⁶. Of aan annulering al dan niet terugwerkende kracht moet worden toegekend - een vraag waaromtrent de in noot 4 genoemde auteurs ronduit tegenstrijdige meningen verkondigen - kan in deze in het midden blijven: art. 10 der ANVR-voorwaarden bepaalt immers dat de reiziger zijn reissom geretourneerd krijgt. Waar uit de term annulering reeds moet worden afgeleid dat de reisorganisator zijnerzijds niet langer verplicht is om de reis te leveren, is de mededeling dat de reisovereenkomst als ontbonden geldt m.i. overbodig.

Herroeping wordt meestal gebruikt als verzamelbegrip voor de termen annulering en opzegging of als identiek aan het begrip annulering⁷; de eerste opvatting lijkt beter aan te sluiten bij art. 1374 lid 2.

Annulering en opzegging hebben in elk geval één rechtsgevolg gemeen, te weten beëindiging van de overeenkomst voor de toekomst. Desalniettemin wordt ten aanzien van annulering steeds opgemerkt dat dit niet kan geschieden dan met wederzijdse toestemming, terwijl men in het algemeen ten aanzien van opzegging

5. Zie omtrent het onderscheid tussen voortdurende en aflopende overeenkomsten *Contractenrecht I* (Den Tonkelaar), nr. 79 en de aldaar vermelde literatuur.
6. Sommige auteurs - bijv. Hijmans van den Bergh t.a.p. en Van Dunné t.a.p. - menen dat annulering uitsluitend ziet op (eenzijdige) beëindiging, voordat aan de overeenkomst een begin van uitvoering (van enige betekenis) is gegeven. Hiermee zullen zij doelen op een begin van uitvoering door degenen die de prestatie moet leveren, dit i.t.t. degenen die daartegenover een geldsom dient te betalen. Dit laatste moet krachtens overeenkomst immers regelmatig vooraf geschieden - aldus ook art. 2 der ANVR-voorwaarden - doch mag als zodanig niet aan beëindiging van de overeenkomst in de weg staan. Heeft de „presteerder” daarentegen reeds gedeeltelijk gepresteerd, dan zal al snel gesplitst kunnen worden in een reeds genoten en een nog te genieten gedeelte, in welk geval opzegging meer voor de hand ligt. Dit ligt anders indien de door de presteerder ontplooidde activiteiten zijn gelegen in voorbereidende handelingen teneinde aan een voorbijgaande of voortdurende overeenkomst te voldoen: alsdan kan men echter niet van (een begin van) „uitvoering” spreken. Men vergelijk ook noot 26 hierna.
7. Soms en met name in oudere literatuur wordt herroeping gezien als een derde wijze van beëindiging, ergens tussen annulering en opzegging in; vergelijk de literatuur in noot 4.

meer mogelijkheden ziet. Bestaat er een rechtvaardiging voor dit onderscheid?

4. De opzegging nader bekeken

Zoals gezegd wordt opzegging uitsluitend ter sprake gebracht in het kader van duurovereenkomsten. In het bijzonder indien partijen geen nadere voorziening hebben getroffen omtrent tussentijdse beëindiging van hun overeenkomst, doet zich de vraag voor of zij zich niet - anders dan bijvoorbeeld op grond van wanprestatie van de wederpartij of op grond van overmacht - eenzijdig aan hun verplichtingen kunnen onttrekken.

Bij sommige benoemde overeenkomsten regelt de wet de bevoegdheid tot eenzijdige opzegging⁸. Ook buiten een expliciete wettelijke bevoegdheid acht men eenzijdige opzegging onder omstandigheden toelaatbaar en wel in het bijzonder indien het betreft *duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd*. In de literatuur bestaat verschil van mening tussen hen die menen dat opzegging in beginsel steeds kan geschieden - zij het met inachtneming van de goede trouw - en hen die opzegging uitsluitend dan toelaatbaar achten indien de wederpartij naar redelijkheid en billijkheid verdere nakoming niet mag verlangen. De Hoge Raad - en met hem een derde groep auteurs - gaat uit van een tussenstandpunt: of opzegging

8. Men zie voor integrale overzichten Van Dunné a.w., blz. 41 e.v. en Strijbos a.w., blz. 82 e.v. Deze wettelijke opzeggingsbevoegdheden kunnen grofweg in vier categorieën worden verdeeld. (1) Naast bijzondere afgewogen regimes als die m.b.t. de arbeidsovereenkomst en de (ver)huur van woonruimte, (2) wordt ook in geval van vriendendiensten om niet soms een aparte regeling gegeven; zie Asser-Kleijn, Zwolle 1988, nr. 26 e.v. en 102 e.v. en Asser-Coehorst, Zwolle 1988, nr. 91 e.v. en 161 e.v. (3) Daarbuiten wordt opzegging soms toegestaan indien er sprake is van dwingende of wettige redenen. (4) Tenslotte wordt aan opzegging soms rechtsgevolg toegekend in die zin dat de overeenkomst wordt beëindigd doch niet dan tegen schadeloosstelling. Het betreft hier een bevoegdheid van degenen die een geldsom moet betalen ter verkrijging van een voortdurende prestatie. Reeds in 1918 heeft de Hoge Raad (HR 8 november 1918, NJ 1918, 1242) deze bevoegdheid geplaatst in de sleutel van het crediteursverzuim: de schuldeiser kan niet worden gedwongen de hem verschuldigde prestatie in ontvangst te nemen maar dat laat zijn verplichting tot het verrichten der tegenprestatie - onder aftrek van de door de schuldenaar bespaarde kosten - onverlet. Zie ook HR 24 september 1982, BR 1982, blz. 922 (L.D. Pels Rijcken); vergelijk Asser-Coehorst a.w., nr. 91 e.v.; Asser-Thunnissen, Zwolle 1988, nr. 614 e.v. en M.V. van der Woude, BR 1986, blz. 107 e.v.

rechtsgeldig kan geschieden hangt af van hetgeen de goede trouw naar de aard van de overeenkomst eist, zulks met inachtneming van de overige omstandigheden van het geval⁹. Betreft het een overeenkomst om baat, bij de voortzetting waarvan de wederpartij belang heeft, dan zoekt de Hoge Raad aansluiting bij art. 6.5.3.11 NBW. Uitsluitend indien zich *onvoorziene* - dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde - *omstandigheden* voordoen die zo ernstig zijn dat voortzetting van de overeenkomst naar redelijkheid en billijkheid niet langer kan worden gevegd, kan de overeenkomst - eventueel onder nadere voorwaarden - rechtsgeldig worden opgezegd. Deze toepassing van art. 1374 lid 3 is uitsluitend toegestaan, aldus de Hoge Raad, indien minder ingrijpende maatregelen geen oplossing bieden¹⁰.

Ten aanzien van de mogelijkheid van eenzijdige opzegging van *duurovereenkomsten, aangegaan voor bepaalde tijd*, wordt in het algemeen nog terughoudender geoordeeld. Terecht merkt Van Oven¹¹ echter op dat onvoorziene omstandigheden zich bij dergelijke overeenkomsten even goed kunnen voordoen, zij het wellicht minder snel omdat er minder tijdsverloop optreedt. Verdere gebondenheid kan ook eerder worden gevegd nu deze per definitie van beperkte duur is. Aldus inmiddels ook de Hoge Raad; anders dan bij overeenkomsten voor onbepaalde duur, waagt het college zich aan een beginselverklaring¹²:

„Een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst kan, zo tussen-

9. Men zie de literatuur in Contractenrecht IV, nr. 628 e.v., alsmede W.J.G. Oosterveen, Bb 1988, blz. 265 e.v. De Hoge Raad zoekt bij de vraag of een bepaalde overeenkomst rechtsgeldig kan worden opgezegd, aansluiting bij de wet in de wet geregelde gevallen. Zo wordt bij vriendendiensten om niet opzegging al snel toelaatbaar geacht, mits de opzegger daarbij enig belang heeft; zie HR 7 september 1984, NJ 1985, 32 (W.H.H.). Dit ligt anders indien de wederpartij zwaarwegende belangen heeft bij voortzetting van de overeenkomst; zie HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 (G.J.S.) en vergelijk ook HR 13 februari 1976, NJ 1976, 343. Alsdan acht de Hoge Raad opzegging uitsluitend toelaatbaar o.g.v. onvoorziene omstandigheden.
10. HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (A.R.B.). Vergelijk ook HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (G).
11. J.C. van Oven, NJB 1952, blz. 505 e.v.
12. HR 21 oktober 1988, RvdW 1988, 171, waarover W.J.G. Oosterveen t.a.p. (noot 9). In dit geval achtte de Hoge Raad opzegging van de overeenkomst, in het bijzonder ook in verband met haar beperkte duur, niet geoorloofd.

tijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging worden beëindigd. Weliswaar is niet geheel uitgesloten dat op dit beginsel een uitzondering wordt aangenomen, maar een dergelijke uitzondering kan slechts haar grond vinden in onvoorziene - dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde - omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.”

Buiten deze door wet en goede trouw begrensde mogelijkheden is eenzijdige opzegging een slag is de lucht: de rechtsverhouding wordt ondanks de opzegging gecontinueerd en het niet-nakomen van de overeenkomst door de opzegger levert een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis op. Of deze tekortkoming ook toerekenbaar is - met andere woorden wanprestatie dan wel overmacht oplevert - hangt af van de oorzaak van de tekortkoming, waarover later.

Een andere mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen vormt de *wederzijdse toestemming*. Deze kan op twee manieren plaatsvinden.

Allereerst is mogelijk dat partijen het na het sluiten (en gedeeltelijk uitvoeren) van de overeenkomst eens worden over beëindiging¹³. Tegen een dergelijke liberatoire overeenkomst bestaat - behoudens wilsgebreken e.d. - geen bezwaar.

Ook doet zich de situatie voor dat partijen reeds vooraf de bevoegdheid tot opzegging hebben vastgelegd. Deze bevoegdheid kan variëren van zeer eng, in die zin dat de (bepaalde) omstandigheden waaronder opzegging is toegestaan nauwkeurig zijn omschreven, tot zeer ruim, waarbij de opzegging door clausules als „te allen tijde” geheel aan het inzicht van de opzegger worden overgelaten. Hoewel een dergelijke ruime opzeggingsbevoegdheid in beginsel rechtsgeldig is¹⁴, betekent dit niet dat de opzegger naar willekeur

13. Men vergelijk omtrent annulering van een (eenmalige) koopovereenkomst HR 17 februari 1961, NJ 1961, 437.

14. Vergelijk HR 8 januari 1954, NJ 1954, 249 (Ph.A.N.H.).

mag handelen: het opzeggingsrecht wordt beheerst door art. 1374 lid 3 en dient aldus in overeenstemming met de goede trouw te worden uitgeoefend¹⁵. Dit verwondert niet: de goede trouw kan onder omstandigheden immers steeds een beroep op de uit een overeenkomst voortvloeiende rechten beperken¹⁶.

Wat betekent dit alles voor de annulering van overeenkomsten?

5. De annulering nader bekeken

Eenzijdige annulering heeft in beginsel geen gevolgen, althans voorzover deze niet door de wederpartij - eventueel onder voorwaarden - is geaccepteerd¹⁷. Toch lijkt het niet onmogelijk dat - zij het zoals steeds bij wijze van uitzondering - onvoorziene omstandigheden het vervallen van de gehele rechtsverhouding rechtvaardigen. Zeker indien de prestatie pas op termijn geleverd behoeft te worden - men denke aan een door de verkoper nog te bestellen verkocht object of aan een boeking van een reis die pas maanden later zal plaatsvinden - is het mogelijk dat zich tussentijds zodanig ernstige omstandigheden voordoen dat gebondenheid aan (een ongewijzigde instandhouding van) de overeenkomst naar redelijkheid en billijkheid niet langer kan worden gevergd¹⁸.

Voorziet de overeenkomst in een min of meer uitgebreide annuleringsclausule dan zal het beroep daarop - zoals ook bij de opzegging - getoetst moeten worden aan de goede trouw. Van onvoorziene omstandigheden kan men bij een ruime opzeggingsbevoegdheid overigens nauwelijks spreken, nu een en ander in de overeenkomst is geregeld.

15. Zie HR 16 november 1949, NJ 1950, 73 en - iets minder duidelijk - HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394. Ph.A.N. Houwing verzet zich in diens noten onder beide arresten tegen deze opvatting van de Hoge Raad. Vergelijk ook HR 24 september 1976, NJ 1977, 155 omtrent een clausule welke volgens annotator P. Zonderland neerkomt op een opzeggingsbevoegdheid.

16. Zie Contractenrecht IV, nr. 389 e.v. en recentelijk omtrent de beperkingen die de (lagere) jurisprudentie stelt aan de ruime opzeggingsbevoegdheid van de kredietgever M.B.P. Kuitenbrouwer, *Advocatenblad* 1988, blz. 490 e.v.; B.F.P. Lhoëst en M. van Leeuwen, *AA* 1988, blz. 442 e.v. en W.L. Valk, *Bb* 1988, blz. 241 e.v.

17. Zie HR 7 mei 1925, NJ 1925, 997 en HR 17 februari 1961, NJ 1961, 437, beide t.a.v. koopovereenkomsten.

18. Bij niet-commerciële overeenkomsten is er wellicht reden eenzijdige annulering - evenals opzegging - eerder toelaatbaar te achten, mits de bijzondere belangen van de wederpartij zich hier niet tegen verzetten.

Met andere woorden: er is geen reden om de beginselen die bij opzegging een rol spelen - in het bijzonder die met betrekking tot duurovereenkomsten voor bepaalde tijd - niet overeenkomstig toe te passen op annulering. Annulering buiten deze grenzen komt neer op een weigering de overeenkomst na te komen.

6. De reisovereenkomst en de gevolgen van annulering

De reisorganisator is degenen die vooraf diverse vervoerders en accommodatieverschaffers contracteert, op basis daarvan reizen samenstelt en deze - in het algemeen zeer aantrekkelijk verpakt - aan het publiek aanbiedt. Hoewel de reisorganisator dus veelal niet zelf het vervoer en het verblijf verzorgt - derhalve slechts als „tussenpersoon” tussen publiek en reisdienstleverancier fungeert - wordt hij desalniettemin verdergaand aansprakelijk gehouden dan voor een tussenpersoon gebruikelijk is. Niet alleen in art. 8.2.6.6 Ontwerp-NBW¹⁹, maar ook in art. 12 van de ANVR-voorwaarden, wordt de reisorganisator - behoudens overmacht - aansprakelijk gehouden indien de *reis niet overeenkomstig de verwachtingen* wordt uitgevoerd.

Hoewel niet met zoveel woorden gezegd, moet men uit deze bepalingen vermoedelijk tweemaal afleiden: de reisorganisator is in beginsel aansprakelijk, niet alleen wanneer de reis niet overeenkomstig de verwachtingen is uitgevoerd, maar ook indien deze geheel geen doorgang heeft gevonden. Men vergelijkte in dit verband de verplichtingen van de verkoper: niet alleen dient het geleverde aan de overeenkomst te beantwoorden (art. 7.1.2.7)²⁰, maar ook moet de zaak feitelijk en juridisch worden geleverd (art. 7.1.2.1).

Kan men deze verplichtingen van de reisorganisator aanmerken als verplichtingen van *voortdurende aard*? Nu de uitvoering van de reis als zodanig tot centrale verplichting van de reisorganisator is

19. Men zie, na het oorspronkelijke ontwerp in de Groene Boeken, WO 14 049 (Boek 8, eerste stuk), gevolgd door WO 17 493 (Reisovereenkomst).

20. De verkoper wordt daarmee - evenals de reisorganisator - aansprakelijk gehouden voor de kwaliteit van de prestaties van zijn contractanten, zij het - i.v.m. de rechtstreekse aanspraken die de koper in de toekomst op de producent kan uitoefenen - in beginsel slechts in beperkte mate (art. 7.1.3.7). Een rechtstreekse vordering van de reiziger ligt veel moeilijker, m.n. jegens de accommodatieverschaffer.

verheven, kan men het feit dat hij reeds vooraf enige - voornamelijk administratieve - handelingen dient te verrichten, niet kwalificeren als voortdurend; hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de verkoper die de verkochte zaak nog moet bestellen of afroepen. Wel is er sprake van een verplichting die pas op termijn behoeft te worden uitgevoerd en deze opschortende termijn kan maanden beslaan. Ook kan men de reis als zodanig als een voortdurende verplichting zien, zij het van zeer korte duur. Indien men het echter voorwaarde voor een duurovereenkomst acht - zie paragraaf 3 hierboven - dat deze splitsbaar is in diverse tijdseenheden, wordt dit twijfelachtig. Veel reizen bestaan uit een vervoers- en een verblijfscomponent. Het vervoersgedeelte is daarbij relatief kostbaar: dezelfde (vlieg-)reis is voor één week per week heel veel duurder dan voor twee of meer weken. De prijs van de totale reis is derhalve niet proportioneel aan de duur daarvan gerelateerd.

Wat daarvan zij, nu het hoogstens een overeenkomst van zeer beperkte duur betreft, kan de reisorganisator in beginsel niet eenzijdig herroepen.

Gesteld dat een *afwijkend beding niet was overeengekomen*, onder welke omstandigheden zou de reisorganisator diens overeenkomst dan bij wijze van uitzondering eenzijdig kunnen beëindigen?

Uit hetgeen hierboven onder 4 en 5 beschreven is, blijkt dat het opzeggen of annuleren van een dergelijke overeenkomst uitsluitend dan is toegestaan, indien er sprake is van niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden, die niet voor rekening van de herroepende partij komen - aldus de Hoge Raad als geciteerd onder 5 en in overeenstemming met art. 6.5.3.11 NBW - en die zodanig van aard zijn dat gebondenheid niet langer gevegd kan worden. „Niet voor rekening” in de zin van art. 6.5.3.11 moet vermoedelijk op gelijke wijze gehanteerd worden als „niet worden toegerekend” in de zin van art. 6.1.8.2²¹. Anders gesteld: indien de

21. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985, nr. 340; Hartkamp acht het niet geheel uitgesloten dat bij een weliswaar toerekenbaar maar schuldloos falen de overeenkomst wél gewijzigd of beëindigd zou kunnen worden. Dit zou echter niet stroken met de term „voor rekening van”. Uit art. 6.1.8.2 blijkt dat deze term nu juist staat voor schuldloos falen: de tekortkoming kan immers niet worden toegerekend indien zij niet te wijten is aan schuld van de debiteur, „noch (op

reisorganisator de overeenkomst niet had herroepen maar eenvoudigweg niet was nagekomen, zou hem dit dan in de gegeven omstandigheden kunnen worden toegerekend? Zo ja, dan had hij de overeenkomst ook niet rechtsgeldig kunnen beëindigen. Dit brengt ons terug bij het voorspel.

Indien bosbranden het appartement onbewoonbaar hebben gemaakt en een minder ingrijpende oplossing in de vorm van een andere, voor de reiziger acceptabele accommodatie niet mogelijk is²², mag de reisorganisator annuleren. Sterker nog: de goede trouw die de verhouding tussen contractspartijen beheerst, brengt met zich mee dat de reisorganisator ook móét annuleren of althans de reiziger van de situatie op de hoogte behoort te stellen. Het gaat niet aan dat hij de reiziger tevergeefs laat vertrekken om zich vervolgens op overmacht te beroepen. Wel rechtvaardigt een dergelijke - in beginsel overmachtige - situatie dat, zoals ook bij overmacht het geval is, beide prestatieplichten vervallen: de reisorganisator behoeft geen reis meer te leveren en de reiziger dient zijn reissom gerestitueerd te krijgen²³.

Zo de oorzaak van het niet beschikbaar zijn van de accommodatie te wijten is aan schuld van de reisorganisator, bijvoorbeeld ten gevolge van het niet doorgeven van de boeking, is een beroep op onvoorzienne omstandigheden niet toegestaan. Annulering heeft alsdan juridisch geen gevolg en het niet uitvoeren van de reis leidt derhalve tot een - in dit geval toerekenbare - tekortkoming. Indien nakoming niet mogelijk is - enige inspanning en druk van de zijde van de reisorganisator wil nog wel eens wonderen verrichten - rest de reiziger een vordering tot ontbinding en volledige schadevergoeding. Deze schadevergoeding lijkt potentieel zeer omvangrijk: gederfd loon tijdens de tevergeefs opgenomen vakantiedagen, de kos-

andere gronden) voor diens rekening komt". Vergelijk ook art. 6.3.1.1 lid 3.

22. Vakantie op een ander tijdstip is voor de reiziger vaak geen aanvaardbaar alternatief; (tijdrovende) wijziging via de rechter, zoals art. 6.5.3.11 voorschrijft, lijkt zo kort voor vertrek dan ook geen praktische oplossing.
23. Dit ligt wellicht anders in gevallen van wederzijdse overmacht zoals t.a.v. de reizen naar de omgeving van Tsjernobyl t.t.v. de kernramp. Vergelijk Geschillencommissie Reizen, 9 januari 1987, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1988, blz. 128 e.v. (W.J.H.T. Dupont).

ten van diverse achteraf nutteloze verzekeringen, koersverlies omdat reeds Grieks geld is aangeschaft etc.

Ook (annulering ten gevolge van) overboeking levert wanprestatie op. Hoewel niet aan schuld van de reisorganisator te wijten, wordt overboeking in het algemeen toch voor zijn rekening gebracht²⁴. Hierbij zij opgemerkt dat overboeking inderdaad minder vaak behoef voor te komen dan thans het geval is²⁵. De meeste contracten met accommodatieverschaffers bevatten opties: de reisorganisator heeft een bepaalde hoeveelheid bedden („allotment” in vaktermen) tot zijn beschikking en uitsluitend de door hem gevulde bedden behoeven betaald te worden. Omdat de praktijk leert dat niet alle bedden gevuld zullen worden, verleent de accommodatieverschaffer meer opties dan hij bedden heeft, met alle gevolgen van dien. Het kan anders en wel met behulp van zogenaamde garantiecontracten: de bestelde bedden worden zonder meer ter beschikking van de reisorganisator gehouden maar hij dient deze dan ook allemaal - gevuld of niet - te betalen. Daarnaast eisen veel verblijfsverschaffers een zelfde gegarandeerde afname in voor- en naseizoen als in het hoofdseizoen. Men kan zich voorstellen dat dit een niet geringe opwaartse invloed heeft op de door de consument te betalen prijs.

Onder toepassing van de ANVR-voorwaarden verloopt dit alles anders: de reisorganisator mag in de bovengenoemde omstandigheden steeds annuleren, waarbij de reiziger - naast teruggave van de reisom - maximaal f 200,- schadevergoeding ontvangt. Is dit redelijk²⁶?

24. Aldus Geschillencommissie Reizen 15 augustus 1984 en Geschillencommissie Reizen 18 maart 1985, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1986, blz. 301 en 303 (W.J.H.T. Dupont); Ktg Rotterdam 30 september 1986, Praktijds 1987, 2623 (blz. 45). Zo ook het Voorstel voor een Europese Richtlijn betreffende pakketreizen (COM(88) 41 def., Pb EG, 88/C 96/06), art. 4, lid 6.

25. Zie L.H.J. Molenberg en P.T. van der Sluijs, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1988, blz. 259 e.v.

26. Bij annulering tijdens de reis ontvangt de reiziger minder, nl. uitsluitend de door de reisorganisator bespaarde kosten, aldus art. 10 lid 2. Zelfs in geval van overmacht is dit minder dan uit het reguliere recht voortvloeit: t.g.v. overmacht vervallen immers beide prestaties met terugwerkende kracht. Voorzover reeds genoten, dienen zij geretourneerd. Indien dit niet mogelijk is - zoals bij een gedeeltelijk genoten reis - moeten zij op geld gewaardeerd worden en verrekend

7. Algemene voorwaarden en goede trouw

De goede trouw kan de rechten die voor een partij uit een overeenkomst voortvloeien onder omstandigheden beperken. Speciaal bedingen die door middel van algemene voorwaarden deel zijn gaan uitmaken van een overeenkomst en die de rechten van de wederpartij beperken ten opzichte van wat zou gelden zonder die bedingen, worden kritisch bekeken: de rechter kijkt reeds thans met meer dan een schuin oog naar de Wet algemene voorwaarden (afdeling 6.5.2A NBW)²⁷. Indien een beding naar NBW als *onredelijk bezwarend* moet worden aangemerkt - hetgeen in beginsel zal afhangen van alle omstandigheden van het geval (art. 6.5.2A.2a sub a) - en mitsdien vernietigbaar is, zal een beroep daarop thans al snel in strijd zijn met de goede trouw. Indien het een consumententransactie betreft en het beding waarop de gebruiker van de algemene voorwaarden zich beroept op de grijze of zwarte lijst voorkomt, geldt dit des te sterker²⁸.

