

# Beginselen van vermogensrecht

BW-krant jaarboek 1993

Redactie

M.E. Franke

J.P. Jordaans

J.M. Smits

W.L. Valk



Gouda Quint — Arnhem

1993

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Beginselen

Beginselen van vermogensrecht / red.: M.E. Franke... [et al.]  
Arnhem: Gouda Quint. — (BW-krant jaarboek; ISSN 0924-1345; nr. 9)  
ISBN 90-387-0159-4 NUGI 692  
Trefw.: vermogensrecht

© 1993, Prof. mr. R. Feenstra, Mr. J.M. Smits, Prof. mr. M.V. Polak, Mr. L. Reurich, Mr. H.D. Ploeger, Mr. D.H. de Witte, Mr. E.B. Rank-Berenschot, Prof. mr. M.E. Storme, Prof. mr. S.C.C.J. Kortmann, Mr. M.W. Scheltema, Prof. mr. C.C. van Dam, Prof. mr. J.M. van Dunné.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, 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

De rol van beginselen staat in toenemende mate in de belangstelling. Wat daarbij opvalt is dat de, inmiddels overvloedige, literatuur zich beweegt op een tamelijk theoretisch, welhaast rechtsfilosofisch vlak. Zodra het gaat om het positieve recht blijft men doorgaans steken in het poneren van het belang van rechtsbeginselen, zonder verband te leggen met het geldende Nederlandse recht. Juist dat verband heeft de redactie in dit nieuwe BW-krant jaarboek centraal willen stellen: de bijdragen — stuk voor stuk afkomstig van civilisten — beschrijven oude en minder oude beginselen in hun betekenis voor het positieve recht.

‘Beginselen van vermogensrecht’ is dus geen inleiding in het vermogensrecht in de gangbare zin van het woord. Het gaat ons niet om de belangrijkste regels en kenmerken van het vermogensrecht, zoals die de beginnende juridische student in de propaedeuse worden onderwezen.

In een ándere zin wil dit jaarboek bijdragen aan een fundamenteel begrip van het vermogensrecht. ‘Beginselen’ verstaan wij in de zin van waarden — of zo men wil algemeenheden of gemeenplaatsen — die aan het geldende vermogensrecht ten grondslag liggen. Zij waarborgen de samenhang tussen de verschillende rechtsregels en verklaren deze, ook in die zin dat zij zich bij de toepassing van rechtsregels steeds weer doen gelden, op een wijze die de letter van de individuele regel ver overstijgt. En dat maakt de studie van rechtsbeginselen tot meer dan rechtstheoretische hersengymnastiek. Terecht noemde Paul Scholten het opsporen van het rechtsbeginsel in het positieve recht ‘een der voornaamste functies der rechtswetenschap’ (Algemeen Deel, blz. 63).

Leiden, mei 1993

De redactie



# Inhoud

Interview met Mr. J.H. Nieuwenhuis	9
Beginselen van vermogensrecht in de middeleeuwen en bij Hugo de Groot (onrechtmatige daad en ongerecht- vaardigde verrijking) <i>R. Feenstra</i>	19
Beginselen, rechtsvinding en het karakter van ons burgerlijk recht <i>Jan Smits</i>	33
Een begin(sel) van legaliteit in het privaatrecht? <i>Maurice V. Polak</i>	47
De subjectiviteit van de wil en het vertrouwen <i>L. Reurich</i>	63
De waarde van eenheid <i>H.D. Ploeger</i>	73
Enige bespiegelingen over het nemo plus beginsel (bij overdracht van een verhuurd pand) <i>D.H. de Witte</i>	89
De paritas creditorum geprolongeerd <i>E.B. Rank-Berenschot</i>	103

De bindende kracht van de overeenkomst <i>M.E. Storme</i>	117
Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest <i>S.C.C.J. Kortmann</i>	137
Het causa-beginsel <i>M.W. Scheltema</i>	149
Ieder draagt min of meer zijn eigen schade <i>C.C. van Dam</i>	161
Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen <i>J.M. van Dunné</i>	175

## Interview met Mr. J.H. Nieuwenhuis

De redactie spreekt Jacob Hans Nieuwenhuis (Deventer, 1944) in zijn voormalige werkkamer aan het Rapenburg. De recorder op tafel. Hans formuleert bedachtzaam.

*In 1977 ben je, naar aanleiding van je vertrek naar Tilburg, eerder geïnterviewd door de redactie van wat toen nog de BW-krant heette. Destijds is je de vraag gesteld of je iets zag in de tegenstelling tussen Leidse en Amsterdamse School. Je bent later uit Tilburg weer teruggekomen naar Leiden en hier hoogleraar geworden en nu ben je dan helemaal weg. Misschien heb je nu voldoende afstand om de vraag opnieuw te beantwoorden.*

Als er al zoiets als een scholenstrijd is, dan wordt dat in Leiden toch zeker niet zo ervaren. Voor een strijd, en dus ook voor een scholenstrijd, heb je twee partijen nodig en als je iets over een scholenstrijd hoort, dan komt dat toch meestal uit Tilburg en Rotterdam. In Leiden is men altijd betrekkelijk positivistisch geweest, dus geconcentreerd op het geldende recht, misschien wel wat te veel. Ik denk dat er een hele hoop Leidse civilisten rondlopen, en dat is de afgelopen vijftien jaar niet echt veranderd, die, als je zou vragen naar de kern van de rechtsleer van Meijers, wat hij bedoelt met zijn algemene begrippen, dan niet boven de grootste gemeenschappen uitkomen. Die scholenstrijd gaat dan natuurlijk de mist in.

*De bundel waarin dit interview verschijnt, zal gewijd zijn aan beginselen van vermogensrecht. Geloof je dat het denken in termen van rechtsbeginselen typisch iets is voor wat dan heet de Leidse school en niet voor de Amsterdamse, 'thans gevestigd te Rotterdam en Tilburg', zoals je op college altijd zei?*

Ik vind niet dat het denken in termen van beginselen typisch Leids is. Van Schoordijk heb ik wel eens begrepen dat hij niets voelt voor beginselen, maar ik denk dat dat toch een polemische achtergrond heeft. Wat Schoordijk doet is tenslotte ook steeds de wetstermen denken in het licht van allerlei beginselen.

Wel een gevaar is natuurlijk, en dat treedt altijd op wanneer je voor begrippen zelfstandige naamwoorden gaat verzinnen, dat je gaat denken dat er zoiets is als *het* redelijkheidsbeginsel of *het* billijkheidsbeginsel.

Overigens is er wel een verschil met hoe ik erover dacht toen ik mijn proefschrift schreef. Ik was toen, net als Barendrecht nu, zeer onder de indruk van Popper. Die onderscheidde drie niveau's van realiteit: de fysieke zoals stoelen en banken, de psychische zoals droefheid en vreugde en dan kende hij ook de 'wereld drie', zoals hij het noemde. Daarin zaten eeuwige waarheden als  $2 \times 2 = 4$ . Ik dacht toen dat wat wij waarden en beginselen noemen in die wereld drie thuishoren.

Maar ik denk nu dat beginselen toch in de eerste plaats een retorische status hebben. Beginselen, als gelijkheid, een man een man een woord een woord, vertrouwen en autonomie, zijn argumenten die in de samenleving een zeker succes hebben. Natuurlijk kun je zeggen dat wanneer dat succes al enige eeuwen voort duurt, er toch meer moet zijn. Dat succes moet toch ergens uit voortvloeien. Van die opvatting — dat ergens het ware licht van de redelijkheid en billijkheid zou branden — ben ik toch wel wat weggedreven. Beginselen als duurzaam bruikbare argumenten te zien, vind ik al mooi genoeg.

*In je werk is een verschuiving waar te nemen. Vroeger ging het steeds over beginselen, maar tegenwoordig, bijvoorbeeld in je laatste boek, veel meer over topoi. Zie je dat zelf ook als een verschuiving?*

Ik zou het liever een verdieping willen noemen, want ik geloof niet dat beginselen wezenlijk van topoi verschillen. Het is een extra dimensie die samenhangt met de retorische status van het recht. Het is toch interessant om je af te vragen waarom bepaalde argumenten succes hebben en andere niet. Beginselen hebben hun koersen die stijgen en dalen, en het is interessant om uit te zoeken waar dat succes of falen nu aan ligt.

Ik merk heel vaak dat er toch een primair rechtsgevoel is en dat

iets als het beginsel geen aansprakelijkheid zonder schuld heel diep geworteld is. Je kunt proberen uit te leggen dat, ook al heeft een bedrijf geen schuld, het toch de kosten van vervuiling voor zijn rekening zou moeten nemen om ze vervolgens door te berekenen in de prijzen zodat tot uitdrukking komt wat dat produkt de samenleving kost. Dat is een redenering waar geen speld tussen te krijgen is, maar die toch op hardnekkig verzet stuit van mensen die voelen 'als ik er niets aan kan doen, ben ik ook niet aansprakelijk'. Met dergelijke wat minder rationele overwegingen, die heel stevig geworteld zijn, heeft het recht ook rekening te houden.

*In 1980 schreef je in het NJB over het privaatrecht in de jaren zeventig, de jaren van het voorspel. Wat is daarop gevolgd? Wat zijn de tendensen van de afgelopen tien jaar?*

Het burgerlijk recht is zich gaan bemoeien met een hele reeks ontwikkelingen die buiten het traditionele vakgebied liggen. Vragen van het type wil of vertrouwen, zijn natuurlijk eeuwige kwesties, maar in het contractenrecht heeft toch een zekere stabilisering plaatsgevonden. Het maatschappelijke belang van het contractenrecht is vele malen groter dan dat van het aansprakelijkheidsrecht, maar de meeste dingen zijn toch gebeurd in het aansprakelijkheidsrecht. Wat vooral opvalt zijn de ontwikkelingen op het gebied van het schadevergoedingsrecht en de overheidsaansprakelijkheid.

*Vind je dat de juridische wetenschap zich in voldoende mate en op voldoende hoog niveau bezighoudt met dergelijke ontwikkelingen?*

Ja, het mooiste van wetenschap is altijd de vereniging van micro- en macroscopie, het detail dat het grote geheel verduidelijkt en het beziend verband illustreert en andersom. Als je nou kijkt naar de totale hoeveelheid gedrukt juridisch materiaal, dan is het aandeel van de jonge onderzoekers enorm toegenomen als je dat vergelijkt met de jaren dertig. Die werden gedomineerd door Meijers en Scholten; wetenschap was echt professorenwerk. Dat is anders geworden. Je hoort natuurlijk wel eens in de praktijk van 'is dat nou nodig, al die verhalen over steeds maar weer dit of dat arrest'. Voor een deel denk ik dat de toename van het aantal jonge medewerkers dat publiceert, wat ik op zichzelf gelukkig vind, ertoe leidt dat er wat meer stukken gepubliceerd worden die enkel feitelijke informatie overdragen. Maar er zijn ook heel goede voorbeelden van het tegendeel. Wat ik

jammer zou vinden is als er twee gescheiden circuits zouden ontstaan van enerzijds in een bepaalde vakgroep opgesloten filosofen en theoretici en anderzijds mensen die het positieve recht onderzoeken. Ik vind Scholten een mooi voorbeeld van een uitstekend civilist en een grote rechtsfilosoof. Ik hoop dat die combinatie mogelijk blijft.

*We hadden het over de tendensen in de afgelopen tien jaar. Waar denk je dat het debat de komende jaren over gaat, tot laten we zeggen 2010?*

Ach, dat is altijd moeilijk te zeggen. Het is natuurlijk wishful thinking dat de rechtswetenschap zich volop in de strijd werpt bij de onvermijdelijke discussie over biotechnologie. Je leest iedere dag de meest fantastische dingen in de krant over modificatie van planten en dieren. En de vraag of dat allemaal zo wenselijk is, zou moeten worden uitgevochten door de wetenschap en eventueel de wetenschapsethici. Juristen spelen natuurlijk een rol bij de vraag of het octrooieerbaar is of niet. Dat is ook een interessante vraag, maar volgens mij moet je als jurist toch veel eerder aan het debat meedoen, en proberen aan te geven binnen welke grenzen dat allemaal toelaatbaar zou moeten zijn.

Verder is het toch koffiedikkijkerij welke trends te verwachten zijn. Er is natuurlijk wel een zekere verschuiving weg van het klassieke vermogensrecht. Ja, er zullen altijd contracten worden gesloten en er blijft wanprestatie gepleegd worden, maar bijvoorbeeld het familie- en jeugdrecht heeft de laatste jaren toch aan belang gewonnen. Toen ik student was, was dat vrij eenvoudig. Het ging altijd over echtscheidingen en alimentatie en dat soort dingen. Reageerbuisbevruchting bestond nog niet.

*De wetenschap hobbelt achter de ontwikkelingen aan?*

Ik geloof niet dat de wetenschap er achteraan hobbelt, want over het algemeen worden ontwikkelingen toch wel heel snel opgepikt. Ik zou het wel jammer vinden wanneer dat uitsluitend zou gebeuren vanuit klassieke vraagstellingen, zoals de vraag naar de octrooieerbaarheid van biotechnologische ontwikkelingen.

*Je bent een tijd hoogleraar geweest aan verschillende faculteiten, je bent decaan geweest. Wat zie je als de toekomst van de Leidse faculteit?*

Ik zie geen revolutionaire veranderingen. Wat ik heel aardig zou vinden, is wanneer het mogelijk zou zijn dat mensen wat meer over de hokjes en deurtjes van hun eigen vak heenkijken, maar ik realiseer me dat dat heel moeilijk is. Zo'n onderzoeksinstituut als Leiden nu heeft, is als je dat echt goed gebruikt, niet alleen om een proefschrift af te ronden, maar ook om er gezamenlijk boeken te schrijven. Het is aardig om als solist een boek over aansprakelijkheidsrecht te schrijven, maar doe dat nou eens met een filosoof of een econoom.

*En wat betreft het onderwijs?*

Dan kom ik weer terug op wat ik eerder zei over het retorische karakter van het recht. Daar zou je zoveel mogelijk aandacht aan moeten besteden. Dat komt ook wel. Een goed voorbeeld is het Moot Court. Ik kan me voorstellen dat buitenstaanders zeggen: 'het is hier rechtswetenschap. Als ze willen leren pleiten, doen ze dat maar in hun vrije tijd'. Die opvatting heeft een lange traditie. Het begint al bij Plato, die sprak over juristen als babbelaars. Het debat is zo fundamenteel voor de structuur van het recht dat je daar zoveel mogelijk aandacht aan moet besteden.

*Het verhaal doet de ronde dat je in Tilburg voor het vak burgerlijk procesrecht ooit Der Prozess van Kafka hebt voorgeschreven als verplichte literatuur. Is dat apocrief?*

Nee, dat is echt gebeurd. Men had toen het systeem van de studiebelastingen uitgevonden en je moest tellen hoeveel bladzijden verplichte literatuur je opgaf. Er bleek toen iets van vijftien uur over te zijn en ik dacht: het is zonde om de studenten die tijd te laten klaverjassen, laat ik dat boek maar voorschrijven.

*Als je voor het burgerlijk recht een niet-juridisch boek verplicht mocht voorschrijven, wat zou je dan kiezen?*

Ik denk Tacitus, De Annalen. Dat geeft het menselijk bedrijf het scherpst weer. Het is in een weergaloos strakke stijl geschreven, dus het zal enige invloed hebben op het stilistisch vermogen van de lezer. Bovendien geeft het een mooi inzicht in het reilen en zeilen van de maatschappij, in dit geval in de eerste eeuw na Christus. Het is vaak

nuttig om waarheden onthuld te krijgen over de eigen tijd door te lezen hoe het vroeger was.

*Zou je van je eigen boeken of artikelen kunnen zeggen wat je het liefste is?*

Natuurlijk altijd het laatste, hè. ‘Confrontatie en compromis’. Ik ben zeer gehecht aan de teksten die daar in staan. Het gaat natuurlijk ook om onderwerpen die me nu na aan het hart liggen. Mijn WPNR-artikel met die loodzware naam over Bezwarende titel, negatief belang etc. — dat heb ik in mijn jeugd geschreven, later nog wel eens terug gezien, maar dat is nu gewoon geweest, dat is achterhaald — daar ben ik ook aan gehecht in die zin dat het het eerste was. Je hebt dan de spanning of het geplaatst zal worden, steeds naar de brievenbus om te kijken of er al bericht is. De eerste dingen die verschijnen maken een grotere indruk op je dan de latere, hoewel altijd blijft dat het leuk is als het er gewoon netjes uitziet. Onverschillig laat het je uiteraard nooit, maar het gewicht van de spanning neemt wel wat af.

*Eigen aan je stijl is dat je niet bijzonder veel in discussie gaat met andere auteurs en dat je weinig voetnoten gebruikt. Wat is de achtergrond van die spaarzame discussie?*

Dat weet ik niet. Ik heb er wel eens over nagedacht en ik heb ook bedacht dat ik nooit het woord ‘ik’ heb gebruikt in een artikel. Misschien toch een of twee keer, maar meer niet. Dat heeft te maken met een bepaalde toon, van ‘niet ik schrijf, maar het recht’. Ik ben niet principieel tegen het woordje ‘ik’, maar het gaat om een zekere objectivering van de gedachten. Ik ben ook niet zo’n groot voorstander van allerlei voorbehouden als ‘zie ik het goed’ en dergelijke. Op een gegeven moment schrijf je het en dan weet je dat het aangevallen kan worden, maar dan moet je niet zelf slagen om de arm gaan houden. Ik moet toegeven dat ik op die manier een heleboel mensen te kort doe, omdat ik allerlei dingen die ik wel gelezen heb niet verwerk in de verwijzingen. Maar ik geloof dat Drion ooit eens schreef in een recensie van een boek dat daar nog te veel steigerwerk in stond. Een boek of een artikel moet niet een verslag zijn van wat je allemaal hebt lopen denken, maar moet het resultaat daarvan zijn, en dan moet je dat steigerwerk ook weer netjes opruimen.

*Als je je leven opnieuw mocht doen, zou je dan weer jurist worden?*

Ja, die kans is heel groot. Wat me trekt in het juridische is dat je met verhalen schrijven heel fatsoenlijk je brood kunt verdienen. Van romanschrijvers heeft een enkeling succes, voor de rest is het een ploeterende ellende.

Aangenomen natuurlijk dat ik ook in dat hypothetische geval over dezelfde beperkte talenten op natuurkundig en wiskundig gebied zou beschikken. Want wiskundige talenten bezit ik niet. Dat is iets heel wonderlijks, op de middelbare school heb ik lange tijd besteed aan een poging de 'trisectrice' te construeren, hoewel de leraar had uitgelegd dat al in de negentiende eeuw bewezen was dat dat niet kon. Dat vond ik nou aardig om dat te proberen, maar dat is dus niet gelukt. Jammer. De schoonheid van de wiskundige wetten ontdekken, dat lijkt me wel wat.

*Heeft dat te maken met een zekere voorkeur voor het abstracte?*

Nee, ik zoek niet de abstractie. Maar er is toch een verband tussen een mooie gedachte en de manier waarop je die formuleert. Ik denk niet dat het in ons vak mogelijk is om iets heel onzinnigs mooi uit te drukken. Het genoeg dat je ontleent aan het helder op papier krijgen van iets waar je tijden mee hebt geworsteld, dat je denkt nu blijft het ook, dat is bijzonder groot. Dat genoeg is zeker te vergelijken met het esthetisch genoeg dat een wiskundige ontleent aan het opstellen van een heldere formule.

*Wat op het ogenblik zeer in de publiciteit staat, is het bijklussen van hoogleraren. Heb je daar bepaalde opvattingen over?*

Ik ben sterk vóór bijklussen. Je moet er op letten dat hoogleraren en medewerkers hun hoofdtaken goed doen, dus mooie colleges geven en studenten op tijd te woord staan. Er zijn toch langzamerhand conventies hoeveel tijd je daaraan moet besteden. Maar verder moet je ze zoveel mogelijk vrij laten. Natuurlijk mag het er nooit toe leiden dat een hoogleraar niet meer kan zeggen wat hij eigenlijk zou moeten zeggen, omdat hij ook advocaat is en een bepaald fenomeen niet mag vermelden omdat dat in strijd komt met het belang van zijn cliënten, maar dat is geloof ik niet actueel. Ik ben dus sterk voor bijklussen als je daar de pejoratieve connotaties maar van afhaalt. De slechtste methode lijkt mij in ieder geval om te zeggen dat iedereen

met de prikklok hier om half negen komt zitten en niet eerder dan om half zes weg mag.

*Als je de studenten van nu vergelijkt met die van je eigen studietijd, zie je dan belangrijke verschillen?*

Het verhaal dat rond gaat, dat klopt wel. Ik vind ze inderdaad veel meer gericht op resultaat dan vroeger. Wat ik me van mijn eigen werkgroepen kon herinneren, is dat ze toch meer bereid waren om te debatteren over voor en tegen. Nu is het toch meer van 'heb je dat wel nodig voor je tentamen?' Die mensen heb je altijd wel gehad, maar die gingen vroeger misschien alleen naar een repetitor en kwamen niet op werkgroepen. Daar kwamen alleen de mensen die er echt belangstelling voor hadden. Er werd toen ook überhaupt niet gesproken over banen en inkomens en weet ik wat. Dat waren ontoelaatbare onderwerpen.

*Zou je kunnen zeggen wie je als je leermeester beschouwt?*

Mijn antwoord kan licht misverstand wekken: ik heb geen echte leermeesters. Ik heb natuurlijk van een heleboel mensen veel geleerd, maar de oude connotatie van leermeester als de man in wiens geest je moet voortwerken, dat heb ik nooit gehad. In de tijd dat ik hier in Leiden medewerker was, werd je in de vakgroep natuurlijk sterk beïnvloed door de mensen om je heen die publiceerden. Dat waren Bloembergen en Kleijn en dat heeft zijn sporen achtergelaten. Maar ik denk niet dat zij het op prijs zouden stellen wanneer ik me genoodzaakt zou voelen om in hun geest door te werken. Evengoed leermeester waren mensen die allang dood waren. Ik kan me herinneren dat ik in mijn medewerkerstijd veel in de 'Klassieken' heb gelezen. Van Brakel had een prachtige compacte stijl. De stijl van Suijling heeft ook een enorme indruk gemaakt. In die zin zijn ook zij leermeesters, hoewel ik ze nooit in levende lijve heb ontmoet.

*In het interview van vijftien jaar geleden heb je gezegd dat je het belangrijk vindt om steeds na een aantal jaren iets anders te gaan doen. Je zei toen dat het bij jou steeds in periodes van zes jaar ging; zes jaar middelbare school, zes jaar studie, zes jaar medewerker. Die periodes zijn misschien wat langer geworden maar denk je dat dat*

*nog steeds opgaat, dat je over een aantal jaren weer iets anders gaat doen?*

Ik heb wel eens gezegd dat de ideale loopbaan voor een jurist is om na de studie snel, in vier of vijf jaar, een proefschrift te schrijven, bijvoorbeeld als aio en liefst over je eigen onderwerp, om dan een jaar of tien de advocatuur in te gaan, dan tien jaar rechterlijke macht en tenslotte tien jaar hoogleraar. Ik kan dat rustig zeggen, want met mijzelf is het heel anders gelopen. Ik denk dat de advocatuur schitterend is, maar niet voor mij. Ik denk ook dat je niet je hele leven advocaat moet zijn. Ik wil niet de tegenstelling maken tussen het zoeken naar de waarheid en het zoeken naar het voordeel van je cliënt, dat is te simpel gezegd, maar je bent toch op een asymmetrische manier bezig met het vergaren van argumenten. En dat is op zichzelf heel nuttig. Maar ik vraag me af of ik dat al te lang zou kunnen zonder blijvende schade aan mijn ziel.

*Hans, ten slotte een vraag die je zelf wel stelde tijdens sollicitatiegesprekken, en die we nu aan jou stellen: Wie is U?*

Een onbeantwoordbare vraag. Nee, er schiet me niks te binnen. In dat soort situaties val je terug op bekende voorbeelden. Heidegger gaf daar een gevat antwoord op. Hij zei: 'Mijn biografie kan kort zijn: hij werd geboren, hij werkte en hij ging dood'. Laten we het daar bij laten.