Omstandigheden die een rol spelen bij de vraag of een beding - en dan met name een beding als volgt uit de art. 9 en 10 lid 1 van de ANVR-voorwaarden - al dan niet onredelijk bezwarend is, zijn de volgende:

- a) De wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen: zijn deze in overleg en in overeenstemming met (een)

met wat er aan geld terug ontvangen wordt. Dit laatste zal - ondanks het ontbreken van terugwerkende kracht aan de ontbinding, die naar NBW ook in geval van overmacht moet plaatsvinden - niet veranderen; zie art. 6.5.4.15, waarover Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985, nr. 531. Zoals hierboven al gesteld zal de waarde van de prestatie voor de consument niet overeenstemmen met hetgeen de reisorganisator al dan niet heeft uitgegeven, zeker indien het wel genotene uitsluitend uit het vervoersgedeelte bestaat. Vermoedelijk zal de rechter hiermee rekening houden en in elk geval krijgt de reiziger een deel van zijn reissom retour. Het lijkt ook nogal willekeurig om de rechten van de reiziger afhankelijk te stellen van de vraag of de reisorganisator de moeite neemt om bij voorschakels of andere instanties verhaal te halen. Niet annuleren - zoals sommige auteurs in deze blijkbaar wenselijk achten (zie noot 6) - maar opzeggen lijkt i.v.m. het ontbreken van proportionaliteit geen eenvoudiger weg.

27. Zie Contractenrecht IV, nr. 389 e.v. en speciaal HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (G) en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (G).

28. Hoewel de bedingen op de zwarte lijst (art. 3) - anders dan die op de grijze (art.4) - vernietigbaar zijn zonder enige toets aan de overige omstandigheden en de rest van de overeenkomst, kan de rechter een dergelijke ongenueanceerde afwijzing thans - zonder wettelijke grondslag - niet rechtvaardigen: ook de overige omstandigheden van het geval zullen bij dit oordeel betrokken moeten worden.

representatieve organisatie(s) van toekomstige wederpartijen ontstaan dan zijn ze wellicht niet onredelijk.

- b) De hoogte van de prijs die voor de van de gebruiker van de algemene voorwaarden ontvangen prestatie werd betaald.
- c) Indien er een uitgesproken en ongewoon gunstig beding in de voorwaarden is opgenomen kan dit van invloed zijn; zeker indien dit beding verband houdt met het bekritiseerde, kan dit eventueel de onredelijkheid van het laatste opheffen.
- d) Speciaal in verband met exoneraties zullen onder meer een rol blijven spelen de aard en de ernst van de voorzienbare schade en in hoeverre de overeengekomen beperking van de aansprakelijkheid in enige verhouding staat tot de omvang van die voorzienbare schade; verzekeringskwesties zijn van belang en overigens dient een exoneratie voor eigen schuld wellicht anders beoordeeld te worden dan een exoneratie voor niet goed controleerbare derden (bijvoorbeeld in het buitenland) van wie de gebruiker zich bedient.
- e) Voor de wederpartij niet kenbare belangen, zoals de afhankelijkheid van voorschakels, mogen geen rol spelen²⁹.

Daar komt bij dat *vermoed* wordt onredelijk bezwarend te zijn het beding dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de gelegenheid daartoe geeft, anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid niet meer van hem kan worden geveerd (art. 6.5.2A.4 sub d).

Omtrent deze bepaling wordt in de Parlementaire Geschiedenis opgemerkt dat men deze het liefst op de zwarte lijst had geplaatst maar dat men de bepaling daartoe niet nauwkeurig genoeg heeft kunnen formuleren. Thans dient de gebruiker - op straffe van het vermoeden van onredelijk bezwarendheid - zo duidelijk mogelijk de beëindigingsgronden aan te geven en bovendien op verlangen van de wederpartij aan te tonen dat verdere gebondenheid niet te ver-

29. Aldus uit WO 16 983 ad a): MvT (nr. 3), blz. 24; MvA (nr. 5), blz. 7; Nota naar aanleiding van het eindverslag (nr. 8), blz. 11 en MvA I (nr. 76), blz. 3; ad b): MvT, blz. 24; ad c): MvT, blz. 24 en 47; ad d) HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (G.J.S.) en MvT, blz. 24, 49 en 50; ad e): MvT, blz. 24.

gen is³⁰. Hoewel deze beëindigingsgronden soms slechts op globale wijze kunnen worden aangegeven, acht de wetgever „onder voorbehoud van levering bij enige stoornis of anderszins” te vaag. Wel toelaatbaar acht men het beding dat de reis geen doorgang zal vinden bij onvoldoende deelname³¹.

Het lijkt erop dat art. 9 der ANVR-voorwaarden, als te vaag, naar NBW vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn: iedere omstandigheid die van invloed *kan* zijn op de reis geeft de reisorganisator immers het recht om te annuleren. Bovendien zij opgemerkt dat, hoewel sommige belemmeringen wellicht uitvoering van de reis moeilijk of onmogelijk maken, dit nog niet betekent dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de reisorganisator gevergd kan worden. Immers, accepteert men annulering op grond van de clausule als rechtsgeldig, dan heeft de reisorganisator de grenzen van het contractueel toelaatbare niet overschreden³². Alsdan kan men van een tekortkoming niet spreken en komt men aan vragen als overmacht of wanprestatie en aan ontbinding en/of schadevergoeding niet meer toe. Dit lijkt, met name indien de belemmering voor rekening van de reisorganisator komt, onredelijk.

Hoewel derhalve uit art. 6.5.2A.4 een vermoeden van onredelijk bezwarendheid voortvloeit, valt hiertegen het nodige in te brengen.

Allereerst hebben de ANVR en de Consumentenbond overeenstemming bereikt over de onderhavige voorwaarden en wel binnen de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de SER, hetgeen sterk voor de redelijkheid van de bepalingen pleit (vergelijk hierboven sub a).

30. Nota naar aanleiding van het eindverslag, blz. 19; omtrent de bewijslast nog anders MvT, blz. 48.
31. Respectievelijk MvA, blz. 24 en MvT, blz. 48. Wellicht zou een toets voor de redelijkheid van een dergelijk beding zijn, de vraag of de reiziger dezelfde voorwaarde als opschortende zou accepteren: bij een beding als voldoende deelname - hetgeen met kostencomputaties te maken heeft - zal dit i.h.a. het geval zijn. Men vergelijk ook de extreem goedkope stand-by-tickets: het feit dat de vlucht pas plaats vindt indien er een stoel leeg blijft wordt door sommige reizigers bewust geaccepteerd. De reiziger zal echter niet snel accepteren dat zijn lang geplande vakantie - hoe goedkoop ook - niet zal worden uitgevoerd dan wanneer zich geen enkele mogelijk belemmerende omstandigheid voordoet.
32. Vergelijk MvT, blz. 47.

De reissom die de reiziger moet betalen is in het algemeen veel lager dan wanneer hij de afzonderlijke onderdelen van de reis zelf zou reserveren; ook de kosten en inspanning die met het samenstellen van een dergelijk pakket gepaard gaan, worden hem bespaard (vergelijk sub b).

Weliswaar is het bekritiseerde beding ongunstig indien de oorzaak van de annulering aan de reisorganisator kan worden toegerekend maar daar staat tegenover dat de reisorganisator in geval van overmacht meer betaalt dan waartoe hij op grond van het reguliere recht verplicht is (sub c).

De belangrijkste schadepost die zich bij annulering zal voordoen is gederfd loon in verband met tevergeefs opgenomen vakantiedagen. Indien men echter al niet in staat is de vakantie alsnog te verschuiven, kan men nog niet beweren dat deze dagen geheel nutteloos zijn besteed: weliswaar was de vakantie niet geheel zoals men zich die had voorgesteld maar het was wel een vakantie, terwijl men bovendien de reissom geretourneerd krijgt en daar later alsnog van kan genieten³³. De overige schadeposten zullen in praktijk in veel gevallen door de maximale schadevergoeding gedekt blijken: de reisverzekering kan voor vertrek alsnog worden geannuleerd; het reeds aangeschafte waspoeder is ook elders dan op Rhodos bruikbaar; de annuleringsverzekering heeft gewerkt in die zin dat een eventuele annulering door de reiziger - voordat de reisorganisator tot annulering overging - gedekt was; veel vreemd geld neemt men tegenwoordig niet meer mee zodat de koersschade beperkt zal zijn. Het verschil tussen de werkelijk geleden schade en de door de reisorganisator te betalen vergoeding is derhalve in praktijk veelal geringer dan zo op het eerste gezicht lijkt.

Daarbij komt dat de oorzaak van de annulering vaak gelegen zal zijn - zo al niet aan overmacht - aan fouten van door de reisorganisator moeilijk te controleren derden in het buitenland. Dit

33. Terzijde zij opgemerkt dat deze schadepost soms ook gedeeltelijk door de aan de reiziger bij boeking aangeboden annuleringsverzekering wordt gedekt: zo indien een van buiten komend voorval - anders dan een kernramp of oorlog - de geboekte accommodatie ongeschikt maakt voor verblijf. Per niet genoten vakantiedag vergoedt de verzekeraar (aldus de voorwaarden van Unigarant) f 25,- per persoon per dag met een maximum van f 250,- per verzekeringsbewijs.

ligt anders bij schuld van de reisorganisator zelf of diens employé(s) in Nederland. Vermoedelijk is dat ook de bedoeling van het curieuze onder 2 weergegeven art. 9 lid 4: de rechten van de reiziger worden niet door art. 10 beperkt indien er sprake is van wanprestatie door de reisorganisator. Nu men bij bevoegde annulering niet aan een tekortkoming - laat staan aan overmacht of wanprestatie - toekomt, kan deze bepaling niet anders worden uitgelegd dan dat men met de term „wanprestatie” „schuld” bedoeld heeft: nakoming kan in dergelijke gevallen veelal niet gevorderd worden - want feitelijk onmogelijk - maar ontbinding en volledige schadevergoeding wèl³⁴ (vergelijk sub d).

Tenslotte zal het (zie sub e) - gezien Konsumentenbus en alle overige publiciteit in verband met stakingen van luchtverkeersleiders, overboekingen e.d. - de doorsnee Nederlander inmiddels niet zijn ontgaan dat de reisorganisator bij de uitvoering van de reis in meer of mindere mate van anderen afhankelijk is.

Al met al leidt dit m.i. tot de conclusie dat een beroep op art. 9 jo. art. 10 lid 1³⁵ in beginsel in overeenstemming is met de goede trouw: schuld van de reisorganisator wordt in de bepaling zelf al van de regeling uitgesloten. Is de oorzaak van de gewichtige omstandigheid niet aan schuld van de reisorganisator te wijten, dan

34. Overigens volgt er dan een andere exoneratie en wel in art. 12 lid 4: geen vergoeding van schade waarvoor de gebruikelijke reis- en annuleringsverzekeringen dekking plegen te geven, alsmede voor schade in het kader van de uitoefening van beroep of verblijf geleden. Deze uitleg van art. 9 lid 4 strookt ook met de regeling aangaande overboeking als schuldloos maar aan de reisorganisator toe te rekenen falen. Zou men overboeking aanmerken als „wanprestatie” in de zin van art. 9 lid 4 dan worden de rechten van de reiziger niet beperkt door de regelingen van de art. 10 en 11. Art. 11 bevat juist een uitgebreide regeling omtrent (wijziging t.g.v.) overboeking, die dan dus nooit van toepassing zou zijn. Nu de regeling aangaande overboeking aanvankelijk het grote breekpunt vormde tussen Consumentenbond en ANVR en het in de onderhavige voorwaarden bereikte compromis juichend in de pers werd aangekondigd, komt het buitenspel zetten van deze bepalingen derhalve evident niet overeen met de bedoeling van reisbranche en consumenten.
35. T.a.v. lid 2 zou men anders kunnen oordelen: dit wijkt in alle opzichten ten nadele van de reiziger af van het reguliere recht (zie ook noot 26), terwijl de schadeposten van de reiziger alsdan veel hoger zullen zijn: tevergeefs op en neer vliegen kost bijvoorbeeld wel - volledig nutteloos bestede - vakantiedagen.

heeft hij het recht de overeenkomst te annuleren, zij het tegen vergoeding van maximaal f 200,- per reiziger.

Het lijkt ook redelijk om het moeizaam tot stand gekomen compromis tussen reiswereld en ANVR een kans te geven. Wel zij dit voorzien van de kanttekening dat ook hier van toepassing is hetgeen op grond van art. 6.5.3.11 zou gelden: indien een minder ingrijpende oplossing, zoals een voor de reiziger acceptabele wijziging van de reis, mogelijk is, dan dient de reisorganisator deze weg te bewandelen. Art. 10 lid 1 schrijft dan ook terecht voor dat er een alternatief moet worden aangeboden. Het lijkt daarbij van praktische zin te getuigen om - gezien de korte termijnen waarbinnen een en ander zijn beslag moet krijgen - de oplossing niet aan de rechter over te laten, zoals art. 6.5.3.11 voorschrijft. Door de annuleringsbevoegdheid ruim te formuleren - namelijk in alle (gewichtige) omstandigheden - gebeurt dit ook: er is immers in alle omstandigheden „voorzien”.

8. Annulering en het Nieuw BW

Hoewel de besproken ANVR-voorwaarden de toets der (on)redelijkheid vermoedelijk zullen doorstaan, is het de vraag of zij naar NBW nog rechtsgeldig in de overeenkomst kunnen worden opgenomen.

Zoals reeds vermeld, wordt de reisorganisator in art. 8.2.6.6 aansprakelijk gehouden indien het vervoer of verblijf niet overeenkomstig de verwachtingen wordt uitgevoerd, tenzij dit niet te wijten is aan zijn schuld noch krachtens de Nederlandse wet of de in het verkeer in Nederland geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Ieder van deze bepaling afwijkend beding leidt tot door de reiziger in te roepen vernietigbaarheid daarvan.

Het summum van een niet overeenkomstig de verwachtingen uitgevoerde reis lijkt een in het geheel niet uitgevoerde reis. Moest de reiziger hier rekening mee houden? Hetgeen de reiziger met betrekking tot de reis mocht verwachten, dient beoordeeld te worden naar de in Nederland geldende opvattingen (art. 8.2.6.1 lid 3). De formulering van het aanbod van de reisorganisator zal daarbij een belangrijke rol spelen. Wanneer daarin expliciet vermeld staat dat de reis geen doorgang zal vinden indien zich niet een minimum

aantal deelnemers aanmeldt, zal de reiziger zijn verwachtingen daarop (moeten) afstemmen. Dat hij ook rekening moet houden met het feit dat de reis geen doorgang vindt omdat de reisorganisator of de door hem gecontracteerde (al dan niet controleerbare) derden fouten hebben gemaakt, lijkt teveel gevraagd. In dat geval dient het niet (overeenkomstig de verwachtingen) doorgaan van de reis in elk geval aan de reisorganisator te worden toegerekend.

Hoewel derhalve feitelijk een toets plaatsvindt als die ten aanzien van art. 6.5.2A.4 sub d, gebeurt dit binnen de dwingende regeling van art. 8.2.6.6. Waar ook hier nakoming niet gevorderd kan worden indien deze onmogelijk is, heeft de reiziger, in geval van een aan de reisorganisator toerekenbare niet-nakoming (inclusief overboeking derhalve), recht op ontbinding en volledige schadevergoeding. Aan een genuanceerde beoordeling van de overige omstandigheden van het geval, zoals binnen afdeling 6.5.2A, komt men echter niet toe, aldus ook de ontwerper van die afdeling³⁶. De beperking van de schadevergoeding is in geval van wanprestatie zonder meer vernietigbaar. De reisbranche zal onder die omstandigheden niet langer bereid zijn om in geval van overmacht schadevergoeding uit te keren, hetgeen voor de reiziger niet onverdeeld gunstig is.

Nu de besproken ANVR-voorwaarden wellicht de toets der kritiek kunnen doorstaan en zij bovendien tot stand gekomen zijn in samenwerking met een representatieve consumentenorganisatie als de Consumentenbond, dient men zich in gemoede af te vragen of de wetgever - mede in verband met diens streven naar zelfregulering van marktpartijen - deze regeling niet beter in stand kan laten. Ook de dwingende regeling inzake consumentenkoop kan bij standaardregeling opzij worden gezet (art. 7.1.1.4a) en - zoals reeds in het vorige BW-krant jaarboek opgemerkt³⁷ - binnen de SER tot stand gekomen tweezijdige algemene voorwaarden zijn wellicht bij

36. MvT, WO 16 983 (nr. 3), blz 24 en MvA (nr. 5), blz. 1. Zie ook WO 16 979 (Koop en ruil), MvT (nr. 3), blz. 14 e.v. en MvA (nr. 8), blz. 5, met de redenen waarom soms aan dwingend wetgeving de voorkeur wordt gegeven boven de (eveneens dwingende) regeling van afd. 6.5.2A.

37. B.J. Engelen, BW-krant jaarboek, Leiden 1988, blz. 200 e.v.

uitstek geschikt om tot standaardregeling in de zin van art. 6.5.1.2 te worden verheven.

9. Het doek valt

Waar het voorspel zich onder huidig recht afspeelde, heeft de reisorganisator - zo de oorzaak van het niet beschikbaar zijn van het appartement gelegen is aan bosbranden of overboeking - de reis terecht geannuleerd. Wel heeft de reiziger, overeenkomstig art. 10 lid 1 van de ANVR-voorwaarden, recht op teruggave van de reeds betaalde reissom en een vergoeding van 20% daarvan, met een maximum van f 200,- p.p.

In geval van schuld van de reisorganisator is de reiziger aan dit maximum niet gebonden; wel dient in dat geval de werkelijk geleden schade te worden aangetoond. Daarnaast stelt art. 12 lid 4 van de voorwaarden weer nieuwe beperkingen aan de omvang van de schadevergoeding. Deze exoneration dient weer apart op haar merites beoordeeld te worden, maar daarover gaat deze bijdrage niet.

Twaalf en een half jaar ZGB: twaalf en een half jaar giraal betalen op basis van een wettelijke regeling

*W. A. K. Rank**

Wie aan rechtsvergelijking wil doen kan vandaag de dag niet meer om het Oostblok heen. Dat heeft niets te maken met perestrojka en glasnost - woorden die voor het civiele recht toch zo goed als geen betekenis zullen hebben -, maar alles met het feit dat verschillende landen achter het ijzeren gordijn in de loop der jaren rechtsstelsels hebben weten te ontwikkelen die in kwaliteit niet onderdoen voor het Nederlandse rechtssysteem en waarvan kennisname voor ons dan ook een zeker nut kan hebben. Dat klemt temeer, omdat deze rechtsstelsels, hoewel gestoeld op geheel andere principes dan hun romaans-germaanse equivalenten, qua systematiek duidelijk voortbouwen op het continentaal-juridische denken van de laatste 2000 jaar. Een en ander geldt met name voor Hongarije, Tjechoslowakije, Polen en de DDR.

Uit het oogpunt van rechtsvergelijking is de DDR van deze landen het meest interessant. Dat is niet omdat de DDR haar wachttorens, Vopo's en prikkeldraadversperringen heeft behouden, terwijl deze in de meeste Oostbloklanden verdwenen zijn, maar omdat dit land tot aan het einde van de Tweede Wereldoorlog in een zekere zin een deel van West-Europa is geweest en bovendien omdat er in de DDR sinds 1 januari 1976 een nieuw burgerlijk wetboek van kracht is. In de navolgende bijdrage wordt dan ook een onderwerpje uit dat nieuwe wetboek tot voorwerp van een kleine rechtsvergelijkende excursie gemaakt. Centraal daarbij zal de vraag staan of ons NBW voor wat betreft het onderzoeksobject de vergelijking met een volksdemocratisch paradepaardje kan doorstaan.

* Mr W.A.K. Rank is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Inleiding

In de meeste ons omringende landen is de civielrechtelijke zijde van de girale betaling niet of nauwelijks wettelijk geregeld. Ook moderne wetboeken als het Zwitserse, het Italiaanse en het Griekse gaan in hun regeling van de betaling uit van betaling door overgifte van gangbaar chartaal geld. Er is echter één uitzondering en die wordt gevormd door de DDR.

Evenals in Nederland werd in de DDR na de Tweede Wereldoorlog het besluit genomen dat er een nieuwe codificatie van het civiele recht moest komen. Is ons NBW echter nog steeds niet ingevoerd, het Oost-Duitse ZGB (Zivilgesetzbuch der DDR) was op 1 juli 1988 precies twaalf en een half jaar van kracht. Dit ZGB nu bevat een civielrechtelijke regeling van de girale betaling die in sommige opzichten met die van het NBW overeenkomt en in andere opzichten sterk van de regeling van het NBW verschilt.

In het onderstaande passeert eerst een korte uiteenzetting over het ZGB de revue. Vervolgens wordt besproken hoe de girale betaling in het ZGB is geregeld. Daarna wordt deze regeling vergeleken met de regeling van de girale betaling in het NBW. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

2. ZGB algemeen

Tot voor kort was het civiele recht het laatste grote rechtsgebied dat zowel in West- als in Oost-Duitsland nog formeel door dezelfde regels werd beheerst. Tot 1 januari 1976 gold namelijk ook in de DDR nog het thans alleen nog in de BRD vigerende BGB van 1896. Van een materiële rechtseenheid was ook voor die datum al geruime tijd geen sprake meer. Allereerst waren grote deelgebieden van het BGB in de DDR ofwel opnieuw gecodificeerd¹ ofwel door middel van „Spezialgesetzgebung” buiten de werkingssfeer van het BGB gebracht. In de tweede plaats had het BGB zowel in de BRD als in de DDR een groot aantal wijzigingen ondergaan. Tenslotte had,

1. Zo bijv. het familierecht in het Familiengesetzbuch der DDR van 20 december 1967 (GBl. I, S.1).

zoals Westen² het uitdrukt, „eine andersartige Interpretation zivilrechtlicher Grundsatzfragen zu einem häufigen inhaltlichen Auseinanderklaffen der Zivilrechtsnormen auch dort geführt, wo der formelle Text des Gesetzes noch übereinstimmte“.

Twaalf en een half jaar geleden kwam ook aan de formeel toen nog wel bestaande rechtseenheid een einde. Na in 1952 met de legislatieve arbeid te zijn begonnen³, wist men nog geen drieëntwintig jaar later een volstrekt nieuwe code voor het voetlicht te brengen: het Zivilgesetzbuch der DDR (ZGB) van 19 juni 1975⁴. Een half jaar later, op 1 januari 1976, trad het nieuwe wetboek in werking. Vanaf die datum was het BGB niet langer van kracht⁵.

Het ZGB is in beginsel van toepassing op die rechtsverhoudingen die in Nederland door het (N)BW (zouden) worden beheerst⁶. Er is echter één belangrijke uitzondering: het wetboek is niet van toepassing op het zogenaamde „Wirtschaftsvertrag“⁷. Een Wirtschaftsvertrag is een administratiefrechtelijk contract tussen twee of meer gecollectiviseerde ondernemingen, dat erop is gericht (een deel van) het economische plan tot uitvoering te brengen⁸. Voor dit type overeenkomst geldt al bijna vijftientig jaar een aparte wettelijke regeling, t.w. het Vertragsgesetz (VG) van 25 februari 1965^{9 10}.

2. K. Westen, *Neuere Entwicklungen im Zivilrecht der DDR*, Berichte des Bundesinstituts für ostwissenschaftliche und internationale Studien, 1969, nr. 24, blz. 2.
3. Zie hierover met name K. Schmid, *Zur Bedeutung des neuen Zivilgesetzbuches der DDR, Teil I*, Berichte des Bundesinstituts für ostwissenschaftliche und internationale Studien, 1976, nr. 11, blz. 3. Vgl. S.S. Alexejew, *Das Zivilrecht in der Periode des umfassenden Aufbaus des Kommunismus*, Berlin, 1964.
4. GBl. I, S. 465.
5. Par. 1 en Par. 15 Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der DDR van 19 juni 1975 (GBl. I, nr. 27, S. 517).
6. Par. 2 Einführungsgesetz. Zie ook M. Posch, *Allgemeines Vertragsrecht*, Berlin, 1977, blz. 21.
7. Zie over het waarom hiervan onder meer S. Garvens, *Wirtschaftsverträge in der Deutschen Demokratischen Republik*, diss. Göttingen, 1975, blz. 11 e.v., H. Richter, *Lehr-Studiematerial zum Wirtschaftsrecht, Heft 7, Leistungsrecht I*, Berlin 1973. Zie ook O. Spitzner, *Kommentar zum Kooperationsrecht*, Berlin, 1970, blz. 307 e.v.
8. Zie R. David en J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, London, 1968, blz. 218-224. Zie ook O. Spitzner, *Wirtschaftsverträge-sozialistische Wirtschaftsleistung*, Berlin, 1965.
9. Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (GBl. I, nr. 7, S. 107).