# Beginselen van vermogensrecht in de middeleeuwen en bij Hugo de Groot (onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking)

*R. Feenstra\**

Van een rechtshistoricus die uitgenodigd wordt een bijdrage te schrijven voor een bundel over beginselen van vermogensrecht zal wellicht in de eerste plaats verwacht worden dat hij iets zegt over de herkomst van enkele van die kernachtig geformuleerde Latijnse adagia waarmee de beoefenaren van het geldende Nederlandse recht nog vertrouwd zijn. Aan dit aspect, dat vooral naar de middeleeuwse grondslagen van de Europese rechtswetenschap, naar het 'geleerde' Romeinse en kanonieke recht, terugvoert, zal hieronder dan ook zeker aandacht geschonken worden.<sup>1</sup> Maar schrijver dezes, die zich in de afgelopen decennia ook met een andere wortel van de Europese rechtswetenschap heeft beziggehouden, met de theorieën van de natuurrechtelijke auteurs uit de 16e en 17e eeuw, kan de verleiding niet weerstaan om een Nederlands lezerspubliek te wijzen op een ander aspect: de bijzondere rol die Hugo de Groot gespeeld heeft in de ontwikkeling van twee beginselen van vermogensrecht die niet zozeer door een Latijns adagium als wel door formulering in wetsar-

\* Prof. mr. R. Feenstra is emeritus-hoogleraar Romeins recht en zijn geschiedenis aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Als het meest recente en best gedocumenteerde naslagwerk voor Latijnse juridische adagia moge hier genoemd worden D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 4e druk, München 1984, waar men verdere literatuur aangehaald vindt; daaronder, als enig Nederlands werk, R. van Lennep, *De Romeinse rechtsspreuken*, (*Hodiernus usus regularum iuris Romani*, Leuven-Brussel [1950] (afgestemd op het Belgische recht)). Voor de uitleg van enkele vermogensrechtelijke Latijnse adagia moge verwezen worden naar mijn *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 5e druk, Leiden 1990 (zie register op p. 338). Vgl. verder vooral Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh, 22 studies over oude rechtsspreuken onder redactie van J.E. Spruit en M. van de Vrugt, Deventer 1987.

tikelen bekend zijn, nl. die van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking).

## I

Wat de in Latijnse adagia geformuleerde beginselen betreft, enkele daarvan zijn reeds in het *Corpus iuris civilis*, de codificatie van keizer Justinianus uit de zesde eeuw na Chr., te vinden, in het bijzonder in de titel *De diversis regulis iuris antiqui* ('Over verschillende regels van het oude recht') van de Digesten.<sup>2</sup> Dit is bijvoorbeeld<sup>3</sup> het geval met het 'Nemo plus-beginsel': in Digesten 50, 17, 54 vindt men een *regula* waarvan de volledige tekst luidt '*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*' ('Niemand kan meer recht aan een ander overdragen dan hij zelf heeft'). Deze uitspraak<sup>4</sup> wordt op naam gesteld van de jurist Ulpianus (begin derde eeuw na Chr.), die haar waarschijnlijk alleen met het oog op een zeer speciaal geval (vervreemding van een gehele nalatenschap door de erfgenaam) heeft gedaan: eerst de samenstellers van de Digesten hebben haar uit haar verband gerukt en haar op deze wijze het aanzien van een algemene regel gegeven. Als zodanig heeft de uitspraak echter zeker niet 'gegolden', noch in het Romeinse recht ten tijde van Ulpianus noch in dat van Justinianus. Een aanspraak op algemene 'gelding' heeft deze rechtsregel eerst gekregen bij de Glossatoren, dat wil zeggen de school van 'uitleggers' van het Romeinse recht die in de 12e en in de eerste helft van de 13e eeuw vooral in Italië (Bologna) werkzaam is geweest: zij beschouwen haar

2. Zij zijn ook buiten deze titel en buiten de Digesten te vinden. Als voorbeeld uit de Codex moge hier genoemd worden: '*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*' ('Door bezitsoverdracht en verjaring, niet door enkele afspraak gaat de eigendom van zaken over'; C. 2,3,20); vgl. daarover mijn Grondslagen, nr. 112, en P.J. Verdam in Brocardica van den Bergh (hierboven n. 1), p. 111-115.
3. Als ander voorbeeld kan gelden het hieronder, bij noten 35 en 36, vermelde beginsel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken (D. 50, 17, 206; vgl. ook D. 12, 6, 14).
4. Vgl. bij hetgeen hier volgt mijn Grondslagen, nr. 94. Zie verder H.R. Hoetink, *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, in Rechtskundige opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers, Zwolle [1935], p. 474-491, herdrukt in zijn Rechtsgeleerde opstellen, Alphen aan den Rijn 1982, p. 97-114. In iets andere bewoordingen komt de Nemo plus-regel ook voor in het kanonieke recht (Liber Sextus V, 12, 79, vgl. hieronder bij noot 8).

als een regel waarop 'uitzonderingen' moeten worden aangenomen. Hetzelfde geldt voor enkele andere reeds in het Corpus iuris voorkomende Latijnse adagia.

Het heeft voor ons onderwerp meer zin ons met de middeleeuwse rechtswetenschap<sup>5</sup> bezig te houden dan met de codificatie van Justinianus: daarbij moet niet alleen aan de Glossatoren en de na hen komende uitleggers van het Romeinse recht, de Postglossatoren ( $\pm$  1250-1500 na Chr.), gedacht worden maar ook aan de Kanonisten, de beoefenaars van het kanonieke recht. Dat recht werd ook in bepaalde verzamelingen opgetekend, waarin men zelfs een rubriek *regulae iuris* aantreft; de meest omvangrijke en meest invloedrijke titel *De regulis iuris* komt voor in het zogenaamde *Liber Sextus*, door paus Bonifacius VIII in 1298 afgekondigd.

Deze middeleeuwse 'geleerde' juristen zijn verantwoordelijk voor het formuleren van een groot aantal niet — of niet in die vorm — in het Corpus iuris civilis te vinden Latijnse adagia. De grondslagen zijn gelegd door de Glossatoren. Zij stelden deze adagia oorspronkelijk niet op één lijn met de *regulae iuris* uit het Romeinse recht. Zij noemden ze *generalia*<sup>6</sup> en bedoelden daarmee *argumenta generalia*, uitspraken in de vorm van een argument welke men aan de teksten van het Corpus iuris civilis ontleende. Men vroeg niet naar de algemene geldigheid van dergelijke uitspraken; zij werden veelal geplaatst naast uitspraken waarin het tegendeel verkondigd werd zonder dat daarop een 'oplossing' volgde. Pas toen men oplossingen ging toevoegen kreeg zulk een *generale* het karakter van een *regula*

5. Voor de betekenis van rechtsregels in het middeleeuwse geleerde recht zie het overzicht in P. Stein, *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh [1966], p. 131-152 (in dit boek vindt men overigens ook uitstekende beschouwingen over *regulae iuris* in het Romeinse recht). Vgl. ook de recente bijdrage van Stein, *Principi generali nel pensiero dei Glossatori e Commentatori medievali*, in [Accademia Nazionale dei Lincei], *Atti dei Convegni Lincei* 96, *Convegno sul tema: I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma 1992, p. 127-134. Stein's boek is overigens in hoofdzaak gewijd aan rechtsregels in het antieke Romeinse recht; over dit onderwerp vergelijk men thans vooral L. Winkel, *De rol van algemene rechtsbeginselen in het Romeinse recht*, in *Ars Aequi*, 40 (1991), p. 785-794.
6. Voor hetgeen volgt vgl. mijn bijdrage over 'Nemo auditur suam turpitudinem allegans' ('Niemand vindt bij de rechter gehoor indien hij een beroep doet op zijn eigen onzedelijk gedrag') in *Brocardica van den Bergh* (hierboven n. 1), p. 31-36, op p. 32.

(waarop men dan weer uitzonderingen kon formuleren). In dit verband verdient ook de term *brocardica* de aandacht. Dat zijn van oorsprong *argumenta* die in een academische disputatie gebruikt werden (*brocardizare* is disputeren met tegenwerpingen). Later zijn de oplossingen die in geval van twee tegengestelde *argumenta brocardica* werden gegeven eveneens als *brocardica* aangeduid, waardoor laatstgenoemde term ook de betekenis van rechtsregels kon krijgen.

In beide betekenissen komt het woord voor in de pas uit het eind van de 12e en het begin van de 13e eeuw overgeleverde brocardica-collecties.<sup>7</sup> Daarin vindt men dus zowel *argumenta* als *regulae*; de *argumenta brocardica* worden in deze collectie niet altijd scherp van de tot *regulae* geworden *argumenta generalia* onderscheiden, zodat men wanneer men een bepaalde uitspraak in deze verzamelingen aantreft erover kan twisten of zij alleen als een argument dan wel ook als een regel moet worden aangeduid.

In het tijdperk van de Postglossatoren, vanaf de tweede helft van de 13e eeuw, komt de nadruk meer te liggen op de algemeen erkende *regulae*. De reeds vermelde verzameling van *regulae iuris* in de laatste titel (V, 12) van het Liber Sextus uit 1298 heeft hierbij de voornaamste rol gespeeld. Van de 88 daarin voorkomende regels<sup>8</sup> zijn de meeste gebaseerd op de titel *De regulis iuris* van de Digesten (ongeveer een vijfde deel is zelfs woordelijk of bijna woordelijk daaraan ontleend). Van de rest zijn sommige afgeleid uit de overige onderdelen van het Corpus iuris civilis. Enkele andere vinden vrijwel geen steun in authentieke teksten; het waren van oorsprong *generalia* of *brocardica*, die door hun opname in het Liber Sextus de status van echte *regulae* kregen. De betekenis van de *regulae iuris* van het Liber Sextus werd aanzienlijk verhoogd door het bijzonder gezaghebbend commentaar dat de civilist Dinus van Mugello er kort na de

7. De twee bekendste van deze verzamelingen zijn die van Azo en van Damasus, beide stammend uit het begin van de 13e eeuw. Voor edities en literatuur zie Brocardica van den Bergh (hierboven n. 1), p. 32-33; daaraan toe te voegen: H. van de Wouw, Brocardica Dunelmensia, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 108 (1991), p. 234-278.
8. Voor de tekst zie Corpus iuris canonici, ed. Ae. Friedberg, II, Leipzig 1881 (reprint Graz 1955), kol. 1122-1124. Vgl. over de inhoud Stein, Regulae iuris (hierboven n. 5), p. 148-150. Men vindt er o.a. de Nemo plus-regel (vgl. hierboven n. 4) en het verbod van ongerechtvaardigde verrijking (vgl. hieronder n. 36); voor een andere bekende regel zie hieronder bij noot 26.

totstandkoming van de tekst aan gewijd heeft.<sup>9</sup> Dit commentaar heeft in de 14e en de 15e eeuw ook de uitleg van de Digestentitel *De regulis iuris* sterk beïnvloed. De in beide titels geformuleerde regels werden als algemene beginselen beschouwd, die de samenvatting vormden van al hetgeen in het Corpus iuris civilis te vinden was en waarop men zich kon beroepen zonder steeds de afzonderlijke gedetailleerde uitspraken uit dit rechtsboek te citeren. Wel was men zich ervan bewust dat deze werkwijze — *via brocardica*, een ‘brocardische weg’ — gevaren met zich meebracht.<sup>10</sup> Baldus (1327-1400) heeft erop gewezen dat de *regulae* vooral in de procesvoering hun nut hadden: de partij die zich op een *regula* kan beroepen heeft op het eerste gezicht de beste positie; het staat aan de tegenpartij om te bewijzen dat de regel in het onderhavige geval niet van toepassing kan zijn.

Ook na de middeleeuwen bleef de betekenis van de *regulae* voor het praktijkrecht groot. Bij de meer wetenschappelijk georiënteerde juristen, met name die uit de zogenaamde Humanistische School, was echter de belangstelling voor dit aspect van het recht over het algemeen geringer dan in de voorafgaande periode. Wel publiceerde onder andere<sup>11</sup> de Leidse hoogleraar Everhard Bronchorst (1554-1627) nog een zeer veel gebruikt commentaar op de Digestentitel *De regulis iuris*, maar veel nieuwe bijdragen tot de theorie van het recht leverde dit omgewerkte collegedictaat niet op. Een andere groep van juristen uit de 16e en 17e eeuw, behorende tot de School van het Natuurrecht, stelde de *regulae* van het Romeinse recht in beginsel terzijde om in plaats daarvan regels te formuleren die rechtstreeks uit de natuurlijke rede konden worden afgeleid. Soms kwam de inhoud van dergelijke regels wel min of meer op hetzelfde neer als die van de Romeinsrechtelijke regels, maar vaak ook niet; in ieder geval berustte hun gezag op een geheel andere grondslag.

## II

Zoals reeds aangekondigd wil ik hier in het bijzonder aandacht

9. Zie Stein, *Regulae iuris* (hierboven n. 5), p. 150-152.

10. Stein, *Regulae iuris*, p. 154.

11. Belangrijker qua inhoud, maar minder verbreid was het commentaar van Jacobus Gothofredus (1578-1652), zie Stein, *Regulae iuris* (hierboven n. 5), p. 167.

vragen voor de betekenis van Hugo de Groot op dit gebied. Daarbij gaat het dan niet in de eerste plaats om zijn aan de meeste Nederlandse juristen nog min of meer vertrouwde *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* (geschreven omstreeks 1620, voor het eerst gepubliceerd in 1631),<sup>12</sup> maar om zijn internationaal meer bekend hoofdwerk *De iure belli ac pacis* ('Over het recht van oorlog en vrede', voor het eerst verschenen in Parijs in 1625).

Anders dan de titel op het eerste gezicht zou doen vermoeden behandelt dit werk niet alleen hetgeen wij tegenwoordig internationaal publiekrecht zouden noemen maar bevat het ook een uitvoerige beschrijving van — natuurrechtelijk — privaatrecht.<sup>13</sup> Dit laatste vindt men vooral in de hoofdstukken 2 tot en met 17 van het tweede boek, maar reeds in de *Prolegomena* (§ 8) worden vier beginselen van natuurrecht geformuleerd, waarvan de eerste drie zeker tot het vermogensrecht gerekend mogen worden. De Groot noemt:

[1] het zich onthouden van eens ander goed en, indien wij iets van een ander onder ons hebben of voordeel daaruit getrokken hebben, het restitueren daarvan, [2] de verplichting tot het nakomen van toezeggingen, [3] de vergoeding van door onze schuld veroorzaakte schade en [4] het verdienen van straf in de betrekkingen tot onze medemens.<sup>14</sup>

Op deze beginselen komt De Groot in verschillende passages van de hoofdtekst van zijn werk terug. In de eerste plaats in een andere algemene passage, II, 1, 2, 1, waar hij uiteenzet dat er 'evenveel bronnen van oorlog zijn als er bronnen van (private) rechtsoverdrachten zijn, omdat oorlog begint waar geen processen meer mogelijk zijn'.<sup>15</sup> Hij geeft een overzicht van de verschillende gronden waarop

12. Geheel zonder betekenis voor ons onderwerp is dit werk natuurlijk niet, zie hieronder in de tekst bij noot 42 (waar de beste editie genoemd wordt); vgl. ook de noten 16, 18, 25 en 33.
13. En daarnaast ook van natuurrechtelijk strafrecht, zie boek II, hoofdstukken 20 en 21.
14. '[1] alieni abstinentia, et si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus restitutio, [2] promissorum implendorum obligatio, [3] damni culpa dati reparatio, et [4] poenae inter homines meritum'. Ik citeer hier en verderop naar de 'editio maior' van *De iure belli ac pacis*, uitgegeven door B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum 1939 (reprint Aalen 1993); de aangehaalde tekst staat daar op p. 9.
15. 'quot actionum forensium sunt fontes, totidem sunt belli: nam ubi iudicia deficient incipit bellum' (ed. p. 170).

rechtvorderingen (*actiones*) gegeven worden. De hoofdingeling is: wegens nog niet begaan onrecht en wegens begaan onrecht ('*ob iniuriam non factam*' en '*ob iniuriam factam*'). De eerste categorie kunnen wij hier verder buiten beschouwing laten; ons interesseert vooral de tweede. Deze wordt onderverdeeld in acties tot vergoeding ('*ut reparatur*') en acties tot straf ('*ut puniatur*'). Deze laatste groep herinnert ons meteen aan het vierde beginsel van de passage uit de *Prolegomena*: 'het verdienen van straf in de betrekkingen tot onze medemens'. De 'acties tot vergoeding' berusten op het eerste, tweede en derde beginsel. Dit blijkt wanneer men het vervolg van de passage in II, 1, 2, 1 leest:

wat vergoed moet worden betreft ofwel hetgeen van ons is of geweest is... ofwel hetgeen ons verschuldigd is, hetzij uit *pactio* ('overeenkomst') hetzij uit *maleficium* ('misdaad'),<sup>16</sup> hetzij uit de wet...<sup>17</sup>

Geheel duidelijk is deze tekst op het eerste gezicht niet, men moet hem echter lezen in het licht van de nadere uitwerkingen die De Groot in de volgende hoofdstukken van het tweede boek van *De iure belli ac pacis* ervan geeft. Weliswaar sluit dat niet geheel evident aan op de in II, 1, 2 gebruikte categorieën — zo komt 'hetgeen ons verschuldigd is uit de wet' terug in een vorm die men niet direct zou verwachten<sup>18</sup> — maar toch is dat uiteindelijk wel het geval: de hoofdstukken 2 tot en met 9 handelen over 'hetgeen van ons is', dat wil zeggen over eigendom en over de macht die wij over onszelf en over anderen hebben, gevolgd door hoofdstuk 10 over de 'verbinte-

16. De vertaling van 'maleficium' door 'misdaad' berust op de terminologie van De Groot's Inleidinge (III, 32); uit de daar gegeven definitie — III, 32, 3: 'Misdaed is een doen ofte laten, zijnde uit zich zelve ofte door eenige wet ongeoorloft' — blijkt dat daarbij niet aan 'misdaad' in modernrechtelijke zin moet worden gedacht maar eerder aan 'onrechtmatige daad'.
17. 'Quod reparandum venit, aut spectat id quod nostrum est vel fuit... aut id quod nobis debetur sive ex pactione, sive ex maleficio, sive ex lege...' (ed. p. 170).
18. In II, 1, 2, 1 wordt 'uit de wet' uitgelegd met een verwijzing naar verbintenissen 'ex quasi contractu et quasi maleficio' (dit is in overeenstemming met wat De Groot zegt in de Inleidinge, vgl. III, 26, 2, III, 32, 2 en III, 38, 1). Deze verbintenissen worden in *De iure belli ac pacis* verder niet apart behandeld. Wel komen daar, in de hoofdstukken 18 en 19, andere verbintenissen 'uit de wet' aan de orde, die voortvloeien uit het *ius gentium voluntarium*, het 'positieve volkenrecht', dat het natuurrecht aanvult; het gaat daar om regels betreffende gezantschappen en betreffende het begraven van doden (van de vijand).

nis die uit eigendom voortvloeit', dat wil zeggen over de verplichting tot teruggave van een zaak welke van ons is en de verplichting tot vergoeding vanwege een zaak die van ons is of geweest is; de hoofdstukken 11 tot en met 16 over verbintenissen uit overeenkomst; hoofdstuk 17 over de verbintenis uit onrechtmatige daad; de hoofdstukken 18 en 19 over verbintenissen die direct uit het *ius gentium voluntarium* voortvloeien.<sup>19</sup>

De moderne jurist die zich met beginselen van vermogensrecht bezig houdt (en die derhalve het vierde beginsel van de *Prolegomena* buiten beschouwing wil laten) zal niet veel moeite hebben met de twee hoofdregels van De Groot betreffende verbintenissen uit overeenkomst en uit onrechtmatige daad. De rechtshistoricus kan echter niet nalaten er op te wijzen dat geen van beide in de tijd van De Groot vanzelfsprekend waren. Dat uit elke overeenkomst een rechtens afdwingbare verbintenis voortkomt is niet in overeenstemming met het op een Corpus iuris tekst teruggaande adagium '*Ex nudo pacto actio non oritur*' ('uit een naakt pactum ontstaat geen actie').<sup>20</sup> Er waren echter reeds vóór De Groot juristen geweest die het daar tegenover gestelde beginsel *Pacta sunt servanda* niet alleen voor het kanonieke recht maar ook voor het wereldlijke recht als algemeen geldig hadden verkondigd,<sup>21</sup> zodat men zich over De Groot's uitspraak betreffende het natuurrecht niet al te zeer behoeft te verwonderen en in ieder geval haar niet aan hem als een bijzondere verdienste moet aanrekenen.<sup>22</sup>

Anders ligt dit ten aanzien van het beginsel dat uit elke onrechtmatige daad een verbintenis voortvloeit. Dat beginsel mag wel

19. Zie de vorige noot.

20. Zie mijn Grondslagen, nr. 235.

21. Vgl. hiervoor R. Feenstra en M. Ahsmann, Contract, Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief [Rechtshistorische cahiers, 2], 2e druk, Deventer 1988, p. 15-16; verdere details bij R. Feenstra, Die Klagbarkeit der pacta nuda, in Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin [1992], p. 123-144, vooral p. 124-132.

22. Voor de uitleg van de desbetreffende passages in De iure belli ac pacis (II, 11, 1-4) zie Feenstra-Ahsmann, Contract (hierboven n. 21), p. 18-19; aldaar vindt men ook (p. 45-48) de Latijnse tekst met Nederlandse vertaling.

degelijk als een innovatie van De Groot gezien worden.<sup>23</sup> Hij formuleert het in II, 17,1 als volgt:

Laat ons nu komen tot hetgeen ons uit *maleficium* ('misdaad') naar de natuur verschuldigd is. *Maleficium* noemen wij in dit verband elke *culpa* ('fout') — hetzij in handelen hetzij in niet handelen bestaande — die strijdt met hetgeen de mensen behoren te doen, hetzij in het algemeen, hetzij op grond van een bepaalde hoedanigheid. Uit een dergelijke *culpa* ontstaat naar de natuur een verbintenis indien daardoor *damnum* ('schade') is toegebracht, dat wil zeggen een verbintenis tot vergoeding daarvan.<sup>24</sup>

Deze uitspraak gaat verder dan alle formuleringen die men vóór De Groot kan aantreffen. Dat in het Romeinse recht een dergelijk beginsel niet is aan te treffen moge als genoegzaam bekend worden verondersteld. Sinds de middeleeuwen vindt men weliswaar de gedachte geformuleerd dat naast een vanwege de overheid ingestelde *actio criminalis* steeds voor de gelaedeerde een *actio civilis* voor schadevergoeding mogelijk is, maar De Groot's definitie van *maleficium* omvat veel meer dan alleen een *strafbare* daad. Dat blijkt ook uit de omschrijving die hij in II, 17, 2, 1 van *damnum* ('schade') geeft, namelijk het 'minder hebben dan het zijne'; als 'het zijne' kan voor een mens niet alleen gelden datgene waar hij krachtens eigendom of overeenkomst recht op heeft maar ook 'zijn leven, zijn lichaam, zijn ledematen, zijn goede naam, zijn eer, zijn vrijheid om te doen en te laten wat hij wil'.<sup>25</sup>

De Groot is hier enerzijds geïnspireerd door de leer van de moraaltheologen met betrekking tot de '*restitutio*'. Daarin wordt een bekende uitspraak van Augustinus tot uitgangspunt genomen, die onder andere ook als *regula* 4 in het Liber Sextus voorkomt<sup>26</sup>:

23. Voor hetgeen hier volgt zie mijn Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad [Rechtshistorische cahiers, 6], Deventer 1982 (2e druk 1993), p. 13-14, en Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung, in Das römisch-holländische Recht (hierboven n. 21), p. 429-454, vooral p. 429-436.
24. 'Veniamus ad id quod ex maleficio naturaliter debetur. Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur' (ed. p. 427).
25. 'Natura homini suum est vita...corpus, membra, fama, honor, actiones propriae' (ed. p. 428). Vgl. hierbij Inleidinge, II, 1, 42 en III, 33, 1, alsmede mijn hierboven n. 23 aangehaald artikel, p. 433-435.
26. Zie de hierboven n. 8 genoemde editie, kol. 1122; voor een oudere formulering in het Decretum Gratiani zie Vergelding en vergoeding (hierboven n. 23), p. 30.

*Peccatum non dimittitur, nisi restitatur ablatum* ('De zonde wordt niet vergeven indien het weggenomen niet wordt teruggeven'). Anderzijds blijkt De Groot hier beïnvloed door de Franse jurist Hugo Donellus (1527-1591), die van 1579 tot 1587 hoogleraar in Leiden was; deze heeft leven, lichaam, vrijheid en goede naam reeds genoemd als voorwerpen van rechten die de mens ten aanzien van zijn eigen persoon heeft. Bij hem en bij De Groot ligt de oorsprong van het moderne begrip persoonlijkheidsrecht, dat als een van de categorieën der subjectieve rechten wordt beschouwd.