3. Par. 75 ZGB

Anders dan ons NBW bevat het ZGB geen speciale afdeling betreffende verbintenissen tot betaling van een geldsom. Wel zijn er enige bepalingen gewijd aan de betaling van geldsommen¹¹. Ons interesseert daarvan met name Par. 75 „Geldzahlung und Überweisung”. Deze bepaling¹² luidt aldus:

1. Geld hat der Schuldner dem Gläubiger an dessen Wohnsitz, Sitz oder Kreditinstitut zu übermitteln.
 2. Als Zeitpunkt der Zahlung gilt: 1. bei Barzahlung der Tag der Übergabe des Bargeldes an den Gläubiger; 2. bei Überweisung
10. Een aardige bijkomstigheid is dat deze VG (in)direct ook in een girale betalingsregeling voorziet. Par. 51 Abs. 3 VG bepaalt dat „die Zahlung in dem vorgeschriebenen oder im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen vereinbarten Verfahren zu erfolgen hat”. Daarmee verwijst de bepaling allereerst naar de Zahlungsverkehrs-Verordnung van 12 mei 1969 (Verordnung über die Regelung des Zahlungsverkehrs, GBl. II, nr. 40, S. 261) en de bijbehorende Anordnung über den baren Zahlungsverkehr (GBl. II, nr. 41, S. 263). Tevens wordt verwezen naar Par. 77 VG, naar de Verrechnungs-Verordnung van 12 juni 1968 (Verordnung über die Verrechnung von Geldforderungen aus zwischenbetrieblichen Ware-Geld-Beziehungen, GBl. II, nr. 64, S. 423) en naar „den dazu erlassenen Anordnungen”, waaronder de Überweisungs-Anordnung van 25 november 1975 (GBl. I, nr. 16, S. 186). Ingevolge Par. 4 Zahlungsverkehrs-Verordnung j° Par. 2 Anordnung ü.d. baren Zahlungsverkehr dienen „Betriebe” in de zin van deze voorschriften alle betalingen in de zakelijke sfeer en die betalingen in de particuliere sfeer die het bedrag van 200 Mark te boven gaan „bargeldlos” te verrichten. Daartoe verplicht Par. 3 van de Zahlungsverkehrs-Verordnung deze Betriebe tot het aangaan van een „Kontovertrag” in de zin van Par. 77 VG, met de „für sie zuständigen Kreditinstitute und Postcheckämter”. In het verlengde daarvan bepaalt de Verrechnungs-Verordnung welke betalingen door middel van Überweisung moeten geschieden, terwijl de Überweisung als zodanig in de Überweisungs-Anordnung wordt geregeld. Par. 51 Abs. 4 VG geeft aan wanneer de betaling voltooid is. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het „Zeitpunkt der Zahlung” en de „Eintritt des Zahlungserfolgs”. Van dat laatste is, net als in het aanstonds te bespreken Par. 75 ZGB, pas sprake op het moment van creditering van de schuldeiser. Het tijdstip van betaling, dat door Par. 75 ZGB wordt bepaald op „der Tag des Eingangs des Überweisungsauftrages beim Kreditinstitut des Schuldners”, ligt ingevolge Par. 51 Abs. 4 VG op de dag der afboeking.
11. Zie hierover o.a. V. Petev, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin, 1975, blz. 191, H. Püschel, *Allgemeine Bestimmungen über Schuldverhältnisse*, in *Beiträge zur Diskussion über das künftige Zivilgesetzbuch*, Berlin, 1962, blz. 132 e.v.
 12. Abs. 1 van deze Par. is duidelijk geïnspireerd op Abs. 1, Par. 270 BGB. Dit laatste voorschrift regelt echter uitsluitend de „Ortsfrage bei der Geldleistung”. Par. 75 ZGB daarentegen houdt meer in. Dit meerdere zit hem hierin dat de bepaling, doordat zij ook de giro-instelling van de schuldeiser als mogelijke plaats van betaling noemt, de schuldenaar bevoegd maakt zijn verbintenis door middel van girale betaling te voldoen. Zie over Par. 270 BGB: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 32. Auflage, München, 1973, blz. 270 e.v., K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, blz. 196-198.

von einem Konto der Tag des Eingangs des Überweisungsauftrages beim Kreditinstitut des Schuldners; 3. bei Zahlung mittels einer Bareinzahlung bei einem Kreditinstitut oder bei der Post der Tag der Einzahlung.

3. Die Erfüllung tritt mit Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers oder mit Eingang des Geldes beim Gläubiger ein.

Abs. 1 van Par. 75 ZGB impliceert dat, zolang partijen niet anders zijn overeengekomen of, naar de aard van de verbintenis, uit de wet, het gebruik of de billijkheid niet anders volgt, de debiteur het recht heeft voor een girale wijze van betaling te opteren, of, anders gezegd, de crediteur betaling per giro niet kan weigeren¹³. Aan deze regel ligt ten grondslag de onder juristen in de DDR algemeen aanvaarde opvatting dat ook giraal geld geld in juridische zin is en dat betaling door „Verschaffung von Buchgeld” volstrekt gelijk is aan betaling in chartaal geld^{14 15}.

Voor wat betreft het verloop van een girale betaling wordt in Par. 75 onderscheid gemaakt tussen het „Zeitpunkt der Zahlung” (Abs. 2) en de „Erfüllung” (Abs. 3). Ingevolge Abs. 2 geldt als tijdstip van betaling bij overschrijving de dag waarop de opdracht bij de bank van de schuldenaar is binnengekomen. Bij storting geldt de dag van de storting als tijdstip van betaling. Van voldoening is

13. M. Posch, o.c., blz. 80.

14. R. Swanitz, Kredit- und Verrechnungsverhältnisse, in Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Schuldrecht- Besonderer Teil, Berlin, 1956, blz. 351: „Das Guthaben auf dem Konto des Bankkunden is Geld im Rechtssinne”. Anders: H. Nathan, Währungsreform und Zahlungsverkehr, NJ 1948, blz. 273, die de girale betaling als een inbetalinggeving beschouwt.

15. Het giroverkeer wordt in de DDR verzorgd door „Kreditinstitute en Postcheckämter”. „Kreditinstitute” zijn „Geschäftsbanken” en „Sparkassen”, die samen met de „Staatsbank der DDR” het socialistische banksysteem vormen. Zie daarover: U. Fox, Das Bankwesen der europäischen Volksdemokratien, Wiesbaden, 1967, blz. 80 e.v., blz. 135. De rechtsverhouding tussen giro-instelling en rekeninghouder is een contractuele. Zij wordt bepaald door de regels van het „Kontovertrag” (Par. 234 e.v. ZGB) en de algemene voorwaarden van de „Kreditinstitute” - die zich in dit verband richten naar een door de IHB, de voornaamste handelsbank van de DDR, opgesteld model - resp. de algemene voorwaarden van de „Postcheck- und Postspargirodienst”, zoals deze zijn neergelegd in de Postcheckordnung van 17 mei 1968 (Anordnung über den Postcheck- und Postspargirodienst, GBl. II, nr. 60, S. 343). Zie over het Kontovertrag: J. Rüdiger, Konto-, Spar-, Kredit- und Darlehnverträge, NJ 1974, blz. 711-712, K. Westen (Hrsg.), Das neue Zivilrecht der DDR nach dem Zivilgesetzbuch von 1975, Berlin, 1977, blz. 203 e.v.

blijkens Abs. 3 echter eerst sprake bij creditering van de rekening van de schuldeiser. De consequentie van deze tweedeling wordt door Posch¹⁶ als volgt onder woorden gebracht: „Für die Frage *ob* der Schuldner erfüllt hat, ist maßgebend, ob der Gläubiger tatsächlich das Geld erhalten hat; für die Frage *wann* der Schuldner geleistet hat, ist dagegen maßgebend, ob er rechtzeitig bar bezahlt, eingezahlt, oder Überweisungsauftrag erteilt hat”. Een en ander komt hierop neer dat het risico dat in het geheel niet betaald wordt voor rekening van de schuldenaar is, het risico van vertraging daarentegen voor rekening van de schuldeiser. Dat laatste neemt overigens niet weg dat de schuldenaar bij het uitblijven of vertraagd plaatsvinden van de „Erfüllung” na een wel tijdige „Erteilung” toch moet opdraaien voor de kosten van een door de schuldeiser geïnitieerde procedure^{17 18}.

4. Art. 6.1.9A.3 en art. 6.1.9A.5 lid 2 NBW

Art. 6.1.9A.3 lid 1 NBW bepaalt dat een debiteur in beginsel tot een girale wijze van betaling bevoegd is: bestaat in een land waar de betaling moet of mag geschieden ten name van de schuldeiser een rekening bestemd voor girale betalingen, dan kan de schuldenaar de verbintenis voldoen door het verschuldigde bedrag op die rekening te doen bijschrijven. De bevoegdheid tot het kiezen van een girale betalingswijze bestaat niet wanneer de schuldeiser girale betaling (op de betreffende rekening of in het algemeen) heeft uitgesloten. Het artikel geeft hem de mogelijkheid zulks eenzijdig te doen. Wel is vereist dat deze uitsluiting geldig geschiedt; uitslui-

16. M. Posch, o.c. blz. 81.

17. BG Cottbuss, Beschluß vom 19. Oktober 1976, BZR 217/76: „Wird durch einen Zahlungsverpflichteten die Geldschuld zwar pünktlich eingezahlt, dem Konto des Zahlungsempfängers jedoch nicht gutgeschrieben, dann tritt eine Erfüllung der Verpflichtung nicht ein. Der Zahlungsverpflichtete muß dann eventuelle kostenrechtliche Auswirkungen aus dem Rechtsstreit auf sich nehmen, auch wenn er die verspätete oder nicht erfolgte Gutschrift zugunsten des Zahlungsempfängers nicht verschuldet hat”.

18. Het ligt in de rede dat in een dergelijk geval op de giro-instelling verhaal wordt genomen. Voor het niet, het niet tijdig of het niet behoorlijk uitvoeren van een correct gegeven giro-order is deze namelijk, zoals Posch - o.c., blz. 81 - het uitdrukt, „nach den allgemeinen Zivilrechtlichen Grundsätzen verantwortlich”. Zo ook: R. Swanitz, o.c., blz. 352. Vgl. Par 30 Postscheckordnung.

ting zal ongeldig zijn als wet, rechtshandeling of redelijkheid en billijkheid zich tegen haar verzet¹⁹. Overigens kan ook uit rechtshandeling, gewoonte, of redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat girale betaling niet tot de mogelijkheden behoort²⁰. Aan de bepaling ligt ten grondslag de gedachte dat het bezit van een girorekening impliceert, dat men met bijschrijving daarop genoegen neemt²¹.

Art. 6.1.9A.3 lid 1 houdt zich niet bezig met de vraag in welke gevallen een schuldeiser girale betaling kan eisen in die zin dat hij betaling in gangbaar chartaal geld zou mogen weigeren. In het stelsel van het NBW zal de schuldeiser dit resultaat in feite kunnen bereiken door overeenkomstig art. 6.1.9A.5 lid 2 zijn giro-instelling als plaats van betaling aan te wijzen²².

Betaalt de schuldeiser giraal - hetzij door overschrijving, hetzij door storting - dan geschiedt de betaling volgens art. 6.1.9A.3 lid 2 op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd. Overigens zal de debiteur onder omstandigheden reeds vanaf een eerder moment bevrijd kunnen zijn. Zulks kan blijv. voortvloeien uit de tussen partijen bestaande rechtsverhouding of uit de omstandigheid dat de crediteur reeds voor de bijschrijving over het geld in kwestie kan beschikken²³.

5. Vergelijking

Het NBW gaat er vanuit dat girale betaling slechts is toegestaan met toestemming van de schuldeiser, zij het dan dat die toestemming in beginsel aanwezig mag worden geacht wanneer de schuldeiser een girorekening heeft en niet eenzijdig betaling op die rekening heeft uitgesloten²⁴. Het ZGB daarentegen stelt girale betaling als betalingsinstrument volstrekt gelijk aan betaling in gangbaar chartaal geld. Mijns inziens verdient de Oost-Duitse benadering op

19. M.v.A. bij art. 6.1.9A.3 NBW, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 460.

20. M.v.A. bij art. 6.1.9A.3 NBW, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 461.

21. M.v.A. bij art. 6.1.9A.3 NBW, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 460.

22. M.v.A. bij art. 6.1.9A.3 NBW, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 461.

23. M.v.A. bij art. 6.1.9A.3 NBW, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 462-463.

24. A.P.M. Houtman, Enkele aspecten van het overgaan naar girale betaling van lonen, TVVS 1977, blz. 284, W.A.K. Rank, Betaling per giro volgens NBW, NJB 1983, blz. 1131.

dit punt de voorkeur. In beide codificaties immers heeft een verbintenis tot betaling van een geldsom te gelden als een verbintenis die zowel door het verschaffen van de betreffende geldswaarde in chartaal geld als door het verschaffen van die waarde in giraal geld kan worden voldaan. Voor wat betreft Par. 75 ZGB volgt dit uit het gebruik van de term „Erfüllung” in Abs. 3. In de tekst van art. 6.1.9A.3 NBW wordt dit uitgedrukt door de woorden „kan de schuldenaar de verbintenis voldoen”. Een en ander betekent mijns inziens dat beide vormen in beginsel steeds tot de mogelijkheden moeten behoren²⁵. Daarmee is niet te verenigen een clause die de crediteur bij voorbaat het recht geeft om een van beide mogelijkheden uit te sluiten. Het NBW trekt die consequentie niet en kent de crediteur bij voorbaat een uitsluitingsbevoegdheid toe. Het ZGB trekt die consequentie wel en legt het zwaartepunt a priori bij de debiteur. De regeling van het ZGB is daarmee, theoretisch gezien, van hoger gehalte dan haar NBW-equivalent. Het belang van deze constatering is overigens, zo moet worden toegegeven, uiterst gering, omdat beide regelingen praktisch zeer waarschijnlijk tot eenzelfde resultaat zullen voeren.

Wat de voltooiing der betaling betreft gaat het NBW er vanuit dat de betaling pas voltooid is op het moment dat de crediteur over het verschuldigde bedrag kan beschikken en dat zulks in beginsel eerst het geval is op het moment dat de schuldeiser in de boeken van de giro-instelling is gecrediteerd. Het ZGB daarentegen onderscheidt tussen een tijds- en een beschikkingsmoment. Mijns inziens is ook hier het ZGB te prefereren, althans voor wat betreft het daar gevolgde principe. In het systeem van het NBW heeft de schuldenaar bij creditering na de vervaldag per definitie te laat betaald. De omstandigheid dat hij zijn giro-order ruimschoots voor de vervaldag heeft ingezonden of dat zijn rekening daags voor de vervaldag is gedebiteerd kan daarin geen verandering brengen. Is de schuldeiser rekeninghouder bij een andere giro-instelling dan de schuldenaar en ligt de oorzaak van de vertraging in een vergissing van de giro-instelling van de schuldenaar, dan komt zulks voor

25. W.A.K. Rank, o.c. blz. 1132.

rekening en risico van de debiteur. Is de schuldeiser rekeninghouder bij een andere giro-instelling dan de debiteur en schiet de giro-instelling van de crediteur tekort, dan zal zulks aan de schuldeiser moeten worden toegerekend. Hebben debiteur en crediteur dezelfde giro-instelling dan zijn er verschillende opties mogelijk. Denkbaar is bijvoorbeeld dat men de toerekeningscaesuur legt bij het tijdstip van debitering van de schuldenaar. Een argument daarvoor is dat de vertraging nadien nog slechts door de schuldeiser kan worden geconstateerd. Het ligt echter minstens zo voor de hand de vertraging geheel aan de schuldenaar toe te rekenen. Het argument daarvoor is dat die vertraging, ook al is de giro-instelling mede jegens de schuldeiser verplicht de giro-order uit te voeren, uiteindelijk toch plaatsvindt in het kader van een door de schuldenaar gegeven opdracht²⁶. Dit dilemma nu kan zich in het systeem van het ZGB niet voordoen. De schuldenaar heeft daar, in de woorden van Posch²⁷, „rechtzeitig geleistet, wenn zum Zahlungstermin oder innerhalb der Zahlungsfrist der Überweisungsauftrag bei seinem Kreditinstitut eingeht“. Op dat moment „treten auch weitere durch den Vertrag oder durch Rechtsvorschriften vorgesehene Folgen der Zahlung ein“²⁸. Dat de uiteindelijke creditering pas veel later plaats heeft doet daar niet aan af: „Wird erst nach Aufdeckung von Übermittlungsfehlern und damit erheblich verspätet dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben, so hat dennoch im Verhältnis der Partner zueinander der Schuldner rechtzeitig gezahlt“²⁹. Het systeem van het ZGB biedt aldus meer rechtszekerheid dan dat van het NBW. Een nadeel ervan is evenwel dat alleen achteraf, wanneer de schuldeiser inderdaad is gecrediteerd, kan worden vastgesteld dat er

26. Aldus: W. Sniijders, *Betaling per giro*, Van Opstallbundel, Deventer, 1972, blz. 181,182, W.A.K. Rank, in F.A.W. Bannier e.a., *Betalingsverkeer*, Zwolle, 1987, blz. 13. Zie ook de M.v.A. bij art. 6.1.9A.3 NBW, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 463. Vergelijk: H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenisrecht naar het NBW*, Deventer, 1979, blz. 289 en C.L. de Vries Lentsch-Kostense, noot bij Rb. Roermond, 1 mei 1980, Prg. 1980, 1527, die de hier bedoelde toerekeningsvragen anders beantwoorden.

27. M. Posch, o.c., blz. 80.

28. M. Posch, o.c., blz. 80.

29. M. Posch, o.c., blz. 81.

„rechtzeitig” is betaald³⁰. Pas dan kunnen de rechtsgevolgen van de betaling als het ware met terugwerkende kracht intreden.

Los van het principe van de tweedeling acht ik het geen goede zaak dat de caesuur van de toerekening in Par. 75 Abs. 2 ZGB wordt gelegd bij „der Tag des Eingangs des Überweisungsauftrages beim Kreditinstitut des Schuldners” c.q. bij „der Tag der Einzahlung”. Bij de uitvoering van een giro-order fungeert de giro-instelling allereerst als hulppersoon van de debiteur, in die zin dat zij de crediteur in zijn opdracht en voor zijn rekening een vordering op zichzelf verschafft. Vanaf het moment dat zij is gehouden de schuldeiser voor de voor hem bestemde bedragen te crediteren fungeert zij echter ook als hulppersoon van de crediteur³¹. Dit moment zal zich in de regel aandienen zodra zij de voor die creditering benodigde dekking heeft ontvangen. In de situatie, dat de betrokken giro-order binnen een en dezelfde giro-instelling kan worden afgewikkeld zal daarvan al sprake zijn op het moment waarop de rekening van de schuldenaar voor het betreffende bedrag wordt gedebiteerd c.q. het moment van storting. In de situatie dat de betaling over twee verschillende giro-instellingen loopt zal een en ander eerst het geval zijn wanneer de giro-instelling van de schuldeiser voor het betreffende bedrag wordt gecrediteerd³². Tegen die achtergrond ware het mijn inziens evenwichtiger geweest als „Zeitpunkt der Zahlung” aan te wijzen het moment van debitering c.q. het moment van storting voor het geval dat de giro-order binnen een en dezelfde giro-instelling kan worden afgewikkeld en het moment van creditering van de giro-instelling van de schuldeiser.

30. De „achteraf-werking” van Par. 75, Abs. 2 ZGB wordt nog eens onderstreept door de in de DDR beleden leer dat op het ogenblik van de boeking het recht van de schuldeiser ontstaat. Men knoopt daar namelijk de conclusie aan vast dat de schuldenaar zijn opdracht na de creditering niet meer kan herroepen, maar dat hij tot dat moment nog altijd tot intrekking kan overgaan. Zie Par. 22 Postcheckordnung: „Der Kontoinhaber kann die von ihm an das Postcheckamt eingesandten Aufträge zurückziehen, solange der Betrag dem Konto des Empfängers noch nicht gutgeschrieben oder die Zahlungsanweisung dem empfänger noch nicht zugestellt ist”.

31. W.Snijders, o.c., blz. 176 en 185, H.J. Pabbruwe, Het tijdstip van betaling in het bankverkeer, WPNR, 5151 (1977), blz. 499, H.J. Pabbruwe, Nogmaals: Het tijdstip van betaling, WPNR 5346 (1976), blz. 261.

32. W.A.K. Rank, in F.A.W. Bannier e.a., Betalingsverkeer, Zwolle, 1987, blz. 12.

ser voor het geval dat debiteur en crediteur bij verschillende instellingen bankieren. In die richting wijst wat mij betreft ook wat Posch³³ ter rechtvaardiging van de thans gevolgde risicoverdeling aanvoert, t.w. dat „derjenige, der den Überweisungsauftrag erteilt oder bar einzahlt, besser in der Lage ist, die Überprüfung von Übermittlungsfehlern zu veranlassen“. Dat de makers van het ZGB niet voor een dergelijke oplossing hebben gekozen is te verklaren uit het feit dat verbintenissen, ingevolge Par. 72 Abs. 1 ZGB, aan de woonplaats van de schuldenaar moeten worden nagekomen. Weliswaar verwijst deze bepaling voor wat betreft de betaling van geldschulden naar Par. 75³⁴, maar blijkens de redactie is dat niet bedoeld als een afwijking van het in Par. 72 bepaalde doch als een uitwerking ervan. Daarbij is men kennelijk van de gedachte uitgegaan dat de regel dat de schuldenaar tijdig betaalt als hij zijn giro-order tijdig verzendt c.q. tijdig de nodige contanten aan de kas van de giro-instelling stort, voor wat betreft de girale betaling de enig mogelijke toepassing vormt van het in Par. 72 verwoorde haalschuldbeginnsel. Ik voor mij acht die zienswijze echter voor betwisting vatbaar. Een bepaling die de in Par. 75 genoemde momenten conform de hier boven gedane suggesties zou verleggen, zou mijns inziens met het principe van Par. 72 eveneens te verenigen zijn. Daarover behoeft men zich slechts te realiseren dat de giro-instelling in eerste instantie als hulppersoon van de schuldenaar fungeert en in zoverre met die debiteur kan worden vereenzelvigd. Van een betaling aan zijn woonplaats is dan ook nog sprake op de hierboven geopperde momenten.

6. Conclusie

Duidelijk is, dat Par. 75 ZGB een adequate regeling van de girale betaling bevat. Ik zou zelfs willen verdedigen dat deze regeling het zowel theoretisch als praktisch op punten wint van de regeling van de girale betaling in het NBW. De theoretische meerwaarde van

33. M. Posch, o.c., blz. 81.

34. Par. 72 Abs 1 ZGB luidt: „Die Leistung ist am Sitz des Schuldners zu erbringen, soweit sich aus dem Vertrag und aus dem Zweck der Leistung kein anderer Leistungsart ergibt. Für Zahlungsverpflichtungen gilt Par. 75“.

Par. 75 ZGB is mijns inziens hierin gelegen dat deze bepaling meer dan art. 6.1.9A.3 recht doet aan het karakter van de girale betaling als een normale wijze van voldoening die rechtstreeks aan de verbintenis beantwoordt. De praktische meerwaarde van het artikel zie ik hierin dat het, door te onderscheiden tussen het „Zeitpunkt der Zahlung” en de „Erfüllung”, allerlei lastige toerekeningsvragen reeds bij voorbaat ecarteert. Een en ander neemt overigens niet weg dat de regeling van het NBW wat mij betreft een vergelijking met het ZGB best kan doorstaan. Dit is mijns inziens alleen al daarom het geval omdat de momenten die in het ZGB als „Zeitpunkt der Zahlung” zijn uitgekozen, direct leiden tot een naar maatstaven van billijkheid onaanvaardbare risicoverdeling.