Op dit punt schijnt De Groot vooral invloed op de dogmatiek in Duitsland te hebben gehad: § 823 BGB, de bepaling die min of meer het equivalent is van art. 6:162 BW, is nog zodanig geformuleerd dat inbreuk op dergelijke subjectieve rechten het voornaamste element van een onrechtmatige daad vormt.

De algemene formulering die De Groot in II, 17, 1 geeft is de uiteindelijke bron van de artt. 1382-1383 Code civil, die tot de artt. 1401-1402 van het oude BW — en daarmee tot art. 6:162 van het huidige BW — geleid hebben. De belangrijkste tussenschakel is de Franse natuurrechtelijke schrijver Jean Domat (1625-1696) geweest. Verdere details moeten wij hier achterwege laten.<sup>27</sup>

Wij komen nu terug op het eerste 'beginsel van vermogensrecht' dat De Groot in de *Prolegomena* van *De iure belli ac pacis* noemt: 'het zich onthouden van eens anders goed en indien wij iets van een ander onder ons hebben of voordeel daaruit getrokken hebben, het restitueren daarvan', een beginsel dat, zoals wij reeds gezien hebben, behandeld wordt in de hoofdstukken II, 2 tot en met 10.

In de hoofdstukken 2 tot en met 9 van boek II<sup>28</sup> behandelt De Groot zeer in het algemeen de eigendom en de macht die wij over onszelf en over anderen hebben, zonder daarbij specifiek in te gaan op de verplichting van anderen om zich daarvan 'te onthouden'. Pas in hoofdstuk 10 komen 'acties tot vergoeding' ter sprake. In II, 1, 2, 1 wordt daarvan gezegd dat dit kunnen zijn *vindicaciones* (zakelijke acties) en bepaalde *condictiones* (persoonlijke acties). De uitwerking

27. Zie daarvoor Vergelding en vergoeding (hierboven n. 23), p. 14-15 alsmede p. 42-43 en 45-47 (teksten van Domat, Pothier en de Code civil met Nederlandse vertaling).

28. Een in het Nederlands gesteld overzicht van de inhoud van deze hoofdstukken vindt men in W.J.M. van Eysinga, *Gids voor de Groots De iure belli ac pacis*, Leiden 1945, p. 10 en p. 21-27.

daarvan vindt men in II, 10, dat als titel draagt 'Over de verbintenis die uit eigendom voortvloeit' (*De obligatione quae ex dominio oritur*).<sup>29</sup> Deze terminologie brengt de hedendaagse jurist enigszins in verwarring: het kost hem moeite het opeisen van een zaak met een zakelijke actie (*vindicatio*) op een 'verbintenis uit eigendom' te doen berusten. De Groot gaat hier echter uit van begrippen uit de restitutie-leer van de moraaltheologen, die zich om het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke acties niet bekommerden. Deze link met de moraaltheologie blijkt vooral uit het onderscheid dat hij maakt<sup>30</sup> tussen twee soorten 'verbintenis uit eigendom': die welke haar oorsprong vindt in 'nog bestaande zaken' (*e rebus extantibus*) en die welke voortvloeit uit 'niet meer bestaande zaken' (*e rebus non extantibus*).

Wat De Groot zegt over de teruggave van nog bestaande zaken kunnen wij hier verder buiten beschouwing laten. Wij vestigen er slechts de aandacht op dat de constructie van een *verbintenis* tot teruggave berust op de natuurrechtelijke leer dat oorspronkelijk alle zaken gemeenschappelijk waren en dat private eigendom in het leven geroepen is door een uitdrukkelijke of stilzwijgende afspraak tussen de mensen,<sup>31</sup> een soort sociaal contract. De verplichting tot teruggave bindt alle mensen 'als het ware uit een universeel contract' (*tamquam ex contractu universali*).<sup>32</sup>

Van meer belang voor het moderne recht is zijn uiteenzetting over de restitutieplicht met betrekking tot 'niet meer bestaande zaken'. Hier formuleert hij nl. het beginsel van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking (II, 10,2,1):

In het geval dat de zaken niet meer bestaan is het een door de gehele mensheid aanvaarde regel dat indien U uit een zaak van mij verrijkt bent terwijl ik die zaak niet meer in mijn bezit heb, U jegens mij verbonden bent tot het bedrag waarvoor U

29. Voor hetgeen volgt zie, behalve de uiteenzettingen in mijn *Fata iuris romani*, *Etudes d'histoire du droit*, Leyde 1974, p. 355-360, vooral mijn artikel De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking, in 'Uit het recht', *Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Mr. P.J. Verdam*, Deventer 1971, p. 137-159, op p. 137-145.

30. Dit onderscheid heeft hij ontleend aan het commentaar van een Italiaanse moraaltheoloog (Thomas de Vio Cajetanus, 1469-1535) op de *Summa theologica* van Thomas van Aquino († 1274).

31. Zie *De iure belli ac pacis*, II, 2, 2, 5 (ed. p. 189).

32. *Ibidem*, II, 10, 1, 4 (ed. p. 320).

verrijkt bent, zulks omdat, voor zover U voordeel getrokken hebt uit het mijne, U teveel hebt terwijl ik te weinig heb; de eigendom is echter ingevoerd om de 'evenheid'<sup>33</sup> te bewaren, met dien verstande dat ieder het zijne moet hebben.<sup>34</sup>

In hoeverre is dit door De Groot geformuleerde beginsel nieuw? Men zou kunnen zeggen dat De Groot hier niet veel anders doet dan herhalen wat reeds als een *regula* in de Digesten (D.50,17,206)<sup>35</sup> voorkomt, namelijk:

Naar het natuurrecht is het billijk dat niemand ten koste van een ander en in strijd met diens recht verrijkt wordt.<sup>36</sup>

Daar kan tegenover gesteld worden dat de Romeinse juristen dit beginsel niet uitgewerkt hebben in die zin dat zij er een bron van verbintenis van gemaakt hebben. Dit klemt te meer omdat zij juist in verschillende vormen een sluitend systeem van bronnen van verbintenis ontwikkeld hebben: 'uit contract — uit delict'; 'uit contract — uit delict — uit verschillende andere oorzaken'.<sup>37</sup> Wel vindt men in het Romeinse recht een aantal uitspraken die men kan interpreteren als toepassing van de gedachte dat ongerechtvaardigde verrijking een bron van verbintenis is, ook al hebben de Romeinse juristen dat zelf niet bewust gedaan. Het is hier niet de plaats om daarop nader in te gaan, evenmin als op de uitbreidingen die de Glossatoren en de Post-

33. De Latijnse term *aequalitas* kan men in De Groot's eigen Nederlandse terminologie met 'evenheid' vertalen; vgl. het begrip 'onevenheid' ('*inaequalitas*') dat als bron van verbintenissen een belangrijke rol speelt in de Inleidinge (zie vooral III, 1, 9 en 14; vgl. ook III, 1, 15, hieronder bij noot 42 geciteerd).
34. 'De rebus non exstantibus hoc humano generi placuit, ut si tu ex re mea factus es locupletior, me rem non habente, in tantum tenearis, in quantum es factus locupletior; quia quatenus ex meo lucratus es, plus habes, cum ego minus habeam: introducta autem sunt dominia ad servandam aequalitatem, in eo scilicet, ut quisque suum haberet' (ed. p. 321).
35. Vgl. daarnaast ook D. 12, 6, 14 waar in een iets andere formulering hetzelfde wordt gezegd; beide teksten stammen van de klassieke jurist Pomponius (2e eeuw na Chr.).
36. 'Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioerem'. Deze Romeinsrechtelijke *regula iuris* vindt men in iets andere bewoordingen terug als *regula* 48 van het Liber Sextus: 'Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura'; zie de hierboven n.8 genoemde editie, kol. 1123.
37. In de Instituten van Justinianus komt een vierdeling voor: 'uit contract — quasi uit contract — uit delict — quasi uit delict'; zie mijn Grondslagen nr. 223 (en de noot bij nr. 222).

glossatoren aan deze uitspraken gegeven hebben. De Groot laat overigens niet na om een aantal van deze uitspraken en uitbreidingen te noemen.<sup>38</sup> Hij laat daar echter op volgen een beantwoording van 'vragen die zowel door juristen als door theologen die regels voor het forum van het geweten geven gesteld plegen te worden'.<sup>39</sup> Hieruit en ook uit de literatuurverwijzingen die hij bij zijn algemene formulering van het beginsel plaatst blijkt dat De Groot zich niet in de eerste plaats door het Romeinse beginsel van D. 50, 17, 206 heeft laten inspireren maar veeleer door uitspraken van natuurrechtelijke auteurs. Geen van deze auteurs had echter een zo algemene formulering gegeven als De Groot. Hij is de eerste geweest die het beginsel tot een bruikbare algemene rechtsregel gemaakt heeft.

Dat hij hiermee minder invloed op de latere rechtsontwikkeling in Europa gehad heeft dan met zijn leer over de onrechtmatige daad zal waarschijnlijk voor een deel aan de omslachtigheid van het begrip 'verbintenis uit eigendom bij zaken die niet meer bestaan' moeten worden toegeschreven.<sup>40</sup> In zijn *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, die vanwege de taal minder toegankelijk was voor het Europees juridisch publiek,<sup>41</sup> heeft hij het korter en kernachtiger geformuleerd (Inl. 3, 1, 15):

Onevenheid die een ander baet ofte baeten zoude (te weten buiten toezegging) verbind den gebatede tot vergeldinghe, zonder aenzien hoe hij aan de baet gekomen is...<sup>42</sup>

In de *Inleidinge* geeft hij ook een gemakkelijk bruikbare term: 'verbintnisse uit baet-trecking'. In het aan dit begrip gewijde hoofdstuk (III, 30) komt hij tot een zo ruime toepassing van het beginsel dat men van een algemene actie op grond van 'baattrekking'

38. De iure belli ac pacis II, 10, 2, 2-4 (ed. p. 321-323).

39. Ibidem, II, 2, 2, 4 (ed. p. 323): 'quaestiones quae et a Iurisconsultis et a Theologis internum animi tribunal instruentibus proponi solent'.

40. Voor de regel over de onrechtmatige daad was er een gemakkelijk aanknopingspunt bij het Romeinse begrip 'verbintenis uit delict'.

41. Engelse vertalingen verschenen eerst sinds 1845 ten behoeve van Engelse rechters in de voormalige Nederlandse koloniën (Kaapkolonie, Brits Guyana, Ceylon); een in 1835 door Joannes van der Linden voor ditzelfde doel gemaakte Latijnse vertaling is pas in 1962 gepubliceerd.

42. Editie Leiden 1952 (reprint 1965), p. 196.

kon gaan spreken. Dat was althans hetgeen de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West Friesland in de 18e eeuw deed.<sup>43</sup>

Wanneer men na 1820 niet de voorkeur had gegeven aan een burgerlijk wetboek dat min of meer slaafs de Code civil volgde en het ontwerp van Joan Melchior Kemper tot wet geworden was<sup>44</sup> had Nederland dankzij Hugo de Groot de primeur in Europa kunnen hebben van een wettelijke formulering van het algemene beginsel betreffende een verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.

43. Zie mijn hierboven n. 29 aangehaald artikel uit 1971, p. 137 en de daar aangehaalde bronnen en literatuur. Tekst en vertaling van de belangrijkste bron (W. Pauw, *Observationes tumultuariae novae*, num. 12, betreffende een arrest van de H.R. van 13 maart 1743) zijn te vinden in *Geschiedenis van het vermogensrecht*, Tekstenboek, ed. R. Feenstra en J. Th. de Smidt, 2e druk, Deventer 1978, p. 141-143.
44. Zie voor de beide ontwerpen van Kemper (1816 en 1820) en voor het ontwerp van Farjon uit omstreeks 1800 J.J. Hallebeek en E.J.H. Schrage, *Ongerechtvaardigde verrijking*, *Grepen uit de geschiedenis van de algemene verrijkingssactie van het NBW* [Juridische reeks Vrije Universiteit, 9], Amsterdam 1989, p. 77-81; vgl. daarnaast nog de memorie van H.C. Cras uit 1799, geciteerd in mijn hierboven n.29 aangehaald artikel, p. 148.