Dwaling bij kunstkoop

A.G. Castermans*

Op 21 februari 1968 verkoopt het echtpaar Saint Arroman een schilderij op de veiling van Hôtel Drouot in Parijs voor 2200 FF. De Franse Staat wenst het voor Frankrijk te behouden en maakt ten gunste van het Louvre gebruik van haar *droit de préemption*,¹ waardoor zij in de plaats van de veilingkoper treedt. Enige tijd later komt het Louvre met triomfantelijk nieuws: het blijkt om de *Olympos et Marsyas* te gaan, van de zeventiende eeuwse schilder Nicolas Poussin. De Saint Arromans willen de overeenkomst laten vernietigen op grond van dwaling. Zes maal heeft een rechterlijk college zich over het probleem gebogen, Franse annotatoren vele keren meer. De zaak heeft zelfs de belangstelling van de Engelsen weten te trekken, alhoewel: de geleerden in Oxford durven de databank over Poussin niet meer te raadplegen, bang als ze zijn dat dit melodrama hun beeldscherm zal overwoekeren, aldus Bernard Rudden.² Wie, zoals Rudden, een gepeperde rekening van zijn databank vreest, raadplege de *Répertoire de droit civil* onder *Erreur*. Hij vindt alle data op een rij.³ Twee vragen staan in de procedure centraal. Ten eerste, is dwaling denkbaar als niet vaststaat wat de juiste voorstelling van zaken is? Ten tweede, naar welk moment dient te worden bepaald wat de juiste voorstelling van zaken is?

* Mr A.G. Castermans is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Zie hierover nader A-G Cabannes in zijn conclusie voor Cour d'appel de Paris 2 februari 1976, D 1976, 325 onder I (slot). In het algemeen: D. Tallon, *Répertoire de droit civil*, *Préemption*, vooral nr. 4.
2. *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, blz. 100.
3. Van de hand van J. Ghestin (1988) zie nr. 66.

De juiste voorstelling van zaken staat niet vast

De Parijse rechtbank wijst de vordering tot vernietiging toe.⁴ De dwaling betrof de authenticiteit van het schilderij en deze is nu eenmaal een *qualité substantielle*, voor de dwalende van doorslaggevend belang om de overeenkomst te sluiten.

De verkopers, voorgelicht door de specialisten van Drouot, verkochten het werk als één uit *l'école des Carrache*. Zo kondigden zij het in de catalogus aan. De gezanten van het Louvre wisten beter. De rechtbank hecht bijzonder veel waarde aan dit punt, zonder haar overwegingen hierover in een bepaald kader te plaatsen. Het Louvre gaat in beroep.

Als het hof zijn arrest wijst, is er inmiddels ook in de kunsthistorische wereld het nodige over *Olympos et Marsyas* geschreven. De triomf van het Louvre wordt in twijfel getrokken en het Louvre is de eerste die dat voor de rechter wil erkennen. Deze onzekerheid bestaat in 1989 nog steeds. Poussin bewonderde Annibale Carracci zeer. Hij heeft tot 1630 in het atelier van één van diens leerlingen, Domenichino, gewerkt. De aanduiding 'uit de school der Carracci' lijkt derhalve niet geheel misplaatst. Tegen toeschrijving aan Poussin pleiten kleur, compositie en contrast, ja zelfs het feit dat de afgebeelde *Putto* een krans in zijn hand houdt.⁵ Het hof acht het daarom niet zeker dat de verkopers hebben gedwaald. Het zou immers kunnen zijn dat hun voorstelling van zaken correct is. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering tot vernietiging van de overeenkomst af.⁶ De Saint Arromans gaan in cassatie.

De Cour de cassation is kort en krachtig in zijn uitspraak:

„Attendu que ... la cour d'appel, estimant qu'il n'était pas prouvé que le tableau litigieux fût une oeuvre authentique de Poussin, et qu'ainsi l'erreur alléguée n'était pas établie, a débouté les époux Saint-Arroman de leur demande; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, au moment de la vente, le consente-

4. Tribunal de grande instance de Paris 13 december 1972, D 1972, 410 (Ghestin en Malinvaud).
5. Doris Wild, Nicolas Poussin, Band II, Zürich 1980, blz. 263. Het schilderij is in deze catalogus opgenomen onder nr. R (= refusé) 29.
6. Cour d'Appel de Paris 2 februari 1976, D 1976, 325.

ment des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une oeuvre de Nicolas Poussin, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision."⁷

De juiste toeschrijving houdt in dat het schilderij wellicht van de hand van Poussin is, hetgeen annotator Malinvaud een *attribution dubitative* noemt. De verkopers voeren ter ondersteuning van hun beroep op dwaling weliswaar ten onrechte aan dat Poussin de schilder is, een *attribution positive*, maar dit staat het succes van het beroep op dwaling niet in de weg, aldus de Cour de Cassation: als de verkopers ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat het schilderij in ieder geval geen Poussin was (*attribution negative*), is er sprake van dwaling. Het hof heeft verzuimd dit te onderzoeken. Renvoi volgt.

Naar welk moment moet de werkelijkheid worden bepaald?

Het hof Amiens wijst het beroep op dwaling af.⁸ Het hof neemt hierbij het moment van de verkoop als ijkpunt. De verkopers die toen dachten dat het schilderij geen Poussin was, hadden gezien de informatie die op dat moment voor handen was, een juiste voorstelling van zaken en dwaalden daarom niet.⁹ Zij bestrijden dit oordeel in cassatie en de Cour de cassation gaat wederom met hen mee. Dwaling ten tijde van het aangaan van de overeenkomst kan wel degelijk worden bewezen door feiten die pas daarna aan het licht zijn gebracht. Met andere woorden, er is maar één werkelijkheid voor de rechter en wel die ten tijde van zijn beslissing.¹⁰

Het laatste woord valt in Versailles.¹¹ Is er sprake van rechtens relevante dwaling? Het hof stelt voorop:

„qu'en matière de ventes publiques d'oeuvres d'art sur catalogue contenant certification d'expert, l'attribution de l'oeuvre consti-

7. Cour de Cassation 22 februari 1978, D 1978, 601 (Malinvaud).

8. Cour d'appel d'Amiens 1 februari 1982 JCP 1982.II.19916 (Trigeaud).

9. Vergelijk S. Nauta, AA 1963-1964, blz. 9, die ontkent dat om de Kantharos van Stevensweert werd gedwaald: de waarde was op het moment van de verkoop niet hoger dan de koopprijs.

10. Cour de Cassation 13 december 1983, D 1984, 340 (Aubert).

11. Hof Versailles 7 januari 1987, D 1987, 485 (Aubert).

tue tant pour le vendeur que pour l'acheteur une qualité substantielle de la chose vendue.”

Een expert die bij de transactie is betrokken, beïnvloedt de meningsvorming van koper en verkoper. Zijn woord is wet. Drukt zijn toeschrijving geen twijfel uit, dan twijfelen partijen evenmin. Het hof is ervan overtuigd dat de verkopers een schilderij dachten te verkopen, dat in ieder geval niet van de hand van Nicolas Poussin was en baseert zijn oordeel metterdaad op de omschrijving van het schilderij in de catalogus van Drouot: *Carrache (Ecole des), Bacchanales. Toile agrandie; haut. 1.03m, larg. 0.89m:*

„alors qu'il est pourtant d'usage, lorsqu'une incertitude subsiste sur la paternité d'une oeuvre d'art, d'employer des formules telles que "signé de ... attribué à ... école de ... style ... genre ... manière ..." qu'en l'absence de telle mentions, la seule indication "Ecole des Carrache" à laquelle il n'est pas contesté que Nicolas Poussin n'a jamais appartenu, est exclusive d'une attribution à ce dernier et ne laisse subsister aucun aléa.”

Het hof wijst de vordering tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling toe. Zo heeft mevrouw Saint-Arroman - haar echtgenoot is inmiddels overleden - uiteindelijk het pleit gewonnen.

Twee aspecten van deze zaak zou ik onder de aandacht willen brengen. Ten eerste het minutieuze onderzoek van vooral het hof Versailles naar de wijze waarop partijen met de risico's die aan de kunstkoop kleven, zijn omgesprongen. Ten tweede, er wordt geen bijzondere waarde gehecht aan het feit dat de *verkopers* dwaalden. Het laatste aspect zal onder het kopje *De mogelijkheid van onderzoek* nader aan de orde komen. Het eerste volgt nu.

Het kanskarakter van de kunstkoop

Kunsthistorische experts zijn noodgedwongen niet altijd zo zeker van hun zaak als het hof Versailles voorhoudt. Hun werkwijze brengt dit met zich mee. Eerst wordt gezocht naar werk waarvan aangenomen kan worden dat het van de hand van een bepaalde schilder is. Dit werk verschaft inzicht in bijvoorbeeld de keuze van onderwerpen, de compositie en de technieken van deze schilder. Op basis hiervan worden conclusies getrokken over ander werk. De

argumenten zijn soms zeer subtiel en bovendien afhankelijk van de persoon die oordeelt en de smaak van zijn tijd. Rembrandt was gezien de 'zekere' tekeningen een meesterlijk tekenaar en daarom worden alleen meesterlijke tekeningen aan hem toegeschreven.¹² Het is duidelijk dat welhaast bij iedere toeschrijving bescheidenheid past.

Betekent dit dat kunstkoop per definitie een kanskarakter heeft? Het lijkt mij, juridisch gezien, van niet. Drion huldigt in wezen geen ander standpunt. Hij ziet de kunstkoop weliswaar in beginsel als kansovereenkomst, waarbij elke partij het risico van een verandering in de toeschrijving draagt, maar het is niet zo dat hij alleen een uitzondering wil maken als een garantie is bedongen of bedrog is gepleegd. Hij plaatst zijn opmerkingen immers in het kader van het kenbaarheidsvereiste, hetgeen betekent dat als bij het aangaan van de overeenkomst voor de één duidelijk is dat de ander een bepaalde toeschrijving definitief en van essentieel belang acht, een beroep op dwaling later mogelijk is.¹³ Het is een kwestie van uitleg. In hoeverre kunstkoop een kanskarakter heeft, hangt af van de in het contract gebruikte termen en van de vraag hoe deze termen door partijen worden en mogen worden verstaan.

Partijen kunnen uitdrukkelijk een risicoregeling in de overeenkomst opnemen. Vooral het veilingwezen bedient zich van deze methode. De veilingcatalogi bevatten niet alleen een verklarende woordenlijst aan de hand waarvan de omschrijving van de werken dient te worden ontcijferd, maar ook de algemene voorwaarden die de verantwoordelijkheid van verkoper en veilingbedrijf aanzienlijk beperken.¹⁴ Kunsthandelaren daarentegen schuwen in het algemeen

12. Zo J. Giltaij, *De tekeningen van Rembrandt en zijn school in het Museum Boymans-van Beuningen*, Rotterdam 1988, blz.11 en 12.

13. H. Drion, *RM Themis* 1960, blz. 498 en 504 (vooral de laatste alinea). Zie ook WPNR 4607 (1959) blz. 513-514. Vergelijk E.C. Henriquez, die uitgaat van een kansovereenkomst voorzover geen garantie wordt gegeven en hieraan een uitgebreide mededelingsplicht koppelt; *Naar beste weten*, Rede Groningen, Deventer 1974, blz. 8 en *NJB* 1976, blz. 631. Tenslotte A.W. Hellema, die de kansovereenkomst als uitgangspunt verwerpt; *RM Themis* 1975, blz. 360 en 361. Voor een overzicht van de discussie in Frankrijk, annotator Aubert zie noot 10; zie voorts het in noot 19 genoemde decreet.

14. Als de koper een consument is, worden dergelijke bedingen getroffen door artikel 7.1.1.4a Nieuw BW, dat ook de uitsluiting van een beroep op dwaling betreft,

het gebruik van algemene voorwaarden. Dit betekent niet dat zij met iedere omschrijving van een werk een garantie afgeven¹⁵ of dat steeds een beroep op dwaling open staat. Uitleg van de overeenkomst moet aan het licht brengen in hoeverre partijen die geen uitdrukkelijke afspraak hierover hebben gemaakt, toch het risico ter zake van de toeschrijving op zich hebben genomen. Hebben zij enige twijfel onder woorden gebracht? Gingen zij af op het oordeel van een deskundige bij uitstek of hebben zij niet op het hoogste niveau informatie vergaard?

Voorzover twijfel tot uitdrukking wordt gebracht, dragen partijen ieder voor zich een bepaald risico. Zo bood Cramer Oude Kunst (Den Haag) een stilleven aan uit de *circle of* Willem van Aelst (1622-1683). Cramer vermeldde daarbij dat ook de toeschrijving aan Gabriël Metsu (1630-1667) is geopperd en dat het Centraal Museum te Utrecht het werk in 1933 toeschreef aan de *circle of* Abraham van Beyeren (1620/21-1690).¹⁶ De verkoper die later ter ore komt dat het schilderij van de meest gewaardeerde van de drie afkomstig is, komt geen beroep op dwaling toe. Hij heeft deze kans met het schilderij prijsgegeven. Hetzelfde geldt als in de literatuur, waarnaar wordt verwezen, over de toeschrijving wordt gearzeld. Partijen hebben zich die twijfel eigen gemaakt.

Als een toeschrijving afkomstig is van een 'bevoegd kunstkenner' of een 'expert bij uitstek met betrekking tot die bepaalde meester', dan betreft de koop in beginsel een werk dat ten tijde van de verkoop wordt toegeschreven aan een bepaalde meester of school¹⁷. Partijen die op de mening van een expert afgaan, nemen ieder voor zich het risico dat diens toeschrijving later niet correct blijkt te zijn. Men zou evengoed kunnen volhouden dat partijen in deze situatie juist elke twijfel over de toeschrijving uitsluiten,

tenzij de veilinghouder duidelijk laat weten als onmiddellijk vertegenwoordiger van de verkoper te handelen en de verkoper niet handelt in een beroep of bedrijf; Asser-Rutten-Hartkamp II (1985), nr. 195 en MvT, TK 16979 nr. 3, blz. 13.

15. Zie de catalogus van de 40e Oude Kunst en Antiekbeurs te Delft, blz. 1; hof 's-Gravenhage 18 februari 1960, NJ 1961, 108 en hof 's-Hertogenbosch 18 mei 1982, NJ 1983, 133.

16. Cramer Catalogue XIX/1974, part one, no. 49.

17. HR 3 april 1959, NJ 1959, 179 (HB); hof 's-Gravenhage 18 februari 1960, NJ 1961, 108; en voor de tweede term rb Zutphen 8 december 1955, NJ 1957, 20.

omdat zij in deze mening door zo'n gezaghebbend oordeel worden gesterkt.¹⁸ Deze zienswijze verdient evenwel niet de voorkeur. Het is waar dat geen van beide partijen enig verwijt valt te maken van het feit dat zij zich op het oordeel van de expert hebben verlaten. Zij hebben zich echter van meet af aan moeten realiseren dat het oordeel in negen van de tien gevallen slechts berust op argumenten, niet op bewijzen. Gezien deze onzekerheid hebben zij het risico dat de toeschrijving later onjuist blijkt te zijn aan de ene kant door op de mening van een expert af te gaan zo veel mogelijk ingeperkt, maar aan de andere kant wèl in de overeenkomst verdisconteerd.

Als een toeschrijving slechts afkomstig is van een kunstkenner wiens expertise niet wijd verbreid is erkend, dan staat op voorhand niet vast wie wordt aangerekend dat niet op het hoogste niveau informatie is vergaard. De rechtbank Zutphen (noot 17) meent dat als de verkoper kunsthandelaar is en de koper leek, voor de koper een beroep op dwaling open moet staan. De gedachte hierachter is waarschijnlijk dat in zo'n situatie het op de weg van de kunsthandelaar een kanttekening bij de toeschrijving te maken, dat deze niet door een 'expert bij uitstek' is gegeven. Hij wekt door te zwijgen wellicht het vertrouwen dat het werk door *de* expert aan een bepaalde schilder wordt toegeschreven. Zo in het algemeen kan dit echter niet worden volgehouden. De leek ziet Pierre Janssen wellicht als de hoogste autoriteit op het gebied van de kunst, maar moet hij Janssen niet kennen als „slechts” de oud-directeur van het Arnhemse Gemeentemuseum?

Is het raadzaam naar universele uitlegregels te zoeken? De Franse wetgever heeft er enige in een decreet vastgelegd. Het bepaalt ten eerste dat de verkoper verplicht is de toeschrijving schriftelijk vast te leggen, indien de koper dit wenst. Vervolgens wordt in een achttal artikelen aangegeven wanneer een toeschrijving een garantie inhoudt en wanneer niet. Artikel 6 lid 1 heeft wellicht het hof Versailles tot voorbeeld gediend:

„L'emploi des termes "école de" suivis d'un nom d'artiste entraîne la garantie que l'auteur de l'oeuvre a été l'élève du maître

18. Nauta (noot 9) blz. 6 en Hijmans van den Bergh (HB, noot 17) onder 4.

cité, a notoirement subi son influence ou bénéficié de sa technique.”¹⁹

De waarde van zo'n regel lijkt mij beperkt. Uitleg houdt in dat moet worden onderzocht hoe partijen hun afspraak hebben verstaan en hoe zij deze mochten verstaan, of zij er over en weer op mochten vertrouwen dat de eigen interpretatie de juiste was. Het is van belang te weten welke betekenis een term gebruikelijk heeft en het scheidt duidelijkheid als de wetgever deze vastlegt, maar deze kan niet het laatste woord inhouden. Behoort een leerling van de belangrijkste leerling uit 'de school der Carracci' tot deze school? Wat koper en verkoper hiermee bedoelen lijkt mij belangrijker dan wat de wetgever meent.

De punten die uit de Nederlandse jurisprudentie kunnen worden afgeleid, moeten op dezelfde wijze worden gerelativeerd. Ook al zou de raadpleging van een expert er toe leiden dat bijvoorbeeld de koper het risico van een foutieve toeschrijving heeft aanvaard, in concreto kan het zijn dat hij zich van dit risico niet bewust was en dat de verkoper hem op het risico had moeten wijzen. Als de verkoper niet aan deze mededelingsplicht heeft voldaan, moet de overeenkomst worden uitgelegd zoals de koper deze heeft verstaan.

Mededelingsplicht en onderzoeksplicht

Er is nog een andere rol voor de mededelingsplicht weggelegd. Als de conclusie is getrokken dat er ruimte is voor een beroep op dwaling, moet worden bekeken of dit beroep slaagt. Als de wederpartij een mededelingsplicht heeft verzaakt, is aan  n van de voorwaarden voor het slagen van het beroep voldaan.

In dit kader moet onder andere de onderlinge verhouding van partijen in ogenschouw worden genomen. Niet alleen het gedrag van de dwalende zelf is relevant, maar ook dat van de wederpartij en de overige omstandigheden. In Frankrijk kan het voorkomen dat in het kader van dwaling de aandacht tot de dwalende beperkt blijft. In de affaire Poussin spelen de Franse Staat en het Louvre, behalve in het vonnis van de Parijse rechtbank, geen rol. Voorts worden de

19. Décret no. 81-255 du 3 mars 1981, Recueil Dalloz Sirey 1981 (*L g.*) blz. 157.

deskundigen aan de zijde van de verkopers de ene keer uitdrukkelijk ten nadele²⁰, de andere keer uitdrukkelijk ten gunste²¹ van de verkopers in de beschouwing betrokken. De onjuiste toeschrijving wordt in het ene geval aan de verkopers toegerekend, in het andere geval wordt de dwaling onverschoonbaar geacht, juist omdat de verkopers zelf geen verwijt trof. Zoveel hoofden, zoveel zinnen, te verklaren door het feit dat in Frankrijk de aandacht alleen op de dwalende gericht kan worden, en dat de wederpartij en zelfs de adviseur van de dwalende niet noodzakelijkerwijs in beeld behoeven te komen. Dit brengt de Belg Wilms tot de conclusie dat het leerstuk dwaling geen goed uitgangspunt biedt voor een studie over de mededelingsplicht.²² Wilms heeft gelijk, tot op zekere hoogte.

De Franse literatuur heeft echter een grote sprong voorwaarts gemaakt door niet één bepaald leerstuk zoals dwaling centraal te stellen, maar de mededelingsplicht zelf. „Historiquement, les auteurs anciens ont envisagé le problème de l'obligation de renseignements du point de vue d'une *théorie du renseignement*,” aldus Boyer.²³ In wezen bouwt hij op deze traditie voort. Eerst behandelt hij in het algemeen wanneer een mededelingsplicht kan worden aangenomen, vervolgens behandelt hij per leerstuk de sancties die op verzwijging staan.²⁴ Ook Ghestin heeft zich opgeworpen als pleitbezorger van deze methode.²⁵

„Il est essentiel, en effet, que des situations semblables reçoivent des solutions identiques, quel que soit le fondement de l'action en justice. Certes il n'est pas opportun, pour obtenir ce résultat, de faire table rase de notions qui ont été forgées par le temps. Mais il convient de rapprocher progressivement, et en tout cas d'harmoniser, les solutions déduites de ces mécanismes

20. Zo: A.-G. Cabannes voor hof Parijs, zie noot 6; hof Amiens, zie noot 8.

21. Zo: Rechtbank Parijs en instemmend annotatoren Ghestin en Malinvaud, zie noot 4; hof Versailles, zie noot 11; annotator Aubert, zie noot 10.

22. W. Wilms, Het recht op informatie in het verbintenissenrecht, een grondslagenonderzoek, Rechtskundig Weekblad 1980, blz. 494 en 495.

23. Y. Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, proefschrift Aix-Marseille 1978, blz. 20. Hij wijst o.a. op een fragment uit Cicero, De Officiis III, 57, waarover ook J.H. Nieuwenhuis, RM Themis 1988, blz. 82.

24. Zie vooral het tweede deel van het proefschrift.

25. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Paris 1980, nr. 479 e.v.

divers. L'obligation de renseignements, par la synthèse qu'elle réalise, peut jouer en ce sens un rôle intéressant."

Juist de mededelingsplicht biedt de mogelijkheid uit het keurslijf van het *wilsgebrek* te breken:

„Autrement dit, il s'agit ici encore de concilier le rôle de la volonté avec les principes de responsabilité et de bonne foi. Cette conciliation apparaît déjà dans la théorie des vices de consentement. Mais la notion d'obligation de renseignements permet de mieux préciser la place de cette dernière à côté de l'intégrité du consentement considérée en elle-même. Elle traduit ainsi une conception plus active, plus dynamique de la volonté qui, plus qu'un simple état d'esprit, dont il suffirait de mesurer l'intensité, est un comportement dont il faut apprécier la bonne foi et la légitimité."

De mededelingsplicht kan op drie punten aan de orde komen: in het kader van het verschoonbaarheidsvereiste, van de uitleg van de overeenkomst (hebben partijen het risico van dwaling in de overeenkomst verdisconteerd?²⁶) en - aanvullend - in het kader van schadevergoeding bij dwaling.²⁷

Wat door de Franse schrijvers nog als wenselijk recht wordt beschouwd, vormt in Nederland de kern van de jurisprudentie: de afweging tussen mededelingsplicht van de wederpartij en onderzoeksplicht van de dwalende zelf blijkt vrijwel steeds van doorslaggevend belang voor de relevantie van het beroep op dwaling.

Uitgangspunt

Het uitgangspunt voor het aannemen van een mededelingsplicht lijkt een open deur, maar het biedt steun bij het zoeken naar aanknopingspunten voor het aannemen van een mededelingsplicht of onder-

26. De Fransen achten dwaling slechts relevant voorzover de werkelijkheid afwijkt van de „définition contractuelle" ervan. Dit vereiste vervult de zelfde functie als ons kenbaarheidsvereiste (dat in Frankrijk slechts bij wederzijdse dwaling uitdrukkelijk wordt gesteld). Zie Ghestin (vorige noot) nr. 493 en J.H.A. Lokin, die een aan het Franse verwant vereiste stelt (de onjuiste voorstelling van zaken moet de inhoud van de overeenkomst betreffen) en daarom m.i. het kenbaarheidsvereiste niet nodig heeft; RM Themis 1974, blz. 252.

27. Zie hof Arnhem 24 juni 1986, NJ 1988, 709. Het betreft een dwalingzaak, maar de mededelingsplicht komt eerst in het kader van schadevergoeding aan de orde.

zoeksplicht. Boyer en Ghestin vinden het beiden in een *deséquilibre des connaissances*.²⁸ Zowel de onwetendheid van de *créancier de l'obligation de renseignements* als de kennis van de *débiteur* wordt aan een nader onderzoek onderworpen. Verkeerde één van beiden in de absolute of relatieve onmogelijkheid de voor de *créancier* essentiële informatie te verwerven? De volgende aanknopingspunten blijken uiteindelijk van belang: de relatie tussen partijen, de mogelijkheid van onderzoek, de aard van de transactie en het kenbaarheidsvereiste.

De aard van de transactie is hiervoor al uitvoerig belicht: vanwege het kanskarakter van de kunstkoop moet eerst worden onderzocht in hoeverre partijen het risico van een onjuiste toeschrijving hebben aanvaard en of de ene partij de ander hieromtrent had moeten inlichten. Het gaat in eerste instantie derhalve om een zeer specifieke mededelingsplicht. Het kenbaarheidsvereiste zou ik niet nader willen bespreken. De toeschrijving vormt immers vrijwel in alle gevallen een zeer belangrijk aspect voor zowel koper als verkoper. Zo wil ik mij in het vervolg beperken tot de relatie tussen partijen en de mogelijkheid van onderzoek.