# Beginnelsen, rechtsvinding en het karakter van ons burgerlijk recht

*Jan Smits\**

'General propositions do not decide concrete cases'.  
*Oliver Wendell Holmes<sup>1</sup>*

## 1. INLEIDING

Wat je ver haalt is lekker. Een buitenlands equivalent van dit gezegde bestaat niet en dit zegt het een en ander over onze volksaard. Het is ons liever om inzichten afkomstig van buiten onze landsgrenzen te aanvaarden dan om diezelfde ideeën te accepteren wanneer zij afkomstig zijn van een landgenoot.<sup>2</sup> Dit geldt ook voor het recht. In dit artikel zal ik trachten aan te tonen dat de Anglo-Amerikaanse discussie over de rol van beginselen in het recht, zoals die de afgelopen jaren in alle hevigheid wordt gevoerd, voor Nederland in hoge mate achterhaald is en dat het op dwaalwegen voert om de inzichten van auteurs als Dworkin zonder meer op de Nederlandse situatie van toepassing te verklaren. Het continentaal-Europese recht vergt een eigen visie op wat een beginsel is. Nadenken over vragen als deze vergt meer dan enkel ingaan op beginselen. Uiteindelijk hangt een en ander samen met een visie op wat burgerlijk recht is en welke rol beginselen daarin zouden moeten spelen. Deze nogal geladen vragen gehéél doorrekenen, ook op hun rechtspolitieke en rechtsfilosofische consequenties, is hier niet mogelijk (nog afgezien van de vraag of ik dit zou kunnen). Daarom zal ik mij zoveel als mogelijk beperken tot het materiële burgerlijk recht en met name tot het probleem van de rechtsvinding: het nadenken over beginselen wordt in de literatuur vooral daarmee in verband gebracht. Om de gedachten te bepalen

\* Mr. J.M. Smits is als assistent in opleiding verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Zie zijn dissenting opinion bij *Lochner vs. New York*, 198 U.S. (1905), p. 76.

2. Men vergelijk de openingszin van Willem Frederik Hermans' *Au Pair*, Amsterdam 1989.

wordt in de volgende paragraaf eerst de Anglo-Amerikaanse discussie kort geschetst.

## 2. EEN ANGLO-AMERIKAANSE DISCUSSIE

Het is in de afgelopen twee decennia vooral de bekende Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin<sup>3</sup> geweest die heeft gewezen op het belang van rechtsbeginselen voor de rechtsvorming. Willen we Dworkin goed begrijpen, dan dienen we eigenlijk eerst aandacht te besteden aan H.L.A. Hart, zijn voorganger in Oxford en degene tegen wie Dworkin zich stelselmatig heeft afgezet. Hart, die als de meest vooraanstaande representant van de zogenaamde positivistische rechtsopvatting heeft te gelden, had in de jaren '50 en '60 betoogd<sup>4</sup> dat het recht bestaat uit regels die kunnen worden onderscheiden van andere maatstaven door louter formele criteria. Daarmee doelt Hart op criteria die verwijzen naar de manier waarop regels ontstaan, onafhankelijk van hun inhoud. Buiten deze regels om is er geen recht. Dat betekent dat wanneer de rechter zich geconfronteerd ziet met een geval dat niet wordt beheerst door een bestaande rechtsregel, hij geen geldend recht kan toepassen. De rechter moet dan discretionair beslissen en een (dan dus) niet-juridische maatstaf zoeken om een bestaande regel te verduidelijken of een nieuwe regel te vinden. Dat discretionair beslissen doet hij 'in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case'.<sup>5</sup>

De belangrijkste kritiek van Dworkin op dit model is nu geweest dat het niet in overeenstemming is met wat de rechter in de praktijk doet. Bij de rechtsvinding doet de rechter ook een beroep op andere maatstaven dan regels, met name op beginselen; deze zijn wezenlijk

3. Zie vooral zijn opstellen gebundeld in *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1977 en voorts *Law's Empire*, Cambridge Mass. 1986. Een Nederlands overzicht van Dworkin's opvattingen vindt men bijv. bij A. Soeteman, *Machtig recht*, 2e dr., Alphen aan den Rijn 1990, p. 152 v. en dezelfde in de bespreking van Dworkin in *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw* (red. P.B. Cliteur en M.A. Loth), Arnhem 1992, p. 159 v.
4. Zie met name *The Concept of Law*, Oxford 1961. Overigens geeft Dworkin zelf een uitstekende weergave van Harts rechtsopvatting, bijv. in *The Model of Rules* [I], oorspronkelijk 1967, nu in gewijzigde vorm in *The Philosophy of Law*, Oxford 1977, p. 38 v. en in *Taking Rights Seriously*, o.c., p. 14 v.
5. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, o.c., p. 132.

verschillend van regels die worden gekenmerkt door een 'all-or-nothing fashion': ze zijn van toepassing of niet. Is er geen regel voorhanden, dan is het voor Dworkin te mager om alleen te verwijzen naar de omstandigheden van het geval, zodat de rechter de vrije hand krijgt. De rechter is volgens Dworkin ook gebonden aan principes.<sup>6</sup> Deze worden gekenmerkt door een 'dimension of weight': in een concreet geval kunnen onderscheidene beginselen in verschillende richtingen wijzen. Essentieel voor Dworkin is nu dat hij ook deze beginselen als recht ziet. Vooral in wat hij noemt 'hard cases', gevallen waarin de oplossing niet zeer voor de hand ligt, zal de rechter zich beroepen op rechtsbeginselen. Meestal zal de rechter inderdaad een regel toepassen, maar in hard cases dient hij terug te vallen op meer algemene maatstaven. Daarbij komt nog de belangrijke omstandigheid dat beginselen voor Dworkin niet op zich zelf staande gegevens zijn, maar dat zij veeleer ook betekenis geven aan regels, die zonder die beginselen niet kunnen functioneren.<sup>7</sup>

Heeft de rechter in het positivistische standpunt discretionaire bevoegdheid (omdat het recht uitputtelijk is), voor Dworkin is er slechts één juist antwoord. Dit is juist omdat het volgens de rechter die het geeft, het best verdedigbaar is. Dat antwoord kan worden gevonden door een model-rechter genaamd Hercules, een rechter 'of superhuman skill, learning, patience and acumen'.<sup>8</sup> Deze, en in de praktijk moet iedere rechter trachten hem te benaderen, gaat te rade bij het bestaande recht, stelt zich de mogelijke oplossingen voor en kiest uiteindelijk de oplossing die het beste is.

Nogmaals zij gezegd dat het Dworkin vooral te doen is om een methode die meer rekening houdt met wat de rechter in de praktijk doet. Zijn kritiek op het positivistisch model uit zich in de onderscheiding tussen regels en beginselen waarbij beginselen evenzeer recht zijn als regels. Nu is evenwel het eigenaardige dat die scheiding

6. Vgl. voor een verhelderende weergave ook F. Jacobs, *Morele vaagheid en juridische precisie*, R&R 1988, p. 6 v.

7. Vgl. A. Soeteman, *Hercules aan het werk*, AAe 40 (1991) 10 (rechtsbeginselennummer), p. 34. Ook J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Deventer 1979, p. 39 ziet hier het belang van rechtsbeginselen. Hij formuleert het aldus dat de regels pas van betekenis worden voorzien door de beginselen, anderzijds de beginselen pas herkenbaar worden in en door de confrontatie met de regels.

8. *Taking Rights Seriously*, o.c., p. 105

voor een rechtstheoretische beschouwing misschien van groot belang is, maar dat zij voor de vraag van de rechtsvinding, waarom het dus gaat, veel minder relevantie heeft. Het lijkt nogal paradoxaal dat Dworkin enerzijds terecht wijst op de omstandigheid dat bij de toepassing van de regel steeds beginselen ook een rol spelen, maar anderzijds de regel ter onderscheiding van het beginsel definieert als toepasbaar in een 'all-or-nothing fashion'. Dat laatste zal zijn ingegeven vanuit een behoefte zich af te zetten tegen het regelpositivisme van Hart, maar het is niet zeer consequent. Hoe immers kan de regel zo strikt wel of niet toepasbaar zijn, wanneer steeds ook het meer vage beginsel een rol speelt bij de toepassing?

Opvallend om te zien is dat men zich ook in de Nederlandse literatuur heeft gebogen over Dworkins onderscheid tussen regels en beginselen. Wie echter als Nederlander de geschriften van Dworkin ter hand neemt, kan daarin niet veel nieuws vinden. De discussie zoals die in de Anglo-Amerikaanse wereld wordt gevoerd, gaat veel minder op voor het continentaal-Europese burgerlijk recht. Het benaderen van de regel als toepasbaar in een 'all-or-nothing fashion' is in strijd met de inzichten die met name Paul Scholten de Nederlandse jurist reeds in de jaren twintig deed geworden. Scholten heeft immers reeds toen overtuigend bewezen dat de regel nimmer direct toepasbaar is op een concreet geval en dat steeds weer het oordeel van de rechter nodig is om te bepalen welke regel in hoeverre toepassing vinden kan. Daarbij zal de rechter steun kunnen vinden in de minder toevallig totstandgekomen rechtsbeginselen.<sup>9</sup> Aan de hand van hen zal de rechter de regels kunnen duiden. In vergelijking met de denkbeelden van Scholten zijn Dworkins beschouwingen niet zeer revolutionair te noemen.

De aandacht die in de Anglo-Amerikaanse rechtswetenschap voor beginselen is ontstaan is overigens wel zeer goed te verklaren. Van oudsher wordt daar immers, veel meer dan vanuit regels, vanuit precedentes gewerkt. In een dergelijk stelsel ligt het voor de hand om tot een opvatting als die van Hart te komen, omdat ieder geval wordt beslist door een vergelijking van eerder besliste gevallen met het hier en nu toevalligerwijs voorliggende. Van daar naar het

9. Zie vooral het Algemeen Deel in de Asser-serie, oorspronkelijk 1931, nu 3e dr. Zwolle 1974. Vgl. Rechtsbeginselen, KNAW-mededeling uit 1935, in Verzamelde Geschriften Deel I, Zwolle 1949, p. 395 v.

oordeel, als van Hart, dat buiten die 'gevalregels' geen recht bestaat, is het niet ver. Dworkins belangrijke amendement is niets meer of minder dan een pogen om meer eenheid te brengen in de in beginsel los van elkaar staande precedentes, dus om de gevalregels met elkaar te verbinden. Uiteraard doet hij daarmee ook meer recht aan de werkelijke gang van zaken bij de rechtsvinding. Beginselen vormen dan de verbinding tussen de precedentes en het nieuwe concrete geval.<sup>10</sup>

In de continentaal-Europese rechtswetenschap moet evenwel op wezenlijk andere wijze met beginselen worden omgegaan. Vormen zij in de Anglo-Amerikaanse wereld het bindmiddel tussen gevallen en zijn zij daar het eindpunt van een ontwikkeling, ten onzent is het, hoewel men zich dit maar zelden realiseert, anders. Welke rol beginselen in de Nederlandse rechtswetenschap zouden moeten spelen, zal ik in het navolgende trachten aan te geven. Hiertoe wordt eerst iets gezegd over het karakter van ons burgerlijk recht.

### 3. HET GESLOTEN SYSTEEM VAN HET BURGERLIJK RECHT

Het burgerlijk recht wordt, anders dan veel andere rechtsgebieden, gekenmerkt door het feit dat het zeer doorwerkt is. Het geheel van leerstukken en begrippen waarmee de civielrechtelijke rechten en verplichtingen van personen over en weer worden vastgesteld, vindt voor een goed deel zijn oorsprong in de Romeinse tijd en heeft een ontwikkelingsgang van eeuwen ondergaan waarin de spankracht van die leerstukken en begrippen steeds weer is getoetst aan de immer wisselende casuïstiek.<sup>11</sup> Begrippen als contract, onrechtmatige daad, zaakwaarneming, verzuim en eigendom hebben de praktijk van vele jaren in zich opgenomen.

10. Vgl. P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law* (The Hamlyn Lectures 1987), London 1987, p. 26 v.

11. Het betreft hier een thema waarop vooral de legendarische Amsterdamse hoogleraar A. Pitlo steeds weer terug kwam. Zie met name *Evolutie in het privaatrecht*, 2e dr., Groningen 1972, p. 188, waar hij een en ander overigens wel relateert. Helaas is de gedachte nooit zeer uitgewerkt. Vgl. evenwel H.R. Hoetink, *Komt aan de historische ontwikkeling een normatieve betekenis toe voor het proces der rechtsvorming?*, oorspr. 1957, thans in *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn 1982, p. 307 v. Zie ook de Preface bij het machtige boek van Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990.