De relatie tussen partijen

Het ligt voor de hand eerst te kijken naar de mate waarin partijen als ter zake deskundig kunnen worden aangemerkt. Staat een professioneel tegenover een leek, dan zal de tweede vrij snel op de bevindingen van de eerste mogen vertrouwen. Omgekeerd zal de kunsthandelaar niet te snel conclusies uit het spreken of zwijgen van de leek mogen trekken. Dit ondervond Paul Brandt (van het Amsterdamse veilinghuis) die voor zichzelf een tekening van Jan van Goyen verwierf. Hij liet een onderzoek achterwege, omdat hij bang was de lijst te beschadigen, de herkomst van het stuk vertrouwde en bovendien niet de indruk wilde wekken de verkoper te wantrouwen. Drie jaar later ontdekte hij dat het slechts een waardeloze reproductie was. Te laat. De rechtbank wees Brandts beroep op dwaling af, daarbij wijzend op diens handelwijze waar het vei-

28. Ghestin, nr. 487; Boyer, blz. 20.

lingzaken betreft: voordat een kunstwerk ter veiling wordt aanvaard, wordt door aan zijn bedrijf verbonden deskundigen een zorgvuldig onderzoek ingesteld naar de kwaliteit en echtheid ervan. Brandt had deze prudentie ook ten aanzien van de Van Goyen in acht moeten nemen. Zijn argumenten om van onderzoek af te zien, hadden hem hiervoor 'in redelijkheid geen motief' kunnen opleveren, aldus de rechtbank.²⁹

Het is frappant dat de Franse rechters geen woord hebben gewijd aan de relatie tussen de Saint Arromans en het Louvre, die in feite niet heeft bestaan. De relatie tussen partijen bij een veilingkoop is lastig te duiden.³⁰ Echte onderhandelingen hebben op een veiling niet plaats. Zelfs de koopprijs wordt door koper enerzijds en veilinghouder en opdrachtgever anderzijds niet onder zes ogen vastgesteld, maar een willekeurig aantal andere aspirant-kopers hebben bij het loven en bieden een vinger in de pap. Toch hoeft men niet met een fictie van onderhandelingen te werken om aan een mededelingsplicht of onderzoeksplicht toe te komen.³¹ De goede trouw is ook van toepassing in de precontractuele fase³² als partijen elkaar pas bij het sluiten van de overeenkomst leren kennen. Ook dan zijn partijen verplicht zo goed mogelijk voorbereid het jawoord te geven en elkaar voor misstappen te behoeden. De opdrachtgever en veilinghouder mogen in de catalogi geen misleidende informatie opnemen. De koper moet de kijkdagen ten volle benut-

29. Rb Amsterdam 7 maart 1973, NJ 1974, 93. Vergelijk op dit punt Ph. le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Recueil Dalloz Sirey (Chr.) 1987, blz. 101-104. Voorts J.H. Nieuwenhuis, AA 1986, blz. 320, die anders dan de rb Amsterdam een kwalitatieve benadering van deskundigheid als rechtvaardiging van een verhoogde onderzoeks- en informatieplicht voorstaat.

30. De vraag wie op de veiling verkoper is, de opdrachtgever of de veilinghouder, laat ik liggen. In de affaire Poussin was het echtpaar Saint Arroman verkoper. In Nederland heerst op dit punt twijfel, zie *Contractenrecht II* (Blei Weissmann) nr. 513. Artikel 6 (a) van Christie's algemene voorwaarden gaat er vanuit dat Christie's als vertegenwoordiger voor de verkoper (de opdrachtgever) handelt, derhalve als onmiddellijk vertegenwoordiger. Het lijkt mij dat in het kader van de vraag of jegens de koper een mededelingsplicht is geschonden, opdrachtgever en veilinghouder over één kam moeten worden geschoren.

31. Anders: H. Winkel, *Veilingen*, in: *Dorhout Mees-bundel 1974*, blz. 340.

32. Het woord onderhandelingsfase verdient weliswaar in het algemeen de voorkeur boven de term precontractuele fase, omdat uit de onderhandelingen niet altijd een overeenkomst wordt geboren. Soms is echter de laatste term te verkiezen boven de eerste, namelijk als de onderhandelingen ontbreken.

ten. Deze verplichtingen zijn bij veilingkoop echter veel minder op maat gesneden dan anders, omdat partijen geen rekening kunnen houden met elkaars specifieke belangen.

De mogelijkheid van onderzoek

Reeds Meijers wees op het belang van dit aanknopingspunt:

„Ook in ons recht zal men buiten de enkele wettelijk bepaling van art. 251 W.v.K. een mededelingsplicht daar dienen te erkennen, waar de eene partij bij het contracteren hierom op het goed vertrouwen der andere partij is aangewezen, omdat deze veel beter dan hij de gelegenheid heeft gehad de voor hem belangrijke feiten te leren kennen.”³³

De partij die zelf beter in staat is deze feiten te leren kennen, komt geen beroep op dwaling toe, aldus wederom Meijers. Hij doelde hierbij op de dwalende verkoper die volgens hem om deze reden het risico van dwaling moet dragen.³⁴

Zo geldt in Nederland de hoofregel dat dwaling door de verkoper in beginsel voor diens risico komt. Deze regel is ook neergelegd in het arrest over de *Kantharos van Stevensweert*. De Hoge Raad overwoog dat „naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting degene die een hem toebehorende zaak tegen een overeengekomen contraprestatie van de hand doet, daarmee de kans prijsgeeft dat de zaak achteraf zal blijken hoedanigheden te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben.”³⁵

Verkopersdwaling wordt in Frankrijk gerangschikt onder wat men noemt *l'erreur sur la propre prestation*, dwaling in de eigenschappen van de door de dwalende zelf te verrichten prestatie.³⁶ De heersende leer is duidelijk en wordt ook zo weergegeven door de Parijse rechtbank in de zaak *Poussin*: „l'erreur sur la substance peut être alléguée aussi bien par le vendeur que par l'acheteur, l'art. 1110 c.civ. faisant aucune distinction entre les contractants.” (Zie noot 4.) In het Franse recht bestaat derhalve geen hoofregel

33. E.M. Meijers, WPNR 2751 (1922), blz. 408. Vergelijk *rb Zutphen* (noot 17).

34. E.M. Meijers, *De dwalende schilderijenverkoper*, AA 1952-1953, blz. 78.

35. HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 (HB).

36. Zo ook *Asser-Rutten II* (1982), blz. 118, die verkopersdwaling niet afzonderlijk behandelt.

dat verkopersdwaling in beginsel voor rekening van de verkoper blijft.³⁷ Hoewel het fundament van dit standpunt - de tekst van het dwalingartikel 1110 Cc - mij niet aanspreekt, zou ik het standpunt zelf willen verdedigen. Afgezien van de vraag of de regel dat de verkoper voor eigen rekening dwaalt door de verkeersopvattingen wordt geschraagd - zien deze niet eerder op het snuffelen in bric-à-brac winkels en op rommelmarkten?³⁸ -, is er voldoende ruimte in het kader van de afweging van de wederzijdse onderzoeks- en mededelingsplichten om met de positie van de dwalende verkoper rekening te houden.³⁹

De verkoper die een zaak onder zich heeft, is veelal het beste ertoe in staat de eigenschappen van deze zaak te leren kennen. Dit is een belangrijke factor om de onderzoeksplicht op zijn schouders te leggen. De verkoper heeft de zaak echter niet altijd onder zich (bijvoorbeeld omdat de zaak hem niet toebehoort) en hij is door gebrek aan deskundigheid niet steeds in staat bepaalde eigenschappen te herkennen. In zo'n situatie moet worden bekeken of enerzijds de verkoper zich nader in de zaak had behoren te verdiepen, desnoods door een deskundige in te schakelen, of anderzijds de koper over zoveel ervaring beschikte, dat van hem enige informatie had mogen worden verwacht. Als na zo'n afweging blijkt dat geen van beiden gebrek aan zorgvuldigheid is te verwijten, is er sprake van wederzijdse dwaling, op grond waarvan de overeenkomst kan worden vernietigd.

Dit zou in de zaak van de Kantharos van Stevensweert tot een bevredigende oplossing hebben geleid. Het ging om een flink beschadigd antiek zilveren voorwerp dat enige tijd nadat het was verkocht de onschatbare kantharos bleek te zijn. Er van uitgaande dat de overeenkomst een beroep op dwaling niet uitsloot - hetgeen ik niet voor onmogelijk houdt, omdat partijen geen idee hadden van

37. In het Westduiste recht evenmin; BGH 8 juni 1988, JZ 1989, blz. 41 (Honsell). De verkoper wordt een beroep op dwaling ontzegd als hij door de vernietiging de „Gewährleistungsansprüche” van de koper tracht te ontlopen.

38. Vergelijk H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, blz. 500.

39. Vergelijk J.C. van Oven, NJB 1959, blz. 642: in beginsel staan de dwaling van de koper en die van de verkoper gelijk.

de werkelijke waarde van het voorwerp⁴⁰ - zou moeten worden onderzocht wie moet worden aangerekend dat niet op het hoogste niveau informatie is vergaard. De koper, zilversmid Brom, vermoedde niet en kon geen vermoeden hebben dat het voorwerp zo bijzonder was, zodat hem geen verwijt trof.⁴¹ Hij had evenwel de beker ten tijde van de koop al vier maanden onder zich. Kan in zo'n geval wel worden volgehouden dat de verkoper als beste in staat mag worden geacht te voorkomen dat hij dwaalt? Is dan niet vernietiging op grond van wederzijdse dwaling een billijker oplossing?

De Hoge Raad hield vast aan zijn regel inzake verkopersdwaling en voerde als onderbouwing hiervan nog aan:

„dat hierbij ook valt te bedenken, dat de ontdekking van de bijzondere hoedanigheid te danken kan zijn aan den koper, hetgeen in het onderhavige geval wel sterk spreekt, nu blijkens 's Hofs vaststelling de herkomst van den litigieuzen beker, welke dezen stempelt tot een in oudheidkundig opzicht uniek stuk, eerst door een speciale studie van den koper aan het licht is gekomen.”

Hoe plausibel dit argument ook klinkt, het zou buiten het dwalings-terrein kunnen worden gehouden. Als er los hiervan reden is een beroep op dwaling te honoreren, dan betekent dit niet dat de koper geen aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van zijn ontdekking. De kosten van het onderzoek zijn aan te merken als kosten ten behoeve van het schilderij gemaakt. Het onderzoek heeft immers de identiteit van het werk bloot gelegd en daarmee de waarde ervan verhoogd. Vergoeding van de kosten is daarom op grond van

40. Het is een andere vraag of partijen het van-geringe-waarde-zijn van de kantharos als veronderstelling in hun overeenkomst hebben opgenomen. P.W. Kamphuisen meent van niet; WPNR 4610 (1959) blz. 546.

41. Aldus het hof in HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 (HB). Prof. Vollgraff zou hem reeds elf dagen na de koop op de bijzondere waarde hebben gewezen. Brom zelf schrijft: „Een daarna (na de verkoop -agc) door schrijver dezes ingesteld onderzoek ... leidde tenslotte tot het inzicht dat met deze bodemvondst een zeldzaam meesterwerk van Grieks-Romeinse oorsprong aan het licht is gekomen. Dit inzicht vond later zijn bevestiging in het gezaghebbend oordeel van Prof. Dr. C.W. Vollgraff.” Mededeelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, nieuwe reeks, deel 14, afdeling letterkunde nr. 7, Amsterdam 1951, blz. 246. Op blz. 260 schrijft hij dat hij zich in het tweede stadium van zijn onderzoek tot Vollgraff wendde. Wat in vier maanden niet scheen te kunnen, lukte in elf dagen.

artikel 3.5.14 nieuw BW bij een eventuele revindicatie of vordering op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6.4.2.5) op haar plaats.

Tenslotte

Het doek werd als *le Poussin de toutes polemiques* op 12 december 1988 opnieuw geveild. De toeschrijving aan Poussin bleek goed te zijn voor 7.400.000 FF.⁴² Het is de vraag hoe mevrouw Saint Arroman er voor had gestaan als deze zaak naar Nederlands recht was beoordeeld. De Nederlandse beslissing zou op twee manieren kunnen worden onderbouwd.

Ten eerste door toepassing van de regel dat de verkoper voor eigen risico dwaalt. Dit zal waarschijnlijk tot afwijzing van het beroep op dwaling leiden. Waarschijnlijk, omdat over de rol van het Louvre zo weinig bekend is en de figuur van het *droit de préemption* een vergelijking moeilijk maakt.⁴³

Ten tweede door toetsing van het beroep op dwaling, zonder toepassing van de eerder genoemde regel. In de overwegingen zal wellicht niet zo ruimhartig als het hof Versailles worden geoordeeld dat de toeschrijving aan de school der Carracci twijfel uitsloot en meer waarde worden gehecht aan het gegeven dat de Saint Arromans werden bijgestaan door de deskundigen van Drouot. Hebben deze deskundigen niet te lichtvaardig de kans uitgesloten dat het doek van Poussin zou kunnen zijn? Het resultaat zal, eveneens waarschijnlijk, afwijzing van het beroep inhouden.

Geen verschil in uitkomst, maar wel in overtuigende kracht van de beslissing. De tweede is sterker en leidt ertoe dat als zeker is dat geen enkele twijfel bestond over de toeschrijving en verkoper noch koper enig verwijt treft, de overeenkomst kan worden vernietigd op grond van wederzijdse dwaling.

42. La Gazette de l'Hôtel Drouot, 23 december 1988, blz. 3. De koper is een Zwitserse galerie.

43. Nu in Nederland de minister van WVC pas bezwaar kan maken tegen een verkoop (hetgeen een aanbod tot aankoop kan inhouden) als hij het schilderij op een lijst van beschermde voorwerpen heeft geplaatst (hij moet dit de eigenaar in ieder geval meedelen), zal het hier besproken probleem zich niet snel voordoen. Zie artt. 3, 4 en 10-13 Wet tot behoud van cultuurbezit.

Echtscheidingen van Turken in Nederland

*B. E. Reinhartz**

Casus

Twee Turken, nu midden dertig, zijn als kleine kinderen naar Nederland gekomen. De vrouw is vrij beschermd opgevoed in de Turkse tradities en heeft veel thuis moeten helpen. De man is eveneens volgens de Turkse traditie hier te lande groot geworden, maar dat betekent naar Turkse opvattingen een veel vrijer bestaan. De twee zijn hier getrouwd, en hebben dat huwelijk in Turkije laten registreren in de plaats van herkomst. Inmiddels is er een dochter geboren. De vrouw komt via haar dochter in contact met Nederlandse en Turkse vrouwen. Zij realiseert zich dat zij tot nu toe min of meer gevangen is geweest in haar eigen huis en besluit gebruik te maken van de scholingsfaciliteiten die voor Turkse vrouwen worden aangeboden. Haar echtgenoot is het hier geheel niet mee eens en hij eist dat zij zich volgens de Turkse normen gedraagt. Zij gaat daar absoluut niet mee akkoord. Dit vormt het begin van een onherstelbare breuk tussen de twee echtgenoten. Tenslotte verlaat zij met haar dochter de echtelijke woning. Na enige tijd apart gewoond te hebben, wil de vrouw een vordering tot echtscheiding instellen.

In het nu volgende zal bekeken worden welke vragen optreden indien zij de procedure in Nederland aanhangig maakt, met name volgens welk recht de echtscheiding kan worden uitgesproken en in hoeverre een dergelijke echtscheiding in Turkije zal worden erkend. Tevens komen aan de orde de voorlopige voorzieningen, de alimentatie en gezagsvoorziening na echtscheiding alsmede kwesties van huwelijksvermogensrecht.

* Mevr. mr. B. E. Reinhartz is als universitair docent verbonden aan de afdelingen burgerlijk recht en internationaal privaatrecht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

In dit artikel zal worden uitgegaan van de op 12 mei 1988 in werking getreden Turkse echtscheidingswet.¹

Echtscheiding in Nederland

Bevoegdheid van de rechter

De vrouw zal allereerst moeten bepalen waar zij haar vordering wil instellen. Omdat zij in Nederland woont kan zij dit het makkelijkste bij de Nederlandse rechter doen. Zij moet daarvoor volgens art. 814 Rv een vordering indienen bij de rechtbank van de woonplaats van haar echtgenoot, die ook in Nederland woont.

Toepasselijk recht

Hierna moet bepaald worden volgens welk recht de echtscheiding moet plaatsvinden. Hier stuit zij al op het eerste dilemma. Wanneer zij namelijk een vordering naar Nederlands recht instelt, dan zal deze, of de man het er mee eens is of niet, waarschijnlijk wel worden toegewezen, mits althans de man geen verweer voert. De rechter kan dit als een onweersproken rechtskeuze voor het Nederlandse recht zien, en zo'n keuze wordt dan gevolgd, zie art. 1 lid 4 Wet Conflictenrecht Echtscheiding 1981 (WCE), (Stb. 1981 166).

Voert de man verweer ten aanzien van het toepasselijke recht dan onderzoekt de rechter of partijen, beiden formeel van Turkse nationaliteit, nog een reële maatschappelijke verbondenheid met Turkije hebben, zie art. 1 lid 2 WCE. Juist ten aanzien van de vrouw zal hij hier waarschijnlijk besluiten, dat deze verbondenheid bij haar ontbreekt. Dan zal hij het recht van het gemeenschappelijk woonland, in casu Nederland, toepassen. Voor de vrouw betekent dit dat zij naar Nederlands recht een vordering kan instellen.

1 Het Turks Burgerlijk Wetboek werd op 4 oktober 1926 ingevoerd. Het was, afgezien van een klein aantal afwijkingen, een exacte kopie van de Franstalige versie van de Zwitserse Code Civil. Voor details zie E. Hirsch, Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1976, p. 223-248. Voor de nieuwe tekst in de vertaling van het Internationaal Juridisch Instituut zie de bijlage bij Chr.A.J.F.M. Hensen, Een „Turkse” echtscheiding, in Eenvorming en vergelijkend Privaatrecht, Molengrafica 1988, red. D. Kokkini-Iatridou en F.J.A. van der Velden, Lelystad 1989, p. 303-328.

Erkenning in Turkije?

Zal deze echtscheiding in Turkije worden erkend ?

Echtgenoten hadden hun huwelijk in Turkije laten registreren, zoals bepaald in art. 4 van de Turkse wet op de burgerlijke stand². Dit betekent dat in Turkije in ieder geval vast staat dat het buitenlandse huwelijk bestaat. Het is reeds voldoende dat de ter plaatse van de huwelijksluiting geldende vormen in acht zijn genomen, art. 12 lid 1 van de Turkse ipr-wet nr. 2675, die op 22.11. 1982 in werking is getreden. De registratie vormt een extra bevestiging.³

Nu bewezen is dat er sprake is van een geldig huwelijk kan de erkenning van de echtscheiding in Turkije in principe volgens twee wegen geschieden. Turkije is namelijk partij bij het Verdrag inzake de erkenning van beslissingen inzake de huwelijksband van 1967, en er is een erkenningsregeling in de Turkse ipr-wet. In de praktijk wordt het verdrag bijna nooit meer toegepast sinds de inwerking-treding van de nieuwe wet.⁴

In die wet is een exequatur-procedure voorzien.⁵ Een rechter verleent het exequatur indien volgens art. 42 ipr-wet aan een aantal van de vereisten van artt. 36-38 ipr-wet is voldaan. Een mogelijk probleem bij de verlening van een exequatur zal zijn dat de wederpartij tijdens de procedure in Nederland zich er niet op mag hebben beroepen dat naar Turks recht een ander rechtsstelsel had moeten worden toegepast (art. 38 lid d ipr-wet). Naar Turks recht, art. 13 lid 1 ipr-wet, moet op een echtscheiding waarbij beide partijen de Turkse nationaliteit hebben, Turks recht worden toegepast.⁶ De erkenning van de alimentatiebeslissingen en de tenuit-

2. Wet nr. 1587 van 5 mei 1972, gewijzigd door wet nr. 18449. Voor de nadere inhoud zie IPRax 1985 p. 304.
3. Zie H. Krüger, noot bij Rb. Izmir, 14.10. 1983, E. 83-668/K. 84-647 in IPRax 1985 p 304-305, waar de Rb dit overweegt.
4. Zie S.W.E. Rutten, Internationaal privaatrechtelijke aspecten bij Turkse echtscheidingen in Nederland, Migrantenrecht 1988 p. 227.
5. Strikt genomen gaat het hier om erkenning van de buitenlandse beslissing, omdat executie van een echtscheiding moeilijk denkbaar is. Desondanks is hiervoor in Turkije een exequaturprocedure voorzien. Voor praktische vragen zie Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen; Handleiding voor Hulpverleners, Nederlands centrum Buitenlanders, Utrecht, 1983, p. 31.
6. Zie kamervragen van Soutendijk-van Apeldoorn, nr. 700, Tweede Kamer 1987-1988, Aanhangsel van de Handelingen p. 1549; Migrantenrecht 1988, p. 215-216.

voerlegging ervan wordt beheerst door het Haags verdrag Erkenning en tenuitvoerlegging alimentatie 2.10. 1973.

Gevolgen van niet-erkenning in Turkije

Voor de echtscheiding in de aan het begin van dit artikel voorgelegde casus betekent dit, dat de vrouw bij toepassing van Nederlands recht op haar echtscheiding, een grote kans loopt dat het Nederlandse vonnis in Turkije niet voor erkenning in aanmerking komt, indien de man, zoals boven gezegd, een beroep doet op art. 38 lid d ipr-wet. Dit betekent dat wij te maken krijgen met een zogenaamde hinkende echtscheiding. Partijen gelden dan in Nederland en in alle landen die de Nederlandse echtscheiding erkennen, als gescheiden, en in Turkije en de overige landen nog als gehuwd. Men kan zich voorstellen dat dit in geval van een tweede huwelijk en daaruit voortkomende kinderen bijzonder onaangename gevolgen heeft.

Daarnaast heeft de man in het huwelijk de uiteindelijke beslissingsmacht, zie art. 152 van het Turks Burgerlijk Wetboek (TBW) ten aanzien van woonplaats van de gezinsleden en is hij ten aanzien van de huwelijksgemeenschap tot vertegenwoordiging bevoegd (art. 154 TBW).⁷ Bovendien speelt de man in de praktijk een beslissende rol wat betreft de beschikking over het vermogen van de vrouw. Het wettelijk stelsel van huwelijksgoederenrecht is de algemene scheiding van goederen, art. 170 TBW⁸. De mogelijkheid om huwelijkse voorwaarden te maken is wel gegeven maar hiervan wordt zeer zelden gebruik gemaakt.⁹

7. Opmerkelijk is dat dit artikel nog steeds in het TBW staat, nu het duidelijk in strijd is met de tekst van de nieuwe Turkse grondwet van 1961, herzien in 1982, waar in art. 10 de gelijkheid van man en vrouw is opgenomen, zie Chr. Rumpf, *Unterhaltsleistungen zwischen Ehegatten nach türkischem Recht*, in *RabelsZ* 47 (1983), p. 351, nt. 11. In gelijke zin Ansay in zijn voordracht, gehouden op 10 juni 1988 te Nijmegen op het congres „Echtscheiding-Rechtscheiding, Marokkaanse en Turkse vrouwen tussen twee rechtsstelsels”. Tot nu toe is er nog geen klacht hierover bij het Constitutionele Hof ingediend, aldus Ansay.
8. Dit is een op de islamitische traditie gebaseerde afwijking van het oude Zwitserse systeem van beperkte gemeenschap, de zog. Güterverbindung, zie art. 178 oud ZGB. Zie Rumpf. o.c. p. 355. Sinds 1.1. 1988 geldt de Errungenschaftsbeteiligung als wettelijk stelsel. (art 181 ZGB)
9. Zie Hensen, o.c. p. 315.

Vaak draagt de vrouw het vruchtgebruik van haar vermogen of zelfs de eigendom ervan aan de man over, met de bedoeling op deze wijze haar bijdrage in de kosten van de huishouding te leveren.¹⁰ Als het huwelijk in Nederland ontbonden is maar in Turkije niet, zullen beschikkingsdaden door de man ten aanzien van haar vermogen in Turkije verricht, gewoon geldig zijn, en zij zal daar weinig tegen in kunnen brengen. Er heeft immers geen geldige beëindiging van het huwelijk en van het voor de duur daarvan gevestigde vruchtgebruik op haar vermogen ten bate van de man, plaats gevonden.

Duidelijk is dus, dat voorkomen moet worden, dat er een hinkende echtscheiding ontstaat.

Echtscheiding in Nederland naar Turks recht

Een verstandig alternatief zou zijn als zij gebruik maakt van de in art. 1 lid 2 WCE toegestane keuze voor het gemeenschappelijke Turkse recht. Vereist is natuurlijk wel dat haar echtgenoot met die keuze instemt. In dat geval kan zij een beroep doen op een van de specifieke echtscheidingsgronden die in de artt. 129 tot 133 TBW gegeven zijn (overspel, aanslag op het leven, mishandeling of ernstige belediging van de echtgenoot, het plegen van een ontierend vergrijp of het leiden van een oneerbare levenswandel, kwaadwillige verlaten van minstens drie maanden, ongeneeslijke geestesziekte), of op de in art. 134 TBW genoemde ontwrichting van de huwelijksband, zodat verder samenleven onmogelijk is geworden.¹¹

Naar het nieuwe recht kan ieder der echtgenoten een beroep op deze laatstgenoemde algemene echtscheidingsgrond doen, ook degene aan wie de meeste schuld aan de ontwrichting van het huwelijk kan worden toegerekend. De niet- of minder schuldige partij kan wel

10. Zie Rutten, tap. p. 224. Hiertoe is zij verplicht o.g.v. art 190 TBW.

11. In 1984 vormde dit in 88 % van de gevallen de echtscheidingsgrond. Zie H. Burcuoglu, *Étude critique du droit de divorce de l'Avant-Projet du Code Civil turc de 1984*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé n° 6, *L'évolution récente du droit privé en Turquie et en Suisse, Recueil des travaux présentés aux Journées juridiques turco-suisse, Zürich 1987*, p. 51. In gelijke zin Ansay in bovengenoemde voordracht, die als tweede en derde grond verlaten en overspel noemt. Voorbeelden voor toepassing van deze gronden door de Turkse rechter zie A.H. Nauta, *Turks echtscheidingsrecht*, NIPR 1985, p. 262.

verweer voeren met een beroep op het feit dat de ander de meeste schuld treft. De rechter kan dan de echtscheidingsvordering alleen afwijzen indien het verweer geen misbruik van recht oplevert en het belang van de niet-schuldige echtgenoot en/of dat van de kinderen zich tegen de echtscheiding verzet.

Naar Nederlandse begrippen is opvallend dat de rechter bij het behandelen van de echtscheidingsvordering actief onderzoek naar de waarheid van de gestelde feiten moet instellen, art 150 TBW. Scheiding op grond van de „grote leugen” is dus niet mogelijk. Hij mag feiten slechts als bewezen aannemen als hij zich van de juistheid ervan heeft overtuigd, waarbij hij geen gebruik mag maken van de eed. Verklaringen van partijen zijn niet bindend en er geldt een vrije bewijskracht.¹² Men moet zich realiseren dat wanneer een Nederlandse rechter een echtscheiding naar Turks recht wil uitspreken, hij goed doet zich ook aan deze voorschriften te houden en in zijn vonnis aan te geven dat hij hieraan ook daadwerkelijk heeft voldaan. Als regel zal de Nederlandse rechter dit alleen op verzoek van partijen of van de eiser doen.¹³ Indien hij dit niet doet, lopen partijen toch de kans dat erkenning in Turkije zal worden geweigerd, omdat het Turkse recht niet juist is toegepast.

Voorlopige voorzieningen

De vrouw kan bij het instellen van haar vordering voorlopige voorzieningen vragen. Gedacht kan worden aan een voorlopige voorziening inzake haar levensonderhoud, de toewijzing van de echtelijke woning voor de duur van het geding of een gezagsvoorziening voor hun kind. Nu zij voor de Nederlandse rechter procedeert, bestaat er een kans dat deze op grond van het tijdelijke en spoedeisende karakter van het gevorderde Nederlands recht toepast. Ten aanzien van de echtelijke woning doet hij dit altijd, omdat art. 165 BW en 1623 g lid 5 BW naar Nederlands ipr voorrangregels zijn en de woning in Nederland ligt. Het kan ook zijn dat hij de andere voor-

12. Zie T. Ansay, Zur einverständlichen Scheidung türkischer Eheleute, IPRax 1985 p. 371.

13. Zie J.P. Verheul, De Nederlandse rechtspraak inzake echtscheiding in het internationaal privaatrecht 1970-1972, 's Gravenhage 1972, p. 12-13.

lopige voorzieningen naar Turks recht beoordeelt. Naar Turks recht kan de rechter een bedrag voor het levensonderhoud van de behoeftige partner vaststellen voor de duur van het proces, ongeacht de schuldvraag. Tevens geeft hij indien nodig een oordeel omtrent de positie van de kinderen.¹⁴

De Turkse rechter is tegenwoordig, in tegenstelling tot de tijd vóór de invoering van de nieuwe bepalingen van het TBW, verplicht, ambtshalve de nodige voorzieningen te treffen voor zover dat noodzakelijk is, art. 137 TBW. Het is nog maar de vraag of de Nederlandse rechter ook aan deze werking van art. 137 TBW gebonden is. Dit kan immers ook gezien worden als een processuele kwestie, en de Nederlandse rechter is alleen aan Nederlands procesrecht gebonden.¹⁵

Enkele nevenvorderingen

Naast de vraag naar de echtscheiding zelf spelen natuurlijk ook de bijkomende vorderingen in de praktijk een grote rol. Het gaat hier om vragen naar alimentatie, de voogdij over het kind en de scheiding van een eventuele gemeenschap van goederen.

Boedelscheiding

In Turkije is voor het wettelijk stelsel van huwelijksgoederenrecht gekozen voor de scheiding van goederen op grond van de oude islamitische traditie.¹⁶ Dit betekent dat, als er geen huwelijksvoorwaarden zijn gemaakt waarin enige gemeenschap is bedongen, er slechts scheiding van gemeenschappelijk verworven goed hoeft plaats te vinden.

14. Ansay merkte in zijn voordracht het volgende op: omdat partijen vroeger om deze voorzieningen moesten vragen en het bestaan ervan in Turkije in wijde kringen onbekend was, moest indien de noodzaak ervan bleek, opnieuw geprocedeerd worden, met alle extra kosten van dien.

15. Zie Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands procesrecht, 's Gravenhage 1988, nr. 237.

16. Art. 186 TBW, waarbij niet vergeten mag worden dat de vrouw naar islamitisch recht een aanspraak had op een „mihir”. Dit is een gift door de man die zij krijgt voor het geval dat het huwelijk strandt. Het is de bedoeling dat deze gift haar dan financieel boven water moet houden. Door invoering van het huidige TBW is dit recht vervallen. Voor een vonnis m.b.t. deze materie zie Hensen, o.c. p. 317.

In de praktijk leidt dit ertoe dat de vrouw met lege handen komt te staan na een echtscheiding. Omdat zij zich, conform art. 153 TBW met het huishouden en de opvoeding van de kinderen heeft bezig gehouden, is zij niet in staat geweest haar vermogen te vermeerderen. Een tweede nadeel voor haar financiële positie komt tot stand doordat eventuele vermogensvermeerderingen ten gevolge van de gebruikelijke bestuursoverdracht op grond van art. 186 lid 2 aan haar man zijn afgestaan ten bate van de huishouding. Ingevolge art. 190 lid 2 TBW is het niet mogelijk die bijdragen aan de huishouding van de man terug te vorderen. Indien zij haar vermogen geheel overeenkomstig de traditie aan haar man in eigendom heeft overgedragen, is zij het in het geheel kwijt.¹⁷ Ansay verdedigt dan ook, dat zij slechts bedoeld heeft, het bestuur en daarmee het vruchtgebruik over te dragen en niet het vermogen zelf, zodat via die weg misschien nog enig vermogen te redden is. Zij voldoet hiermee immers aan de plicht van art. 190 lid 1 TBW, die niet meer inhoudt dan het leveren van een passende bijdrage aan het huishouden.

Alimentatie voor de ex-echtgenoot

Zoals reeds eerder gezegd is het recht dat de echtscheiding beërft ook van belang voor de alimentatie voor de echtgenoot, art 8 Alimentatieverdrag.¹⁸ Indien het huwelijk naar Turks recht is ontbonden is het Turkse alimentatierecht van toepassing.

Vóór de invoering van de nieuwe echtscheidingswet was alimentatie niet meer dan een hongerloon. Men had slechts recht op alimentatie als men in armoede verkeerde. Nu heeft een echtgenoot recht op alimentatie mits hij behoeftig is en niet de schuld heeft aan de scheiding. De hoogte van de uitkering hangt af van de draagkracht van de alimentatieplichtige. De lengte is echter niet meer beperkt tot een jaar zoals vroeger.¹⁹

17. Aldus Ansay in zijn rede.

18. Voor de werking van het voorbehoud van art. 15 dat zowel Nederland als Turkije hebben gemaakt, zie hierna.

19. Dit had vroeger vaak tot gevolg dat echtscheidingsprocedures kunstmatig werden verlengd, omdat er, zoals al beschreven in noot 7, tijdens het proces ongeacht de schuld recht op levensonderhoud voor de behoevende echtgenoot bestond. Na het

Curieus is dat een man slechts recht heeft op onderhoud van zijn vroegere echtgenote indien hij behoeftig is en zij in welstand verkeert, dus meer dan voldoende geld ter beschikking heeft om hem te onderhouden (art. 144 TBW). Het is duidelijk dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, maar het illustreert wel heel duidelijk de Turkse mentaliteit.

Vergelijkbaar met de regeling in Nederland kan het alimentatiebedrag bij gewijzigde omstandigheden door de rechter worden herzien, en vervalt het recht op alimentatie door hertrouwen of het gaan samenwonen met een ander, terwijl het recht ook kan vervallen door een oneervolle leefwijze, of indien een der echtgenoten overlijdt. Partijen kunnen van deze bepalingen bij overeenkomst afwijken (art. 143 TBW).

Alimentatie voor kinderen

Op grond van art. 4 Haags alimentatieverdrag beheerst het recht van de gewone verblijfplaats van de alimentatiecrediteur het alimentatiestatuu. Nu de dochter in Nederland woont, is Nederlands recht op de alimentatieaanspraak jegens haar vader van toepassing. Bij verhuizing gaat vanaf dat moment de wet van de nieuwe gewone verblijfplaats de alimentatie beheersen.

Een addertje onder het gras wordt gevormd door het voorbehoud van art. 15 Alimentatieverdrag, dat Turkije heeft gemaakt. Dit heeft tot gevolg dat indien de Turkse vader weer in Turkije gaat wonen de alimentatie voor zijn eveneens Turkse dochter door het Turkse recht beheerst gaat worden, nu het dan een bijna intern Turks geval betreft.

Naar Turks recht bestaat ex art. 315 TBW een onderhoudsplicht voor ouders jegens hun kinderen, indien deze laatsten zonder deze bijdrage in financiële nood zouden komen. De onderhoudsplicht ten behoeve van de kinderen wordt opgelegd tot hun 18e jaar, het tijdstip van hun meerderjarigheid.

vonnis verviel het recht op alimentatie na ten hoogste één jaar. Zie T. Ansay, H. Krüger, Das neue türkische Scheidungsrecht, StAZ 1988 p. 252.

Schadevergoeding

Daarnaast kent het Turkse recht ook een schadevergoeding wegens materieel of immaterieel nadeel dat men door de echtscheiding lijdt, art. 143 TBW. Schadevergoeding kan slechts aan de schuldige echtgenoot worden opgelegd. Bij materieel nadeel kan men denken aan geschade beroeps- of bedrijfsbelangen. In het algemeen schijnt immateriële schadevergoeding voornamelijk in welgestelde kringen voor te komen.²⁰ Het te vergoeden nadeel zou kunnen bestaan in geleden schade aan de goede naam of eer. Deze schadevergoeding kan slechts in een bedrag ineens worden vastgesteld.

Hensen²¹ wijst erop dat de schadevergoedingsregeling een correctie kan vormen op het voor de vrouw zo nadelige wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht, dat de vrouw vaak met lege handen na een scheiding laat staan. Uit de plaatsing van deze regel vóór het art. 144 TBW dat de alimentatie regelt, kan worden afgeleid dat het geen regel van alimentatierecht is en daarom ook niet onder de werking van de Alimentatieverdragen valt. Het is veeleer als een regel van huwelijksvermogensrecht te kwalificeren.

Hertrouwverbod

Het in de oude versie van de echtscheidingswet voorkomende verbod om te hertrouwen voor de duur van één tot twee jaar dat aan de schuldige echtgenoot kon worden opgelegd, art. 142 TBW (oud), is met invoering van de nieuwe bepalingen afgeschaft. De Nederlandse rechter paste het in de regel niet toe met een beroep op de Nederlandse openbare orde.²²

Gezagsvoorzieningen

Zowel voor de bevoegdheid tot het geven van een gezagsregeling, als de vraag naar het toepasselijke recht op de gezagsvoorziening

20. Zie Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen; Handleiding voor hulpverleners, p 41.

21. O.c. p. 319.

22. Zie bijv. Rb. Den Haag 27.10.1987, NIPR 1988 118, Rb. Zutphen 17.9.1987, NIPR 1988 280, Rb. Den Haag 8.12. 1987, NIPR 1988 296. De overeenkomstige bepaling uit het Zwitserse wetboek, daar art. 150 ZGB, is in strijd met art. 12 EVRM geoordeeld door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 19.12. 1987, NJ 1989, 99; NJB 1988, p. 196. Zie ook Hensen, o.c. p. 310.

geeft het Haags verdrag Bescherming minderjarigen 5.10. 1961 het antwoord, nu zowel Nederland als Turkije partij zijn. Indien het kind zoals in casu in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft, is de Nederlandse rechter bevoegd naar Nederlands recht een gezagsvoorziening te geven. Daarnaast is ook de Turkse rechter bevoegd omdat het kind de Turkse nationaliteit heeft. Maar indien de Turkse rechter het voornemen heeft een maatregel ten aanzien van een in Nederland wonend kind uit te vaardigen, moet hij dit voornemen aan de Nederlandse autoriteiten doorgeven, zie art. 4 Haags Kinderbeschermingsverdrag.

Echtscheiding in Turkije

Indien zij nog staat ingeschreven bij het bevolkingsregister van haar laatste woonplaats in Turkije, kan de vrouw ook een echtscheidingsvordering in Turkije instellen²³. De bevoegde rechter in een echtscheidingsprocedure is namelijk de rechter van de woonplaats van de eisende partij, art. 136 Turks Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (TRv). Hoewel procesvertegenwoordiging niet verplicht is, art. 59 TRv, zal zij toch om praktische redenen gebruik maken van een Turkse advocaat. De Turkse rechter zal natuurlijk Turks recht op de echtscheiding toepassen, art. 13 ipr-wet.²⁴

Echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek

Tot slot nog een aantal opmerkingen die het geval betreffen dat echtgenoten in gemeenschappelijk overleg tot echtscheiding besluiten. Onder de oude Turkse echtscheidingswet was dit niet mogelijk, nu de rechter zich er daadwerkelijk van moest overtuigen dat aan een van de echtscheidingsgronden was voldaan. Het instituut van de „grote leugen” werkte dus niet. Indien partijen op die grond in

23. De gehuwde vrouw heeft naar Turks recht een afhankelijke woonplaats. Volgens art. 21 TBW heeft zij haar woonplaats op die van haar echtgenoot. Zie Handleiding voor Hulpverleners, p. 32-33.

24. Voor details betreffende de procedure en het instellen ervan verwijs ik naar het Handboek voor Hulpverleners, p. 32 e.v.

Nederland waren gescheiden, kon het vonnis niet in Turkije erkend worden.²⁵

Door het wettelijk vermoeden van art. 134 lid 3 TBW, dat het huwelijk duurzaam is ontwricht als beide partners echtscheiding wensen, nadat het huwelijk tenminste één jaar heeft geduurd, is echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek feitelijk mogelijk geworden. Voorwaarde is wel dat partijen persoonlijk voor de rechter verschijnen, zodat hij zich van de vrije wil ten aanzien van het besluit kan overtuigen. De rechter is in dit geval niet verplicht conform art. 150 lid 3 TBW een onderzoek naar de ontwrichting van het huwelijk in te stellen. Daarnaast moeten partijen een convenant maken ten aanzien van de financiële gevolgen van hun scheiding en maatregelen treffen ten aanzien van de kinderen. De rechter moet deze afspraken goedkeuren, waarbij hij het recht heeft deze te wijzigen als hij ze onvoldoende vindt. Indien partijen met de wijziging akkoord gaan, staat het uitspreken van de echtscheiding niets meer in de weg.²⁶

25. Zie voor de oude situatie T. Ansay, Zur einverständlichen Scheidung türkischer Eheleute, IPRax 1985, p. 370-371.

26. Zie ook T. Ansay, Het nieuwe Turkse echtscheidingsrecht, HPS 1988 p. 90.

De opgevoerde bromfiets

*B. Pries**

Inleiding

Op het gebied van de verplichte verzekering van motorrijtuigen is er een aantal internationale regelingen. Zo is in het kader van de Raad van Europa een multilateraal verdrag opgesteld¹. Ook de Europese Gemeenschap toont zich actief op dit gebied². Verder hebben de Benelux-landen een eigen verdrag gesloten³. Deze Benelux-overeenkomst heeft, net zoals de beide andere regelingen, tot doel de slachtoffers van verkeersongevallen te beschermen. Bovendien wordt zo getracht om voor de landen uniform recht te scheppen.

Om het doel van de slachtofferbescherming te bereiken kent de Benelux-overeenkomst ondermeer een beperking voor de verzekeraar om zich te kunnen verweren tegen een benadeelde die aanspraak maakt op schadevergoeding⁴. De Europese Conventie kent een soortgelijke beperking⁵. In het nationale Nederlandse recht is de bepaling neergelegd in artikel 11 van de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). In het onderstaande zou ik willen ingaan op de reikwijdte van deze bepaling. Daartoe zal eerst het artikel 11 zelf worden behandeld. Daarna bespreek ik de over

* B. Pries studeert aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. De Europese Conventie inzake de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen van 20 april 1959, United Nations Treaty Series 1970, p. 119, no. 10345.
2. Europese richtlijnen betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen van 24 april 1974, Pb. 1972, L 103 en 30 december 1983, Pb. 1984, L 8/17.
3. De Benelux-overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen van 24 mei 1966, Trb. 1966, 178.
4. Artikel 11 van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-overeenkomst.
5. Artikel 9 van het Annex I behorende bij de Conventie

dit onderwerp gewezen jurisprudentie. Tot slot probeer ik tot een conclusie te komen.

Artikel 11 WAM

De eerst zin van artikel 11 WAM luidt:

„Geen uit de wettelijke bepalingen omtrent de verzekeringsovereenkomst of uit deze overeenkomst zelf voortvloeiende nietigheid, verweer of verval kan door een verzekeraar aan een benadeelde worden tegengeworpen.”

De WAM maakt met deze bepaling een inbreuk op het gemene verzekeringsrecht. De verzekeraar kan zich met name niet beroepen op artikel 251 K. De verkeerde opgave of verzwijging door de verzekeringnemer leidt weliswaar tot nietigheid (lees: vernietigbaarheid) van de verzekeringsovereenkomst, maar de verzekeraar is niettemin verplicht aan de benadeelde uit te keren. Uitkering blijft wel achterwege als er in het geheel geen verzekeringsovereenkomst gesloten is.

De verzekeringsovereenkomst

Voor de werking van artikel 11 WAM is het nodig dat er een verzekeraar is die via artikel 6 WAM door de benadeelde kan worden aangesproken. Er moet een verzekeringsovereenkomst tot stand zijn gekomen ten aanzien van het voertuig dat de schade heeft veroorzaakt. Zo niet, dan is er geen aansprakelijkheid van de verzekeraar⁶.

Hieronder volgt de behandeling van een serie uitspraken over een casus waarin de verzekeraar aanvoerde dat er geen overeenkomst tot stand was gekomen.

Feiten

Op 1 juni 1977 heeft de verzekeringsmaatschappij W een verzekeringsbewijs afgegeven aan H. Het verzekeringsbewijs dekt tot 1 maart 1978 de wettelijke aansprakelijkheid voortvloeiend uit het

6. Zie bijvoorbeeld AG Berger, conclusie punt 9 en 10, VR 1988, 43 en Rechtbank Assen 6 maart 1973, VR 1973, 124.

gebruik van een bepaalde bromfiets (een Kreidler Florett) in het verkeer.

Vervolgens verkoopt H de bromfiets aan S. De verzekering dekt nu de wettelijke aansprakelijkheid van de koper S. Deze veroorzaakt op 5 juli 1977 met de bromfiets een aanrijding met een personenauto. Het blijkt, dat de Kreidler op dat moment niet als „bromfiets” in de zin van de WVV aangemerkt kan worden. De Kreidler is namelijk opgevoerd, de cilinderinhoud bedraagt meer dan de toegestane 50 cm³. Bovendien ontbreken de wettelijk voorgeschreven trappers. Onduidelijk is, of de veranderingen aan de bromfiets voor of na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst tot stand zijn gekomen.

De schade die als gevolg van het ongeval aan de zijde van de personenauto ontstaat, wordt door de verzekeringsmaatschappij G vergoed. In verband hiermee treedt G in de rechten van de benadeelde, de bestuurder van de personenauto.

Geschil

G spreekt W als verzekeraar van de Kreidler direct aan. Dit is mogelijk op grond van artikel 6 WAM, dat de benadeelde een eigen recht geeft tegenover de verzekeraar van de tegenpartij. In geschil is, of W al dan niet gehouden is, de schade aan de personenauto te vergoeden.

Verzekeraar W wijst iedere aansprakelijkheid van de hand nu de verzekering een bromfiets betrof en de schade niet door een bromfiets is veroorzaakt. Het voertuig moet volgens W als een „motorfiets” in de zin van WVV beschouwd worden. Een verzekeringsovereenkomst is - in het geval de Kreidler al voor het aangaan van de overeenkomst was opgevoerd - nooit tot stand gekomen, dan wel opgehouden te bestaan op het moment dat de bromfiets veranderde in een motorfiets.

Nadere beschouwing van het geschil

Een identiek geval is ook in een andere procedure aan de orde geweest, te weten Rechtbank 's-Gravenhage 27 januari 1982 en Hof 's-Gravenhage 20 januari 1983, VR 1983, 58. Ook hier was de aan-

rijding veroorzaakt door een opgevoerde bromfiets, ditmaal een Yamaha, die was verzekerd bij dezelfde verzekeraar W. Zowel de rechtbank als het hof maakten in dit geval een onderscheid tussen de volgende twee situaties:

1. de bromfiets was al ten tijde van het sluiten van de WA-verzekering opgevoerd;
2. de veranderingen hebben eerst plaatsgevonden na de totstandkoming van de overeenkomst.

Om met de tweede situatie te beginnen: op het moment van het aangaan van de verzekering voldoet de bromfiets aan alle wettelijke vereisten en loopt de verzekeringsmaatschappij het gewone bijbehorende risico. Er is een overeenkomst tot stand gekomen. Daarna komen eventuele veranderingen aan de bromfiets en de daarmee gepaard gaande risicoverzwaaring volgens de heersende leer voor risico van de verzekeraar⁷. Eventuele vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 251 K kan gezien artikel 11 WAM niet aan de benadeelde worden tegengeworpen.

Ook in de eerste situatie zal de verzekeraar naar het oordeel van de rechtbank en het hof tot uitkering moeten overgaan. De verzekeraar verweert zich door te stellen, dat de schade is veroorzaakt door een onverzekerd voertuig. Immers, het voertuig voldoet niet aan de wettelijke vereisten die aan een bromfiets gesteld worden en is derhalve als motorfiets aan te merken. Daarvoor is geen verzekering afgesloten.

Dit verweer strandt volgens rechtbank en hof op artikel 11 WAM. Het voertuig is in het verzekeringsbewijs met een bepaald frame-nummer en verzekeringsplaatnummer aangeduid. Deze nummers komen overeen met de nummers van het voertuig dat de aanrijding heeft veroorzaakt. Ten aanzien van dat voertuig is er een overeenkomst tot stand gekomen, of er nu wijzigingen aan zijn aangebracht of niet.

Dit laatste valt niet direct in te zien. De verzekeringsmaatschappij voert aan dat er bij gebrek aan wilsovereenstemming geen overeenkomst tot stand is gekomen. Dit verweer is logisch gespro-

7. Zie bijvoorbeeld P.L. Wery, Hoofdzaken van het verzekeringsrecht, zesde druk, Deventer 1984, p. 49.

ken niet te verwerpen door een beroep te doen op artikel 11 WAM, dat pas werking heeft als er een overeenkomst is. Het hof heeft een overeenkomst zondermeer aangenomen. Blijkbaar is het voor het bestaan van de overeenkomst voldoende, dat het verzekerde en het schadeveroorzakende voertuig één en hetzelfde voorwerp zijn.