Met dergelijke doorwerkte leerstukken en begrippen kan door de rechtswetenschap op in beginsel twee manieren worden omgegaan. In beide gevallen gaat het om de verhouding tussen het begrippensysteem en de uitspraken zoals die dagelijks door rechters worden gedaan.<sup>12</sup> Dergelijke uitspraken kunnen in de eerste plaats als op zichzelf staand worden gezien. Iedere beslissing kan dan worden beoordeeld op de mate waarin deze rechtvaardig is, gelet op de daarbij betrokken belangen en personen en de omstandigheden van het geval. Het begrippensysteem speelt dan die rol dat men kan *trachten* om de nieuwe uitspraak daarmee in verband te brengen. Is dit niet mogelijk, dan wordt de uitspraak geplaatst buiten het systeem van al eerder bestaande regels.

Men kan het recht echter ook beschouwen als een geheel van uitspraken dat per definitie met elkaar samenhangt. Men benadert het recht (waarbij inbegrepen de individuele uitspraken) dan als ware het samenhangend, als ware het een eenheid. Het gaat er niet om dat de samenhang tussen een nieuw geval en leerstukken er is (dit zou mogelijk zijn in de eerste visie), maar dat iedere uitspraak wordt gezien *alsof* deze in verband staat met iedere andere.<sup>13</sup> Hangt men een dergelijke visie aan, dan komt niet een gedeelte van de rechtspraak te staan buiten eerder ontwikkelde juridische begrippen. Het systeem bestaat daarin dat er van wordt uitgegaan dat de samenhang er *moet* zijn.<sup>14</sup>

Mijns inziens zou de tweede visie als de juiste moeten worden

12. Behalve door een bepaaldheid door traditie, wordt het burgerlijk recht immers ook gekenmerkt door, wat Josef Esser noemt, de 'Autorität von verbindlichen Texten, Gesetzen, Urteilen und deren relevante Kriterien'. Zie zijn *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, oorspr. 1972, thans in *Wege der Rechtsgewinnung; Ausgewählte Aufsätze* (hrsg. Peter Häberle en Hans G. Leser), Tübingen 1990, p. 363 v.
13. Het is interessant om in dit verband nog eens te wijzen op Ronald Dworkin, *Law's Empire*, o.c., p. 228 v. waar hij een instructief voorbeeld gebruikt van de 'Chain of Law'. De rechter moet zich zelf zien als een auteur in de 'chain of common law': 'He knows that other judges have decided cases that, although not exactly like his case, deal with related problems; he must think of their decisions as part of a long story he must interpret and then continue, according to his own judgment of how to make the developing story as good as it can be'.
14. Paul Scholten, sprekend over de eenheid van het recht, bedoelt m.i. niet veel anders wanneer hij zegt: 'De rechtswetenschap maakt van de massa van voorschriften, die haar gegeven zijn, een systeem (...)'. Zie het Algemeen Deel, o.c., p. 45.

aanvaard. Dat heeft te maken met wat ik zou willen noemen het geesteswetenschappelijk karakter van het burgerlijk recht. Dit benadrukt de omstandigheid dat de mens zelve het recht heeft gevormd en dat het onzinnig is om te doen alsof het ons wederom zou kunnen ontglippen door datgene wat er in de maatschappij en door de rechter mee wordt gedaan. Recht is het product van ons eigen denken. Voor de wet mag gelden de uitspraak van de Belgische jurist André Mast dat zij vergelijkbaar is met een schip dat zodra het de werf verlaten heeft een eigen koers vaart die wordt bepaald door de kapitein (lees: de rechter),<sup>15</sup> voor het recht als geheel geldt dit niet. Wil het recht product van menselijk denken blijven, dan dient moeite te worden gedaan om zodra het recht een meer feitelijke wending dreigt te nemen en wordt gepresenteerd in andere termen dan de gebruikelijke, het wederom te plaatsen in verband met wat al eerder was bereikt. Zo wordt het burgerlijk recht gezien als ware het een systeem. In de eerste benadering kan het afzakken tot een meer sociale wetenschap, maar eigen aan burgerlijk recht is dat het nu juist geen 'science sociale' is en dat moeite dient te worden gedaan om het recht recht te laten blijven.

Met het bovenstaande is het burgerlijk recht een in essentie gesloten systeem. Wat hier wordt betoogd is dat in het al bestaande systeem van begrippen en leerstukken de oplossing voor een zich nieuw aandienend geval kan worden gevonden. Dit betekent niet dat de uitkomst steeds dwingend volgt uit het al bestaande, maar dat iedere rechterlijke uitspraak in de al bestaande termen zou *kunnen* worden gegoten, gesteld dat de rechter hier voldoende tijd en energie in zou steken. Ter verduidelijking van dit standpunt kan worden gewezen op de omstandigheid dat het in theorie mogelijk zou zijn om een geheel nieuw systeem van leerstukken en regels op te bouwen. Dit zou evenwel niet zeer vruchtbaar zijn.<sup>16</sup> Het voordeel van formuleringen in termen van de ons bekende leerstukken is immers dat het nu voorliggende geval kan worden vergeleken met wat eerder is

15. Vgl. stelling 10 bij het referaat van M. Storme, De wetgever en de onafhankelijke rechter, uitgesproken op het symposium Gent-Leiden op 11 december 1992.

16. Zie hierover Erich Rothacker, Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus, Akad. der Wissenschaften und der Literatur; Abh. der Geistes und Soz.w. Kl. 1954-6, Mainz 1954, vooral p. 263.

bereikt. De in leerstukken neergelegde ervaring wordt aldus toegankelijk gemaakt voor het in concreto voorliggende probleem.<sup>17</sup>

Wat voortvloeit uit deze gedachte is dat zulke algemene termen als goede trouw en redelijkheid en billijkheid een geheel eigen plaats innemen. Zij dienen steeds weer te worden gespecificeerd en in verband gebracht met regels. Hier doemt wel een verschil op tussen de werkzaamheid van de rechter en van de wetenschapper. Voor de rechter kan een begrip als goede trouw de functie van vangnet vervullen, waar het hem toeschijnt dat in het bestaande begrippenapparaat onvoldoende houvast te vinden is. Maar de wetenschap kan hier niet bij stil blijven staan. Deze moet trachten het verband tussen de met behulp van algemene termen gevonden oplossing en het bestaande begrippenapparaat te leggen.

Vraag is wel hoe een dergelijk gesloten systeem zich verhoudt tot het 'open systeem' van bijvoorbeeld Paul Scholten. Dit ziet daarop dat het recht nooit af is maar dagelijks verandert met de toepassing. Wanneer de beslissing nooit direct volgt uit het systeem, voegt de beslissing immers iets toe aan dat systeem.<sup>18</sup> Dit komt volgens Scholten het beste tot uitdrukking door te spreken van een open systeem. Met een dergelijke term wordt echter — en dat realiseert Scholten zich onvoldoende — wel uitgegaan van het perspectief van de rechter, die steeds weer moet beslissen<sup>19</sup> en daarbij niet voldoende heeft aan het systeem zoals dat tot op het beslissingsmoment bestaat. Maar wil het recht systeem blijven — en dan wisselt het perspectief naar dat van de systematicus-wetenschapper — dan moet de nieuwe 'toevoegende' beslissing weer wel in de bekende termen worden geformuleerd. En in die zin kan, enigszins provocerend, evengoed van een gesloten systeem gesproken worden.<sup>20</sup>

17. Vgl. ook Franz Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, oorspr. 1956, thans in *Ausgewählte Schriften Band 2* (hrsg. Dieter Simon), Frankfurt am Main 1983, p. 195 en P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, o.c., p. 34. Recent heeft ook J.M. Barendrecht deze gedachte benadrukt. Zie zijn *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, Deventer 1992, bijv. p. 63 v.

18. *Algemeen Deel*, o.c., p. 76.

19. Tenslotte geldt, en dat is zeer relativerend, nog steeds datgene waarmee Benjamin Cardozo in 1921 zijn *The Nature of The Judicial Process* (33rd pr., New Haven 1974, p. 9) begon: 'The work of deciding cases goes on every day in hundreds of courts throughout the land'.

20. Terzijde: behalve een relativering van de term 'gesloten' zou men zich ook nog

#### 4. WAAROM EN HOE BEGINSLEN VAN BELANG ZIJN IN DIT 'GESLOTEN SYSTEEM'

Wenst men de hier voorgestane visie te aanvaarden als weergevend wat het Europees burgerlijk recht is, en het bovenstaande is gepresenteerd als een visie op wat burgerlijk recht reeds is, niet op wat het nog moet worden, een wetenschap dus gericht op de herijking van aloude leerstukken, dan is de vraag welke rol rechtsbeginselen nog kunnen spelen. Wanneer het immers mogelijk is om steeds weer terug te vallen op eerder ontwikkelde begrippen, wat kan dan logischerwijs gesproken nog de betekenis van beginselen zijn?

In de literatuur wordt de betekenis van beginselen over het algemeen in het positieve geformuleerd. Het merendeel der auteurs dat zich waagt aan een definiëring van het begrip rechtsbeginsel wijst op het onderscheid met de regel. Men neemt dan aan dat het beginsel principieel of gradueel van de regel is te onderscheiden.<sup>21</sup> Wanneer we ons realiseren dat het bij vermogensrechtelijke beginselen gaat om de problematiek van de rechtsvinding, heeft het principieel onderscheiden tussen regels en beginselen weinig zin. Uiteindelijk zijn regels en beginselen maatstaven op een glijdende schaal waarover, nu de rechtsvinding uit de aard der zaak niet te reglementeren is, op voorhand weinig valt te zeggen. Uit iedere regel kan een er aan ten grondslag liggend beginsel worden afgeleid waar dit door de rechter gewenst is. Men heeft het dan inderdaad over een maatstaf die als dragende factor van het recht kan worden gezien, zoals over het beginsel terecht steeds wordt opgemerkt,<sup>22</sup> en die de minder

af kunnen vragen of de term 'systeem' wel zo gelukkig is. In de eerste plaats zegt de term niet veel meer dan dat er *enigerlei* samenhang moet zijn; waarop die precies gericht is, blijft in het midden. In de tweede plaats kan men het in de hier voorgestane rechtsofvatting ook wel stellen zonder samenhang tussen leerstukken onderling, zolang ieder specifiek leerstuk maar voldoende uitgewerkt is en houvast biedt bij de beoordeling van een nieuw geval.

21. Principieel bijv. Paul Scholten, *Algemeen Deel*, o.c., p. 62 v., Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1974, p. 95 en de reeds aangehaalde Ronald Dworkin; gradueel bijv. G.J. Scholten, *Rechtsbeginselen en rechtsregels. Scheiden schaadt*, in *Rechtsbeginselen*, Zwolle 1980, p. 3 v., A. Soeteman, *Hercules aan het werk*, o.c., p. 28 v. en Robert Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in *ARSP 1985*, Beiheft 25, (ed. N. MacCormick e.a.), p. 13 v.
22. Bijv. door Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin 1975, p. 207. P. Bellefroid, *Beschouwingen over rechtsbeginselen*, Meded.

concrete maatstaven met elkander in verband brengt en verduidelijkt. Maar men dient zich wel steeds te realiseren dat dit beginsel reeds aanwezig was in het geheel van regels zoals neergelegd in wetboek of jurisprudentie. Het werd alleen niet als zodanig herkend.<sup>23</sup> De — letterlijke — ontdekking vond eerst plaats toen het als directe basis voor de oordeelsvorming ging dienen. Want pas op dat moment zal het werkelijk als beginsel aanvaard worden. Zo bezien heeft de opkomst van beginselen in het continentale rechtssysteem alles te maken met de omstandigheid dat de meer concrete maatstaven in de vorm van regels niet langer voldeden.

Maar wanneer dit waar is, dan kan het beginsel, behalve dat er positief van kan worden gezegd dat het een minder concrete maatstaf dan de regel betreft, ook in het negatieve worden gedefinieerd. Waar de regel niet langer voldoet, komt het beginsel op. Beginselen vervullen dan de rol van een soort 'achtervanger'. Onder het meer concrete recht gelegen waarden komen naar boven en aan de hand van hen wordt recht gedaan. Dit betekent dat beginselen tweeërlei functie krijgen.