Aan de ene kant zie ik in dat het aantrekkelijk is om in de twee situaties niet tot een verschillende uitkomst te komen, al was het maar om bewijsproblemen te voorkomen. Aan de andere kant kan ik mij goed voorstellen dat de verzekeraar W aan de procedure voor de Haagse rechtbank en het hof een ontevreden gevoel heeft overgehouden. We zullen nu zien of hij in de procedure over de Kreidler meer succes heeft gehad.

Rechtbank Amsterdam beslist anders⁸

De rechtbank is van oordeel, dat nu ten tijde van de aanrijding de Kreidler niet meer voldeed aan de omschrijving van het verzekerde object in het verzekeringsbewijs, daarmee de aansprakelijkheid van W is komen te vervallen. Dit geldt te meer omdat de verzekeringsmaatschappij door de wijzigingen aan de bromfiets een groter risico loopt. De vraag wanneer precies de wijzigingen zijn aangebracht - voor of na de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst - noch het feit dat de wijzigingen eenvoudig weer ongedaan gemaakt konden worden doen ter zake.

Hof Amsterdam volgt rechtbank⁹

Het hof sluit aan bij de overwegingen van de rechtbank: er bestaat geen wilsovereenstemming over het verzekerde object en het daarbij behorende risico. Derhalve is de Kreidler op het moment van de aanrijding niet verzekerd geweest.

Het is opvallend dat de rechtbank en het hof het in het geval van de Yamaha gemaakte onderscheid weten te omzeilen. Dit is te verklaren uit het feit dat het al dan niet bestaan van een verzekeringsovereenkomst wordt beoordeeld naar het moment van de aanrijding en niet naar het moment van het sluiten van de overeen-

8. 3 maart 1982, opgenomen in VR 1984, 136

9. 7 juni 1984, VR 1984, 136

komst¹⁰. Er wordt geconstateerd dat op het moment van de aanrijding het voertuig in ieder geval als onverzekerd moet worden beschouwd.

Door het verleggen van het toetsingsmoment is het van geen belang meer of de bromfiets nu voor of na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst is opgevoerd. Ook artikel 11 WAM komt niet aan de orde, er is immers geen overeenkomst.

Het cassatieberoep¹¹

Het cassatiemiddel volgt de lijn van de Rechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam in de zaak met de opgevoerde Yamaha. De Hoge Raad moet nu uitmaken of het door de verzekeraar gevoerde verweer nu wel of niet onder de werking van artikel 11 WAM valt, met andere woorden of de weg van de Yamaha of van de Kreidler gevolgd moet worden. Dit is een vraag naar de uitleg van het artikel.

Artikel 11 WAM is de Nederlandse uitwerking van artikel 11 Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheids-verzekering inzake motorrijtuigen van 24 mei 1966¹². De uitleg van deze Gemeenschappelijke Bepalingen is opgedragen aan het Benelux-Gerechtshof (BenGH)¹³. Het middel is daarom voor de Hoge Raad reden om aan het BenGH een prejudiciële beslissing te vragen.

De vraag aan het BenGH

Het BenGH krijgt de volgende vraag voorgelegd:

„Kan de verzekeraar die een overeenkomst sluit ter dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaalde - met merk, bouwjaar en framenummer aangeduide - bromfiets in het verkeer aanleiding kan geven, aan de benadeelde tegenwerpen dat dit op het tijdstip van het sluiten van de verzekering

10. Zie overweging 4.10 van het hof.

11. Hoge Raad 23 mei 1986, NJ 1986, 656; VR 1987, 81

12. Zie noot 3.

13. Zie het aanvullend protocol.

geen bromfiets was of dat dit voertuig deze hoedanigheid op een later tijdstip voor de aanrijding heeft verloren?”

Ook van Belgische zijde is aan het BenGH een vraag voorgelegd. Het betrof hetzelfde probleem en de procedure leidde tot dezelfde uitkomst. De uitspraak in de beide procedures wordt dadelijk behandeld. Eerst zou ik de conclusie van de Belgische A-G Krings willen bespreken¹⁴.

Krings maakt een onderscheid tussen verweren die betrekking hebben op het bestaan van de verzekeringsovereenkomst en verweren die verband houden met de verplichtingen van partijen die uit een bestaande verzekeringsovereenkomst voortvloeien. Zijns inziens moet het Benelux-Gerechthof als algemene regel formuleren, dat de eerstgenoemde verweren wel aan de benadeelde kunnen worden tegengeworpen, maar de als tweede genoemde niet. Of een in casu gevoerd verweer tot de eerste of tweede categorie behoort, is een vraag voor de nationale feitenrechter.

Het betoog van Krings komt mij juridisch het meest juist voor, hoewel de kwalificatie van een verweer in de praktijk nog wel problemen kan opleveren. Dat er ook andere overwegingen een rol kunnen spelen blijkt uit de beslissing van het BenGH.

De prejudiciële beslissing¹⁵

Het BenGH begint met te overwegen, dat uit de verdragsgeschiedenis blijkt, dat bij het opstellen van het verdrag een zo effectief mogelijke bescherming van de verkeersslachtoffers zwaarder heeft gewogen dan het belang van de verzekeraars om de risico's welke zij overnemen te kunnen begrenzen. Om de slachtofferbescherming zo goed mogelijk te realiseren wordt door het verdrag inbreuk gemaakt op de nationale rechtsorde van de betrokken landen. Bij de uitleg van de bepaling dient met deze intentie van het verdrag rekening te worden gehouden.

Vervolgens erkent het BenGH, dat aan de aansprakelijkheid van de verzekeraar een verzekeringsovereenkomst ten grondslag moet

14. BenGH 19 februari 1988, NJ 1988, 608.

15. BenGH 15 februari 1988, NJ 1988, 607 m.n. W.C.L. van der Grinten; VR 1988, 43 m.n. H.A. Bouman

liggen ten aanzien van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt. Aansluitend overweegt het BenGH:

„dat evenwel, gelet op het voorgaande, aan het aannemen ten opzichte van de benadeelde van het bestaan van een verzekering als bedoeld in art. 6 par. 1 (Gemeenschappelijke Bepalingen) niet in de weg staat de omstandigheid dat in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde de verzekeringsovereenkomst naar de regels van het gemene recht niet geldig is, en evenmin de omstandigheid dat deze verzekeringsovereenkomst onvoldoende dekking geeft (...);”

De overeenkomst wordt dus, hoewel die in de verhouding verzekeraar - verzekerde niet geldt, toch geacht te bestaan in de verhouding verzekeraar - benadeelde, om zo de benadeelde de bescherming te kunnen geven die artikel 11 biedt.

Uit deze overwegingen volgt, dat de vraag van de Hoge Raad ontkennend moet worden beantwoord. Aan de benadeelde kan niet worden tegengeworpen, dat een in het verzekeringsbewijs duidelijk geïdentificeerd voertuig niet of niet meer aan de wettelijke kwalificatie „bromfiets” voldoet.

Wel is een beroep mogelijk op een geldige beëindiging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 12 van de Gemeenschappelijke Bepalingen. Dit artikel stelt de eis, dat de verzekeraar aan een bepaalde instantie de beëindiging van de overeenkomst meldt. Dit betekent, dat de verzekeraar moet weten, dat de bromfiets opgevoerd is. Voor ons geval is het artikel 12 derhalve van weinig betekenis.

Tot slot de Hoge Raad¹⁶

De Hoge Raad doet de zaak verder zelf af. Het arrest van het Hof Amsterdam en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam worden vernietigd; de verzekeraar W wordt veroordeeld tot betaling van de schade, rente en kosten.

16. 3 juni 1988, NJ 1988, 806

Is de zaak hiermee afgedaan?

Door het creëren van een fictieve overeenkomst lost het BenGH een aantal problemen op. Het raakt niet verstrikt in de inconsistentie van de redenering die het Hof 's-Gravenhage volgt, maar komt wel tot het gewenste resultaat. Toch staat naar mijn mening de deur voor de verzekeraars nog op een kier. De vraag die het BenGH heeft beantwoord is nauw verbonden met het voorgelegde feitencomplex. Verandering van dat feitencomplex lijkt wellicht ook tot verandering van de uitkomst van een procedure.

Ik denkt dan aan het geval dat het object van de verzekering, het motorrijtuig, in de verzekeringsovereenkomst niet voldoende is geïdentificeerd, dan wel er geen wilsovereenstemming bestaat ten aanzien van het verzekerde object. Alsdan zijn het verzekerde en het schadeveroorzakende motorrijtuig niet een en hetzelfde voorwerp.

Een dergelijke casus is al eens onderwerp van een procedure geweest voordat het BenGH de uitspraak deed, te weten Hof Amsterdam, 11 juni 1976, VR 1977, 69. De feiten zijn als volgt. De schade wordt veroorzaakt door een Opel-Kadett met een ander kenteken dan op het verzekeringsbewijs is vermeld. Dit verschil is het gevolg van het foutief invullen van het aanvraagformulier. De verzekeringnemer heeft nimmer de bedoeling gehad een andere auto te verzekeren dan zijn eigen auto, de auto waarmee de aanrijding is veroorzaakt.

Het hof overweegt, dat voor de totstandkoming van de overeenkomst het nodig is, dat het te verzekeren motorrijtuig voldoende is geïndividualiseerd. Het kenteken is hiervoor bij uitstek geschikt. Nu de kentekens op de auto en het verzekeringsbewijs niet overeenstemmen, constateert het hof dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen. Het in artikel 11 WAM bepaalde doet hier niet aan af, „aangezien deze wetsbepaling niet de strekking heeft een aansprakelijkheid te scheppen waar in het geheel geen verzekering bestaat noch ook heeft bestaan”¹⁷.

Mijns inziens laat de uitspraak van het BenGH voldoende ruimte

17. Zie de een na laatste overweging op p. 201 VR 1977, 69.

om de beslissing inzake de Opel-Kadett in stand te laten. De vraag die het BenGH heeft beantwoord is er op gebaseerd, dat het voorwerp van de verzekering voldoende is geïndividualiseerd. Ook het BenGH gaat er van uit, dat er met betrekking tot het schadeveroorzakende voertuig een verzekering moet bestaan. Is de verzekering afgesloten ten aanzien van een ander voertuig, dan zou het BenGH wel eens anders kunnen oordelen.

Dit betekent niet dat de benadeelde met lege handen blijft staan. Hij kan de bestuurder die de schade veroorzaakte aanspreken of een beroep doen op het Waarborgfonds, dat onder andere in het leven is geroepen om schade veroorzaakt door onverzekerde voertuigen te vergoeden.

Zou de rechter het verschil in feiten inderdaad anders beoordelen, dan zou dit mijns inziens geen goede ontwikkeling zijn. Wordt de slachtofferbescherming eenmaal op de voorgrond geplaatst, dan mag het voor de benadeelde geen verschil uitmaken of de tegenpartij nu met een verkeerd kenteken of met een opgevoerde motor rondrijdt.

Het is evenwel ook goed mogelijk, dat het BenGH dit geval wel begrijpt onder de gevallen dat er in de verhouding tussen verzekeraar en benadeelde een verzekeringsovereenkomst moet worden aangenomen. Nadere jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen.

Conclusie

Het BenGH bewandelt een eigen weg bij de uitleg van artikel 11 Gemeenschappelijke Bepalingen. Door de beslissing van het BenGH wordt de slachtofferbescherming recht gedaan. Of ook andere casusposities dan het voorgelegde geval op dezelfde bescherming kunnen rekenen is nog een open vraag. Naar mijn mening zou de jurisprudentie zich wel in die richting moeten ontwikkelen.

Iets over afgeleide schade bij onrechtmatige verwonding

*A. Rigutto**

Een Duitse casus

Een chirurg, fungerend hoofd van de chirurgische afdeling van een provinciaal ziekenhuis, verwijdert bij een minderjarig meisje haar, naar achteraf blijkt, enige nier. Het meisje wordt voor een dialysebehandeling overgebracht naar een universiteitskliniek. Op aandringen van de artsen van deze kliniek doneert de moeder van het meisje een nier ten behoeve van haar dochter. In de procedure die het meisje, tredend in de rechten van haar moeder, aanspant tegen de provincie, de beheerder van het ziekenhuis, staat vast dat de gedraging van de chirurg jegens het meisje onrechtmatig was¹. De hier te beantwoorden vraag is, of het meisje met succes een verklaring voor recht kan vorderen dat de provincie gehouden is haar moeder alle toekomstige uit de donatie van de nier voortvloeiende materiële schade te vergoeden.

Komt aan personen die tengevolge van aan een ander toegebracht letsel schade lijden, een eigen vorderingsrecht jegens de laedens toe? Aanspraken op schadevergoeding in geval van onrechtmatige letseltoebrenging dienen, onder het regime van het huidige BW, te worden beoordeeld aan de hand van artikel 1407 BW. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

„Moedwillige of onvoorzichtige kwetsing of verminking van enig deel des ligchaams geeft aan den gewonde het regt om, behalve de vergoeding der kosten van herstel, ook die der schade, door de kwetsing of verminking veroorzaakt, te vorderen.”

* A. Rigutto studeert aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Eventuele contractuele aansprakelijkheid van de chirurg jegens het meisje blijft hier buiten beschouwing. Het is ook in de Nederlandse praktijk geenszins ondenkbaar dat een arts slechts uit onrechtmatige daad door een door hem verwonde patiënt kan worden aangesproken: vgl. Onrechtmatige Daad VIII (I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam) no. 35.

Artikel 1407 BW: interpretatie door de Hoge Raad

De Hoge Raad geeft aan (het eerste lid van) artikel 1407 BW de striktst mogelijke uitleg. In een arrest van 1936² besliste de Raad „dat evenvermeld artikel van het B.W. ingeval van toebrengen van lichamelijk letsel door opzet of schuld de vordering tot vergoeding van schade uit dien hoofde *alleen aan den gewonde geeft, welke bijzondere regeling treedt in de plaats van hetgeen anders naar de gewone regelen des rechts in dit opzicht zou gelden*” (cursivering van mij, AR.). Daarbij komt alleen schade van de gewonde zelf, door hem in eigen vermogen geleden, voor vergoeding in aanmerking³. Deze uitleg van artikel 1407 BW heeft de HR ook in latere arresten⁴ steeds gehandhaafd.

De door de HR in het arrest van 1936 geformuleerde regel berust op *uitleg* van artikel 1407 BW⁵, en is dus, anders dan Meijers blijkens zijn noot onder het arrest nog meende, geen uitwerking van de relativiteitsleer⁶. Dit brengt met zich, dat anderen dan de gewonde (derden) zelfs geen vergoeding van voor hen uit de verwonding voortvloeiende schade kunnen vorderen indien zij aantonen dat een bepaalde letsel veroorzakende onrechtmatige gedraging ook jegens hen onrechtmatig is⁷.

Belangrijk bezwaar tegen het onthouden van een eigen vorderingsrecht aan derden is dat zij, tenzij hun een wettelijk of contractueel verhaalsrecht toekomt op grond waarvan zij alsnog verhaal kunnen halen op de laedens, voor eventuele vergoeding van de door hen geleden schade volledig afhankelijk zijn van de gewonde.

In de praktijk poogt men de schade van derden, die een wettelijk of contractueel verhaalsrecht ontberen, veelal op de laedens te verhalen door, gebruik makend van bepaalde juridische construc-

2. HR 2 april 1936; NJ 1936, 752 (Crasborn/Liverpool).

3. Vgl. C.H.J. Brunner, Verhaalbaarheid van letsel schade, Verkeersrecht, 1975, blz. 209.

4. HR 10 januari 1958; NJ 1958, 79; HR 15 februari 1963; NJ 1964, 423; HR 16 juni 1972; NJ 1972, 375; HR 12 december 1986; NJ 1987, 958 (Lapinus/Poly).

5. In deze zin o.m. A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, dissertatie, Utrecht, 1965, no. 198.; F.J. de Jong, preadvies NJV 1940, blz. 31.

6. Vgl. de noot van E.M. Meijers onder HR 2 april 1936; NJ 1936, 752, blz. 1220.

7. Vgl. Onrechtmatige Daad II C (G.J. de Groot/A.R. Bloembergen), no. 356, en de daar aangehaalde literatuur.

ties, de schade van derden te herleiden tot schade van de gewonde⁸. Men bereikt dit bijvoorbeeld, door de uitgaven van de derde aan te merken als een aan de gewonde verstrekt voorschot. De gewonde, die door de derde kan worden aangesproken tot terugbetaling van dit voorschot, draagt in een dergelijk geval uiteindelijk de door de derde gemaakte kosten, en kan deze kosten dus als eigen schade op de laedens verhalen⁹. Bij gebruik van dergelijke juridische constructies blijft de derde voor de uiteindelijke vergoeding van zijn schade afhankelijk van de gewonde: alleen de gewonde kan vergoeding van de (mede door de derde geleden) schade vorderen, en insolventie van de gewonde, of diens weigering het ontvangene af te dragen¹⁰, komen voor risico van de derde. Gebruik van de hier bedoelde constructies biedt bovendien niet steeds uitkomst: niet alle door derden geleden schade kan tot schade van de gewonde worden herleid¹¹.

De door de HR aan artikel 1407 BW gegeven uitleg beperkt derden „slechts” in hun mogelijkheden, vergoeding van de voor hen uit de verwonding voortvloeiende schade te vorderen. Uit een arrest uit 1958¹² valt af te leiden, dat artikel 1407 BW derden volgens de HR niet belet, vergoeding te vorderen van voor hen uit de bij de letsel veroorzakende gebeurtenis ontstane zaakschade. En in een recent arrest besliste de Raad, dat artikel 1407 BW derden niet belemmert in hun recht, stopzetting van het letselschade veroorzakend handelen te vorderen¹³.

8. Vgl. P.C. Knol, Vergoeding van letselschade volgens huidig en komend recht, Zwolle 1986, blz. 23.
9. Zie voor een uitgebreide bespreking van mogelijke verhaalsconstructies A.R. Bloembergen, t.a.p. noot 5, no. 200 ev., alsmede C.H.J. Brunner, t.a.p. noot 3, blz. 209 ev.
10. Vgl. A.R. Bloembergen, t.a.p. noot 5, no. 202.
11. Zie voor gevallen waarin derden eigen, moeilijk tot schade van de gewonde herleidbare schade lijden o.m. C.H.J. Brunner, t.a.p. noot 3, blz. 210 ev. alsmede A.R. Bloembergen, t.a.p. noot 5, no. 200 ev.
12. HR 10 januari 1958; NJ 1958, 79. De gevorderde vergoeding voor bij het letsel veroorzakende ongeval onbruikbaar geworden verf en kwasten werd door de Hoge Raad toegekend.
13. HR 12 december 1986; NJ 1987, 952 (Lapinus/Poly). Dat de HR zijn strikte leer, ondanks de kenbare wil van de wetgever, derden onder omstandigheden een eigen aanspraak op schadevergoeding te geven, nog in een arrest van 1987 heeft gehandhaafd valt m.i. mede te verklaren uit het feit dat het arrest betrekking had

Terug naar de casus. Het moge duidelijk zijn, dat de door de HR ontwikkelde 1407-leer aan toewijzing van de door het meisje ingestelde vordering in de weg staat. De verwonding van het meisje is in de casus de centrale gebeurtenis; de schade van de moeder vloeit rechtstreeks voort uit de onrechtmatige verwonding van het meisje. Het meisje is dus in deze casus als „gewonde” te beschouwen, de moeder als een derde, wier (toekomstige) schade voortvloeit uit de verwonding van haar dochter. Volgens de leer van de HR komt in een dergelijk geval alleen het meisje een eigen vordering tot schadevergoeding jegens de laedens toe; de moeder heeft geen eigen vorderingsrecht jegens de laedens, en dient een dergelijk recht ook niet via de omweg van een verklaring voor recht te kunnen verwerven.

Het gebruik van een voorschotconstructie biedt evenmin uitkomst, nu een dergelijke constructie derden geen eigen aanspraak op schadevergoeding jegens de laedens kan geven: de regel dat alleen de gewonde vergoeding van uit de verwonding voortvloeiende schade kan vorderen, wordt door het gebruik van juridische constructies als de boven in hoofdlijnen geschetste voorschotconstructie, niet doorbroken.

Een mogelijke verklaring voor de strikte uitleg van art. 1407 BW

De strikte uitleg die de Hoge Raad aan artikel 1407 BW geeft, vindt zijn verklaring mogelijk in de overwegingen die de wetgever er toe hebben geleid, de artikelen 1406-1408 BW in 1833 in de wet op te nemen. Deze bepalingen, die noch in de Code Civil, noch in het BW van 1830 voorkwamen¹⁴, en waarin een nadere uitwerking van de algemene bepalingen inzake de onrechtmatige daad is neergelegd, zijn blijkens de Memorie van Toelichting in de wet opgenomen „omdat, bij gebreke daarvan, alles aan de willekeur van den regter

op vergoeding van bedrijfsschade, een schadesoort die volgens de wetgever ook naar komend recht uitdrukkelijk van vergoeding moet worden uitgesloten. Vgl. MvT op artikel 6.1.9.11a NBW, Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 17 541, no. 3, blz. 28. Vgl. hierover A.R. Bloembergen, Artikel 6.1.9.11a Nieuw BW, het nieuwe artikel 1407, NJB 1982, blz. 1081.

14. De bepalingen zijn ontleend aan het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Vgl. J.C. Voorduin, Geschiedenis en beginselen der Nederlandse Wetboeken, Utrecht, 1838, deel V, blz. 85.

wordt overgelaten”¹⁵ terwijl „bij mangel van wettelijke bepalingen, de gevoelens van den rechter zouden uiteenlopen; en hoe onontbeerlijk het derhalve zij, dat de wetgever zich dienaangaande verklare.”¹⁶.

De wetgever heeft dus, door in de artt. 1406-1415 BW zelf op een aantal punten een nadere uitwerking te geven aan de algemene bepalingen inzake onrechtmatige daad, de rechter uitdrukkelijk een deel van zijn beslissingsvrijheid willen ontnemen. Gelet hierop, past de rechter uiterste terughoudendheid bij de interpretatie van de artt. 1406-1415 BW, dient hij zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de tekst van de wet, en, indien deze in bepaalde gevallen geen uitsluitsel biedt, bij de (uit de wetshistorie kenbare) bedoelingen van de wetgever, aldus mogelijk de redenering van de Hoge Raad. Meer specifiek voor artikel 1407 BW: de wetgever heeft aanspraken op schadevergoeding nadrukkelijk slechts aan de gewonde willen toekennen (de strekking van artikel 1407 BW is, aldus de regering, „te bepalen, aan wien het vragen van schadevergoeding toekomt, en op welke wijze de schade moet worden gewaardeerd”¹⁷ en heeft de rechter op dit punt dus de vrijheid, anders te beslissen, ontnomen.

Is de boven weergegeven redenering inderdaad die van de Hoge Raad, dan is verklaarbaar waarom derden, voor wie uit een zaakschade veroorzakende gebeurtenis schade voortvloeit, anders dan derden wier schade voortvloeit uit een letselschade veroorzakende gebeurtenis, wel vergoeding van hun schade kunnen vorderen, indien zij aantonen dat de schade veroorzakende gebeurtenis ook jegens hen onrechtmatig is¹⁸. De wetgever heeft immers de kring van tot schadevergoeding gerechtigden bij zaakschade, anders dan bij letselschade, niet bij voorbaat uitdrukkelijk beperkt. De rechter is bij zaakschade dan ook vrij, aan de hand van de algemene criteria van causaliteit en relativiteit, zelf te bepalen of door derden gele-

15. J.C. Voorduin, t.a.p. noot 14, blz. 85.

16. J.C. Voorduin, t.a.p. noot 14, blz. 88.

17. J.C. Voorduin, t.a.p. noot 14, blz. 93.

18. Vgl. voor de mogelijkheid voor derden, vergoeding van voor hen uit een zaakschade veroorzakende gebeurtenis voortvloeiende schade te vorderen HR 1 juli 1977; NJ 1978, 84 (Gasbuis). Zie voor een interessante uitspraak over dit arrest H.K. Köster bij F. Bruinsma, Cassatierechtspraak in civiele zaken, dissertatie, Utrecht, 1988, blz. 91.

den schade voor vergoeding in aanmerking komt, een vrijheid die hem door de wetgever bij letselschade uitdrukkelijk is ontnomen.

De HR kiest voor een uitleg van artikel 1407 BW die recht doet aan het uit de wetsgeschiedenis kenbare doel van deze bepaling: het vergroten van de rechtszekerheid omtrent de kring van tot schadevergoeding gerechtigden bij onrechtmatige verwonding. Een andere lezing van artikel 1407 BW is echter mogelijk. De tekst van deze bepaling verzet zich er niet tegen, haar zo te lezen, dat zij slechts een regeling inhoudt van de soorten schade waarvan de gewonde vergoeding kan vorderen, een regeling, die aanspraken van derden onverlet laat. Derden zouden bij een dergelijke lezing van artikel 1407 BW hun schade op voet van artikel 1401 BW (mits aan de vereisten daarvoor is voldaan) van de laedens kunnen vorderen. Een dergelijke lezing zou geen recht doen aan de door de wetgever in de toelichting op artikel 1407 BW gemaakte opmerkingen, maar ik vraag mij af, of een anderhalve eeuw oude toelichting van beslissende invloed moet zijn op de interpretatie van enige wettelijke bepaling; wellicht kan hier, met een variatie op Nieuwenhuis¹⁹ gezegd worden, dat de wettekst, en niet de toelichtende stukken zijn in 1838 wet geworden zijn, zodat deze opmerkingen m.i. niet aan een alternatieve lezing van artikel 1407 BW in de weg hoeven te staan.

Dat de HR artikel 1407 BW ooit op bovengeschetste wijze zal gaan interpreteren, acht ik intussen onwaarschijnlijk, nu de wetgever in 1982, met soortgelijke argumenten als de wetgever van 1833, een bepaling in het NBW heeft opgenomen waarin een limitatieve opsomming wordt gegeven van de gevallen waarin derden een vordering tot vergoeding van voor hen uit een onrechtmatige verwonding voortvloeiende schade toekomt (artikel 6.1.9.11a NBW, waarover hierna).

De HR komt met zijn uitleg van artikel 1407 BW tot een scherpe begrenzing van de kring van tot schadevergoeding gerechtigden bij onrechtmatige verwonding: personen die tengevolge van aan een ander toegebracht letsel schade lijden, hebben in beginsel geen

19. J.H. Nieuwenhuis, Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel, preadvies voor de vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1987, blz. 12.

eigen vorderingsrecht jegens de laedens. Het Duitse Bundes Gerichtshof (BGH) bewandelt de andere hierboven geschetste weg: derden hebben een eigen aanspraak op schadevergoeding jegens de laedens, indien de letselschade veroorzakende gebeurtenis ook jegens hen een onrechtmatige daad oplevert. De bezwaren die aan deze oplossing kleven, komen aan de orde in een bespreking van de door het BGH n.a.v. de in de aanhef weergegeven casus gedane uitspraak. Maar alvorens in te gaan op de voor en nadelen van de visie van het BGH, verdient nog een door Meijers gemaakte, en door Langemeijer verder uitgewerkte opmerking onze aandacht.

Een tweede „correctie Langemeijer”

In zijn noot onder het arrest van 1936 gaf Meijers²⁰, ter onderbouwing van zijn stelling dat de door de HR geformuleerde regel een uitwerking is van de relativiteitsleer, een voorbeeld van een geval waarin derden, voor wie uit een letselschade veroorzakende gebeurtenis schade voortvloeit, de laedens tot vergoeding van die schade zouden moeten kunnen aanspreken: „Wanneer bij een botsing tussen twee auto's de eene bestuurder door de schuld van den ander een stuk glas in het oog krijgt, daardoor zijn stuur verliest en goederen beschadigt, kunnen dan degenen, wier goederen beschadigd zijn, niet een vordering instellen tegen degene, door wiens schuld deze schade ontstaan is?”

Volgens Langemeijer²¹, die de door de HR in 1936 geformuleerde regel *niet* als een uitwerking van de relativiteitsleer ziet, moeten de derden in het door Meijers gegeven voorbeeld, met opzijetting van de door de HR geformuleerde regel, vergoeding van hun schade kunnen vorderen, nu de verwonding in het gegeven geval „geen andere betekenis (heeft) dan elke andere causale factor”. Deze gedachte van Langemeijer wordt algemeen als juist aanvaard. In de toelichtende stukken op het ontwerp van Boek 6 NBW lijkt

20. Vgl. de noot van E.M. Meijers onder HR 2 april 1936; NJ 1936, 752, blz. 1219.

21. Vgl. de conclusie van G.E. Langemeijer voor HR 10 januari 1958; NJ 1958, 79, blz. 230.

het driemanschap er van uit te gaan dat Langemeijer het geldend recht op dit punt verwoordt²².

Ook deze „correctie Langemeijer”, zou zij inderdaad deel uitmaken van het geldend recht, kan de moeder geen eigen aanspraak op schadevergoeding jegens de laedens geven. Want de verwonding van het meisje, de letseltoebrenging die het ontstaan van haar eigen vorderingsrecht belet, is meer dan een enkele schakel in de causale keten die tot haar schade lijdt.

De oplossing van het Duitse Bundes Gerichtshof

Of aan derden voor wie uit de verwonding schade voortvloeit, een eigen vorderingsrecht jegens de laedens toekomt, was tot de hier te bespreken uitspraak ook naar Duits recht onzeker²³. Deze onzekerheid vloeide voort uit de tekst van het Duitse equivalent van artikel 1401 BW (een bepaling als artikel 1407 BW is in het Duitse recht onbekend), § 823 BGB, een bepaling die ik hier voor ieders gemak even overneem:

- 1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
- 2) Die gleiche verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoss gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Bij lezing van deze bepaling wordt duidelijk wat naar Duits recht aan erkenning van een eigen vorderingsrecht van derden in de weg zou kunnen staan: alleen schending van zijn subjectief recht, of schending van enig, het getroffen belang beschermend wettelijk voorschrift geven een gelaedeerde een aanspraak op schadevergoeding. Onrechtmatige letseltoebrenging levert een schending van de

22. Vgl. van Zeben-Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het NBW.*, Boek 6, 1981, blz. 608, mn. noot 1; vgl. voorts *Onrechtmatige Daad II C* (G.J. de Groot/A.R. Bloembergen), no. 356, en de daar aangehaalde litteratuur en rechtspraak.

23. Zie de noot van H. Stoll onder BGH 30 juni 1987; *Juristenzeitung* 1988, no. 3, blz. 155.

lichamelijke integriteit van de gewonde op, maar zal slechts bij uitzondering tevens tot aansprakelijkheid jegens een derde leiden.

Toegesplitst op de casus: de moeder heeft slechts een eigen aanspraak op schadevergoeding, indien de chirurg met de onrechtmatige verwijdering van de nier een tot bescherming van haar getroffen belang strekkend wettelijk voorschrift heeft geschonden (§ 823 lid 2), danwel op onrechtmatige wijze inbreuk heeft gemaakt op één of enkele van haar subjectieve rechten (lid 1).

Het BGH²⁴ ziet hier geen grote problemen: „Der Oberarzt Dr. Dr. H. hat, als er der Klägerin unter Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichten deren einzige Niere entfernte, nicht nur die Körper und Gesundheit der Klägerin verletzt. Er hat dadurch auch einen Gefahrenzustand geschaffen, der vor allem nahe Angehörige der Klägerin dazu veranlassen könnte, zur Rettung von Leben und Gesundheit der Klagerin eine Verletzung des eigenen Körpers im Kauf zu nehmen, indem sie eine Niere zur Implantation bei der Klägerin zur Verfügung stellten.“²⁵. Letsel, dat verwanten bij een poging het meisje uit de gevaarssituatie te redden, zouden oplopen, kan de chirurg als rechtstreeks uit de onrechtmatige verwijdering van de nier voortvloeiend worden toegerekend: in de visie van het BGH maakt de chirurg met zijn onrechtmatige operatieve ingreep niet alleen inbreuk op de lichamelijke integriteit van het meisje, doch ook op die van een eventuele donor.

Nu tussen daad en schade voldoende causaal verband bestaat (de donatie van de nier door de moeder van het meisje was een ten tijde van de onrechtmatige daad voorzienbaar), kan de moeder de provincie, op voet van de §§ 31 en 89 BGB aansprakelijk voor de gedraging van de chirurg, aanspreken tot vergoeding van haar toekomstige schade „wegen ihrer von Dr. Dr. H. verschuldeten Körperverletzung“²⁶.

Naar Duits recht komt dus volgens het BGH aan personen die schade lijden naar aanleiding van aan een ander toegebracht letsel in beginsel wel een eigen aanspraak op schadevergoeding toe. Op

24. BGH 30 juni 1987; Juristenzeitung 1988, no. 3, blz. 151 ev.

25. BGH 30 juni 1987; Juristenzeitung 1988, no. 3, blz. 151.

26. BGH 30 juni 1987; Juristenzeitung 1988, no. 3, blz. 151.

die manier kiest het BGH een weg, die de mogelijkheid biedt, in het concrete geval, rekening houdend met de omstandigheden, tot billijke oplossingen te komen. De oplossing van het BGH is echter niet zonder bezwaren: de eisen van causaal verband en van relativiteit - criteria, aan de hand waarvan de rechter moet beoordelen of een onrechtmatige gedraging ook jegens derden onrechtmatig is - zijn tamelijk open, en laten de rechter veel vrijheid bij zijn beslissing²⁷.

Deze grote rechterlijke vrijheid kan leiden tot onzekerheid over de toewijsbaarheid van zekere vorderingen, maar kan bovendien de rechter er toe brengen, de vereisten voor het aannemen van aansprakelijkheid van de laedens jegens de derde in functie te stellen van een in zijn ogen redelijke schadeverdeling. In de woorden van annotator Stoll: „Die Gerichte sind allerdings bereit, die Anforderungen an die menschliche Voraussicht nach Belieben zu Erweitern, wenn es gilt, eine als angemessen empfundene Haftung des Täters für ein fernliegendes Schadeereignis über die Zurechnungsbrücke der Verkehrspflichtverletzung zu begründen²⁸.” Volgens Stoll valt het door het BGH gekozen systeem, inclusief het er aan verbonden risico, echter verre te verkiezen boven het Engelse systeem, waarbij ... alleen de gewonde een vorderingsrecht toekomt²⁹.

Het komend recht: artikel 6.1.9.11a NBW

De wetgever kiest in het NBW positie tussen beide hierboven gepresenteerde uitersten. In 1982 is, in artikel 6.1.9.11a, een opvolger van artikel 1407 BW in de wet opgenomen, een bepaling waarin volgens de wetgever³⁰ „niet elke vordering van derden wordt uitgesloten, maar een limitatieve opsomming wordt gegeven van de gevallen waarin een dergelijke vordering is toegelaten.”

27. Vgl. MvT artikel 6.1.9.11a NBW, Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 17 541, no. 3, blz. 26.

28. H. Stoll, t.a.p. noot 23, blz. 154.

29. H. Stoll, t.a.p. noot 23, blz. 155.

30. MvT artikel 6.1.9.11a NBW, Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 17 541, no. 3, blz. 27; vgl. over artikel 6.1.9.11a A.R. Bloembergen, Artikel 6.1.9.11a Nieuw BW., het nieuwe artikel 1407, NJB 1982, blz. 1078 ev. (oude versie), alsmede P.C. Knol, Artikel 6.1.9.11a Nieuw BW (Letselfschade), Verkeersrecht 1985, blz. 264 ev. (nieuwe versie).

Evenals in 1833, vormde de onzekerheid die het ongeregeld laten van de in naar huidig recht in artikel 1407 BW geregelde materie zou kunnen veroorzaken, de belangrijkste reden voor de wetgever om een wettelijke regeling te treffen. Bij ontstentenis van een equivalent van artikel 1407 BW in het NBW zouden aanspraken van derden op schadevergoeding bij onrechtmatige verwonding moeten worden beoordeeld aan de hand van art. 6.3.1.1 NBW e.v., zodat „een zodanige aansprakelijkheid (van de laedens jegens de derde AR.) in beginsel zal mogen worden aangenomen behoudens de weinig scherpe begrenzingen, gelegen in de eisen van causaal verband en van de relativiteit van de overtreden norm, ... die beide aan de rechter een grote mate van vrijheid laten. Welk gebruik de rechter voor de hier bedoelde gevallen van die vrijheid zal maken, is onzeker.”³¹.

De nieuwe bepaling maakt deel uit van de algemene afdeling inzake wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding: ze regelt dan ook niet alleen de vorderingsrechten van derden bij onrechtmatige letseltoebrenging, doch geldt ook indien de aansprakelijkheid jegens de gewonde voortvloeit uit een overeenkomst³².

Artikel 6.1.9.11a heeft een enigszins hybride karakter: voor de vestiging van aansprakelijkheid van de laedens jegens de *derde* vormt de jegens de *gewonde* bestaande aansprakelijkheidsgrond het aanknopingspunt. Staat de aansprakelijkheid jegens de gewonde eenmaal vast, dan is daarmee tevens de aansprakelijkheid jegens derden tot vergoeding van de o.g.v. artikel 6.1.9.11a NBW daarvoor in aanmerking komende schade gegeven³³.

Derden ontlenen aan artikel 6.1.9.11a een *eigen* vorderingsrecht. In de oorspronkelijke opzet³⁴ kwamen o.g.v. artikel 6.1.9.11a NBW een viertal soorten door derden geleden schade voor vergoeding in aanmerking:

31. MvT artikel 6.1.9.11a NBW t.a.p. noot 30, blz. 26.

32. Vgl. MvT artikel 6.1.9.11a NBW, t.a.p. noot 30, blz. 27.

33. Dit hybride karakter heeft artikel 6.1.9.11a sinds de wijziging van deze bepaling: vgl. de Nota van Wijzigingen op het vijfde gedeelte van de invoeringswet boeken 3,5, en 6 NBW, Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 17 541, no. 4, blz. 8.

34. De oorspronkelijke tekst van artikel 6.1.9.11a is onder meer te vinden bij A.R. Bloembergen, t.a.p. noot 13, blz. 1078.

- a) loon dat de derde als werkgever aan de gekwetste heeft betaald over de periode dat deze verhinderd was zijn arbeid te verrichten.
- b) schade door een maatschap, v.o.f., rederij of B.V. in haar bedrijf geleden als gevolg van letsel van een maat, vennoot, mede-eigenaar of bestuurder-aandeelhouder, telkens mits het aandeel (of aandeel in de winst) van de gekwetste meer dan één derde bedroeg.
- c) kosten die de derde, anders dan krachtens verzekeringsovereenkomst met de gewonde, heeft gemaakt en die de gewonde zo hij ze zelf had gemaakt, van de voor de gebeurtenis aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.
- d) op andere wijze door de derde i.v.m. het letsel gemaakte kosten of gederfd inkomen, mits deze kosten of het derven van het inkomen gerechtvaardigd werden door de persoonlijke relatie waarin de derde tot de gekwetste stond.

Het onderscheid tussen de onder c en de d genoemde soorten schade werd door de wetgever als volgt verwoord: „De bepaling onder d betreft een aantal gevallen die wel aansluiten bij die onder c, maar daar toch niet onder vallen, omdat niet voldaan is aan de eis dat de gekwetste de kosten, zo zij niet door derden waren voldaan, zelf van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.” Als voorbeeld van onder de d-grond vallende kosten noemde de wetgever „kosten die de echtgenoot, de naaste familie, of andere intimi zelf moeten maken met het oog op bezoek e.d. aan de gekwetste.”³⁵.

Artikel 6.1.9.11a NBW is intussen zodanig gewijzigd (o.i.v. de toename van het aantal bepalingen waarin risicoaansprakelijkheid voor de laedens is neergelegd³⁶, dat derden alleen nog aanspraak kunnen maken op vergoeding van de hierboven onder c genoemde kosten. Lid 1 van het gewijzigd artikel 6.1.9.11a luidt:

Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamenlijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de ge-

35. MvT artikel 6.1.9.11a NBW, t.a.p. noot 30, blz. 30.

36. Nota van Wijzigingen op het vijfde gedeelte van de invoeringswet boeken 3,5, en 6 NBW, t.a.p. noot 33, blz. 7.

kwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen.

De in het ontwerp onder a en b genoemde posten komen onder het inmiddels vastgestelde artikel 6.1.9.11a NBW niet langer voor vergoeding in aanmerking. Hoewel ook de d-grond in de gewijzigde tekst van artikel 6.1.9.11a NBW is vervallen, komen de in het oorspronkelijk ontwerp onder d opgenomen kosten volgens de wetgever ook onder het gewijzigde artikel 6.1.9.11a NBW voor vergoeding in aanmerking, „mits de gekwetste, zo hij zelf de betreffende kosten voor de daar bedoelde personen zou hebben betaald, ... deze schade als door hem zelf geleden, van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.”³⁷.

De vraag rijst, in hoeverre de wetgever er in slaagt, met artikel 6.1.9.11a de door hem beoogde vergroting van de rechtszekerheid te bereiken. Voor derden uit de verwonding voortvloeiende schade komt blijkens de tekst van artikel 6.1.9.11a NBW en de hierboven weergegeven opmerking van de wetgever voor vergoeding in aanmerking, indien de door de derde gemaakte kosten strekten ten behoeve van de gewonde, *en de gewonde, zo hij de door de derde gemaakte kosten zou hebben gedragen, deze als door hem zelf geleden schade zou hebben kunnen vorderen.*

Het lijkt mij dat aldus bij de beantwoording van de vraag, of een derde aanspraak kan maken op vergoeding van door hem in verband met de verwonding gemaakte kosten, uiteindelijk alsnog een beslissende rol toekomt aan de algemene causaliteitsvoorschriften. Aan de hand van deze voorschriften moet immers worden bepaald, welke schade de gewonde vergoed zou hebben kunnen krijgen, indien hij de schade zou hebben geleden. In de woorden van de wetgever: „Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard

37. Nota van Wijzigingen op het vijfde gedeelte van de invoeringswet boeken 3,5, en 6 NBW, t.a.p. noot 33, blz. 8.

van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend” (art. 6.1.9.4 NBW).

Is deze gedachte correct, dan slaagt de wetgever slechts ten dele in het bereiken van het met opname van artikel 6.1.9.11a beoogde doel. De onzekerheid die bij ontstentenis van een wettelijke regeling veroorzaakt werd door de relativiteitseis heeft de wetgever weggenomen: met de aansprakelijkheid jegens de gewonde is in de opzet van artikel 6.1.9.11a de aansprakelijkheid jegens derden die uit de verwonding voortvloeiende schade lijden, gegeven. De onzekerheid die bij ontstentenis van een wettelijke regeling voortvloeide uit de causaliteitseis heeft de wetgever echter in het beste geval slechts verkleind door (in de toelichtende stukken, niet in de wettekst) enige schadesoorten uitdrukkelijk van vergoeding uit te sluiten³⁸. In de gevallen waarin de wetgever geen oordeel heeft gegeven over de toewijsbaarheid van bepaalde schadesoorten is de toewijsbaarheid van door derden ingestelde vorderingen in hoge mate afhankelijk van de weinig scherpe begrenzing, gelegen in de eis van causaal verband die de rechter een grote mate van vrijheid laten, terwijl onzeker is, welk gebruik de rechter voor de hier bedoelde gevallen van die vrijheid zal maken.

Alleen door derden ten behoeve van de gewonde gemaakte kosten, die de gewonde, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, zou kunnen vorderen, komen naar komend recht voor vergoeding in aanmerking. Voor de casus heeft dit de consequentie, dat de moeder m.i. ook naar komend recht geen eigen vorderingsrecht toekomt: zij vordert geen vergoeding van ten behoeve van haar dochter gemaakte kosten, doch van eigen toekomstige materiële schade, schade die slechts zij, en niet de dochter kan lijden.

Conclusie

Het door het BGH ontwikkelde systeem, de 1407-leer, en het sys-

38. Door schrapping van de schadesoorten die in het oorspronkelijk ontwerp onder a, b en (deels) d waren opgenomen, en door hier en daar bepaalde schadesoorten uitdrukkelijk van vergoeding uit te sluiten: vgl. MvT artikel 6.1.9.11a NBW., t.a.p. noot 30, blz. 25-32, m.n. blz. 30-32.

teem van artikel 6.1.9.11a NBW: drie oplossingen voor hetzelfde probleem. Is er een oplossing die de voorkeur verdient?

Moet ik kiezen, dan gaat mijn voorkeur uit naar het door het BGH ontwikkelde systeem, een systeem dat in Nederland o.m. werd voorgestaan door het driemanschap, na de dood van Meijers belast met het ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek³⁹.

De HR komt met zijn uitleg van artikel 1407 BW tot een scherpe begrenzing van de kring van tot schadevergoeding gerechtigden bij onrechtmatige verwonding, en dat heeft voordelen: op die manier kan voorkomen worden dat een letselschade veroorzakende gebeurtenis leidt tot een cascade van schadeclaims, wordt de rechtszekerheid over het al dan niet bestaan van aanspraken vergroot, en kan de behandeling van aanspraken naar aanleiding van een schadeveroorzakende gebeurtenis worden geconcentreerd in één proces, hetgeen uit het oogpunt van proceseconomie wenselijk is. Evident nadeel van het trekken van een dergelijke scherpe grens is, dat aan personen die afgeleide schade lijden in gevallen waarin tengevolge van onrechtmatig handelen letselschade is toegebracht, geen zelfstandige actie jegens de laedens toekomt voor het verhaal van deze schade, een nadeel waartegen m.i. (en ik sta hier bepaald niet alleen⁴⁰ de hier boven aangehaalde voordelen van het door de HR gekozen systeem niet opwegen. Het door de HR gekozen systeem ontnemt de rechter immers de mogelijkheid, in gevallen waarin dat billijk is een eigen aanspraak van derden op schadevergoeding te erkennen, en maakt dat derden voor de vergoeding van hun schade in belangrijke mate zijn aangewezen op de coöperatie van de gewonde.

De door de wetgever voor het NBW gekozen oplossing kent zowel bezwaren die kleven aan de 1407-leer van de HR, als bezwaren verbonden aan de leer van het BGH. Enerzijds kan de tekst van artikel 6.1.9.11a ook in gevallen waarin vergoeding van door de derde geleden schade billijk is, aan vergoeding van deze schade in de weg staan. Anderzijds leidt de regeling m.i. slechts ten dele tot

39. Van Zeben-Du Pon, t.a.p. noot 22, blz. 607-608.

40. Vgl. bijv. A.R. Bloembergen, t.a.p. noot 5, no. 198 ev.; C.J.H. Brunner, t.a.p. noot 3, blz. 214 alsmede J.H. Beekhuis, WPNR 4791, blz. 515.

de door de wetgever beoogde vergroting van de rechtszekerheid, nu erkenning van een eigen vorderingsrecht (zoals hierboven betoogd) in laatste instantie afhankelijk is van het door de wetgever als te onzeker gekenschetste algemene causaliteitscriterium. Een niet onaanzienlijk deel van de door de wetgever gevreesde rechtsonzekerheid blijft op die manier bestaan.

Rest het door het BGH ontwikkelde systeem. In dit systeem worden noch de kring van tot schadevergoeding gerechtigden, noch de soorten voor vergoeding in aanmerking komende schade reeds bij voorbaat beperkt: de mogelijkheid van meerdere claims o.g.v. een gedraging blijft open, en dit stelt de rechter in staat in het concrete geval juridisch maatwerk te leveren. Het systeem noopt niet tot erkenning van elke door derden gepretendeerde aanspraak op schadevergoeding: de vereisten van relativiteit (6.3.1.2 NBW) en causaliteit (art 6.1.9.4 NBW) stellen de rechter in staat, te ver verwijderde claims af te wijzen. Het is waar dat deze criteria de rechter veel vrijheid laten, doch deze vrijheid is geenszins absoluut. In de jurisprudentie is m.n. de causaliteitseis nader uitgewerkt, een uitwerking die grenzen trekt aan de rechterlijke vrijheid, en die onzekerheid over de toewijsbaarheid van door derden ingestelde vorderingen verkleint.

Daarbij verdient opmerking, dat de Hoge Raad de vragen, of voldoende causaal verband bestaat tussen daad en schade en of de geschonden norm strekt tot bescherming van het getroffen belang, beschouwt als rechtsvragen⁴¹. De Raad heeft dus de mogelijkheid, (binnen de grenzen, gesteld door artikel 99 RO) toezicht te houden op de wijze waarop de lagere rechter de vereisten van relativiteit en causaliteit hanteert bij de erkenning van aanspraken van derden op vergoeding van voor hen uit een onrechtmatige verwonding voortvloeiende schade. Op die manier kan de Hoge Raad er voor te waken dat de lagere rechter bij de erkenning van claims van derden de vereisten van relativiteit en causaliteit tezeer in functie stelt van een in zijn ogen redelijke schadeverdeling.

41. Vgl. bijv. HR 1 juli 1977; NJ 1978, 84 (Gasbuis). In gelijke zin reeds F.J. de Jong, t.a.p. noot 5, blz. 58.