In de eerste plaats geven zij de rechter de mogelijkheid om in het concrete geval botsende belangen tegen elkaar af te wegen en aldus recht te doen op een meer zeggende, en dus beter legitimerende wijze dan het geval is bij een directe fundering in de goede trouw of in de redelijkheid en billijkheid. Liever dan direct te verwijzen naar dergelijke algemene formules zal de rechter zich beroepen op de in het gegeven geval spelende, en vaak aan elkaar strijdige, beginselen. Dit betekent wel dat de betekenis van beginselen voor het proces der rechtsvinding niet zo groot is als men het wel doet voorkomen. Beginselen worden door de rechter dan vooral naar voren gebracht als ad hoc rechtvaardiging voor het oordeel in een concreet geval, waar andersoortige normen geen uitkomst bieden.<sup>24</sup> Met een para-

Kon. VI. Ac. der Wetensch., Lett. en Sch. K., Klasse der Letteren 1946-7, p. 5, spreekt van 'de zuilen der rechtsorde'. Vgl. het overzicht bij P.B. Cliteur, Conservatisme en cultuurrecht, diss. Leiden 1989, Amsterdam 1989, p. 456 v.

23. Vgl. Paul Scholten, Rechtsbeginselen, o.c., p. 403 en bijv. ook M.A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge Mass. 1988, p. 78 v.

24. In dezelfde zin op staatsrechtelijk gebied R.J. Jue, *Nogmaals, constitutionele rechtsvorming en rechtsbeginselen*, R&R 1988, p. 39. Ook relativerend over de rol van beginselen is P.W. Brouwer, *Samenhang in recht*, diss. Leiden 1990, Groningen 1990, p. 28.

frase op Hedemann zou men kunnen spreken van een ‘vlucht in de principes’. In die zin zijn beginselen zeer wel vergelijkbaar met de zogenaamde topoi, gezichtspunten van erkend belang, die eveneens de rechter de mogelijkheid bieden om in een vrije afweging tot een rechtvaardig resultaat te komen.<sup>25</sup>

In de tweede plaats, en nu komen we toe aan de vraag zoals die aan het begin van deze paragraaf is gesteld, kan er, gelet op wat eerder is verdedigd voor ons burgerlijk recht, op worden gewezen dat beginselen een absorberende rol vervullen. Wanneer in de rechtspraak naar hen wordt verwezen, wordt niet teruggevallen op recht in de vorm van doorwerkte begrippen en leerstukken. Dit is om de eerder uiteengezette redenen niet zeer efficiënt. Het maakt de beginselen tot de vampieren van het recht. Zij zuigen het bloed weg uit de leerstukken die, in plaats van herijkt te worden met de in nieuwe uitspraken neergelegde ervaring, nu komen te staan naast een nieuw op beginselen gebouwd recht.

Aldus zal enerzijds de rechter beginselen gebruiken om tot een oplossing te komen waar het hem voorkomt dat op het bestaande begrippenapparaat niet kan worden teruggevallen, anderzijds zijn beginselen in het voorgestane gesloten systeem niet geheel op hun plaats. Deze impasse wordt doorbroken wanneer het ‘beginsel-recht’ wederom in verband wordt gebracht met het oudere, meer materiële recht. De vraag of dat mogelijk is heeft alles te maken met een andere vraag, namelijk die of in het recht de natuur sterker kan zijn dan de leer.

## 5. KAN DE NATUUR STERKER ZIJN DAN DE LEER?

Dat, wanneer men zich maar voldoende inspanning getroost, op het bestaande recht steeds kan worden teruggevallen ter beoordeling van het nieuwe concrete geschil, zal menigeen als vreemd voorkomen. Juist eigen aan situaties waarin aan beginselen of aan andere vage normen een meer prominente rol wordt toegekend, is dat een terugval op bestaande leerstukken niet mogelijk is, zo kan immers de

25. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 109 v. Zie kritisch over de rol van de topiek in het recht T.D. de Groot, Theodor Viehweg: de omstrede actualiteit van de topika in de rechtstheoretische discussie, R&R 1988, p. 88 v.

kritiek luiden. Niet voor niets wordt naar andere maatstaven verwezen.

Deze kritiek nu zou hout snijden wanneer het recht een sociale wetenschap zou zijn. In dat geval richten we ons immers naar wat in de praktijk met het recht gebeurt en wanneer we zien dat rechters steeds meer een beroep doen op beginselen, leggen we ons daar zonder veel problemen bij neer. Eerder heb ik echter betoogd dat de rechtswetenschap tot de geesteswetenschappen behoort en dat dit betekent dat niet zonder problemen een dergelijke passieve houding kan worden aangenomen. Het gaat hier om de vraag of de natuur sterker kan zijn dan de leer. Er zijn er die menen dat dit voor het recht het geval is. Men kan wel trachten regels op te stellen, maar de rechter gaat in de praktijk zijn gang toch wel.<sup>26</sup> Hij doet op rechtvaardige wijze recht in de omstandigheden van het geval. Tegen een dergelijke opvatting dient mijns inziens krachtig stelling te worden genomen. Ziet men recht als geesteswetenschap, dan gaat idealiter de leer voorop en voegt de rechter zich daarnaar.<sup>27</sup> Dat men zich in de praktijk soms inderdaad niets aantrekt van bestaande begrippen en een beroep doet op bijvoorbeeld beginselen vindt zijn oorsprong daarin dat de rechter meent onvoldoende te hebben aan het begrip-  
penapparaat zoals dat eerder is ontwikkeld.

De plaats van beginselen in een 'gesloten systeem' wordt nu verklaard door uit te gaan van een scheiding van de werkzaamheid van rechter en wetenschapper. Dat de rechter zich de spankracht van begrippen onvoldoende realiseert, valt hem maar moeilijk te verwijten. De rechter dient slechts het concrete geval te beslissen en wanneer hij niet krijgt aangedragen hoe dat op een andere manier zou kunnen, rest hem weinig anders dan terug te vallen op algemene normen. Maar het is de wetenschap die tot taak heeft om steeds weer het verband te leggen tussen een nieuw beslist geval en wat reeds eerder is bereikt. Doet deze dit op adequate wijze, dan kan de rechter daar de vruchten van plukken en is hij niet genoodzaakt terug te vallen op algemene concepten. Schiet de wetenschap tekort, dan ontstaat een zichzelf versterkende tendens: want hoe meer gevallen

26. Aldus bijv. J.M. van Dunné, *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenis-  
sen)*, In het nu, *Wat worden zal (Schoordijk-bundel)*, Deventer 1991, p. 45.

27. Vgl. in meer algemene zin ook H.C.F. Schoordijk, *De Nederlandse rechtscultuur vergeleken met de Anglo-Amerikaanse*, Rede Antwerpen 1988, thans in *Verspreid Werk*, Deventer 1991, p. 513 v.

buiten het al bestaande om worden beslist, des te geïsoleerder raakt het oude recht en des te kleiner is de kans dat de rechter dáár nog aansluiting bij kan zoeken. In dat geval ontstaan twee rechtssystemen naast elkaar<sup>28</sup> en dat is, ik zei het al eerder, inefficiënt omdat we dan niet ten volle gebruik maken van wat het recht aan ervaring in zich draagt.

Het wordt tijd voor een afronding van dit, in verband met de beschikbare ruimte noodzakelijkerwijs te kort verhaal. In de Anglo-Amerikaanse wereld is men vanuit de hegemonie van de precedentes gekomen tot een minder pragmatisch recht door de afzonderlijke gevallen aan de hand van principes met elkaar te verbinden. De 'Age of Principles' lijkt echter alweer over zijn hoogtepunt heen te zijn. Men gaat weer terug naar het 'pragmatism',<sup>29</sup> naar het recht doen in de omstandigheden van het geval. De ook aan het begin van dit artikel aangehaalde Oliver Wendell Holmes drukte zijn afkeer van beginselen aldus uit dat de beslissing van de rechter 'will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise'.<sup>30</sup> Hier werd betoogd dat in continentaal-Europa de omstandigheden van het geval nooit voldoende legitimatie bieden voor die 'judgment or intuition'. Wij bezitten de mogelijkheid om terug te vallen op een doorwerkt, maar steeds weer te herijken begrippen-systeem. Laten we er gebruik van maken.

28. Vgl. ook Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, o.c., p. 218 v.

29. Zie vooral P.S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, inaugural lecture Oxford 1978, nu in *Iowa Law Review* 65 (1980), p. 1249 v. Vgl. de kritiek van Julius Stone, *From Principles to Principles*, *LQR* 97 (1981), p. 224 v.

30. *Lochner vs. New York*, t.a.p.

# Een begin(sel) van legaliteit in het privaatrecht?

*Maurice V. Polak\**

1. Met veel plezier geef ik gevolg aan de uitnodiging van de redactie van het BW-krant jaarboek om voor de aan 'Rechtsbeginselen' gewijde editie 1993 een stukje te schrijven over legaliteit in het privaatrecht. Ik waardeer deze uitnodiging als een bewijs van de interdisciplinaire banden die er vanouds bestaan tussen het burgerlijk recht van Rapenburg 38 en het internationaal privaatrecht en de privaatrechtelijke rechtsvergelijking van Rapenburg 32. Het aangeerde thema verschaft mij bovendien een goede smoes om nog wat te filosoferen over een zaak die ik in mijn vroegere functie van advocaat bij de Hoge Raad heb mogen bepleiten. Ik realiseer mij dat er een ongeschreven gedragsregel bestaat die advocaten belet in hun eigen zaken na te pleiten, maar ik ga er van uit dat deze regel ophoudt te gelden zodra een advocaat zijn pleittoga tegen een universitaire toga verwisselt.

2. De zaak waarop ik doel, is de procedure Staat/Van Wijngaarden waarin de Hoge Raad op 24 april 1992 arrest heeft gewezen.<sup>1</sup> In dit arrest — en in het nagenoeg gelijklopende arrest van dezelfde datum inzake Staat/Akzo Resins<sup>2</sup> — gaf de Hoge Raad een nadere interpretatie van en een verdere uitwerking aan het arrest Staat/Van Amers-

\* Prof. mr M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. HR 24 april 1992, RvdW 1992, 121, M en R 1992, p. 409 (PWAG-R), TMA 6 (1992) p. 135 (JMvD), BR 28 (1992) p. 556 (EB). In de cassatie-instantie mocht ik als advocaat optreden voor eiser tot cassatie Van Wijngaarden.
2. HR 24 april 1992, M en R 1992, p. 409 (PWAG-R), TMA 6 (1992) p. 131 (JMvD), BR 28 (1992) p. 556 (EB).

foort van 9 februari 1990.<sup>3</sup> Daar over deze drie arresten al uitvoerig is geschreven,<sup>4</sup> volsta ik hier met de hoofdlijnen.

In het arrest Staat/Van Amersfoort besliste de Hoge Raad dat kostenverhaal door de Staat terzake van bodemsanering op grond van art. 21 lid 1 Interimwet bodemsanering ('IBS') voor verontreinigingen in het verleden slechts mogelijk is indien in het voorliggende geval is voldaan aan alle vereisten die art. 1401 oud BW destijds stelde voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Met name is vereist dat de veroorzaker van de bodemverontreiniging ten tijde van het intreden onrechtmatig handelde jegens de overheid. Artikel 21 IBS heeft het relativiteitsvereiste als onderdeel van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor historische verontreinigingen niet terzijde gesteld. Aan dit relativiteitsvereiste is in het algemeen voldaan indien de overheid ten tijde van het veroorzaken van de verontreiniging zich het belang van bodemsanering reeds aantrok dan wel voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat de overheid zich dit belang zou gaan aantrekken.

Hoewel het arrest Staat/Van Amersfoort voor de oplettende lezer weinig aan duidelijkheid te wensen overliet, waren er toch commentatoren, (plaatsvervangend-)landsadvocaten en lagere rechtscolleges die, al dan niet door hun zorg voor het milieu of 's Rijks financiën geïnspireerd, meenden dat er in het arrest niet stond wat er stond, namelijk dat voor het relativiteitsvereiste cruciaal is of de overheid zich *ten tijde van de gewraakte gedraging* reeds *het belang van bodemsanering* aantrok dan wel voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat de overheid zich *dit belang* zou gaan aantrekken. Er werd geweldig gegoocheld met allerlei belangen — het belang van bodembescherming of het belang van een schoon

3. HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 (CJHB), AB 1990, 409 (CJK-W), AA 39 (1990) p. 871 (SCJJK), M en R 1990, p. 170 (PWAG-R), TMA 4 (1990) p. 107 (JMvD), BR 27 (1990) p. 375, KwNBW 7 (1990) p. 101 (TH en GvM).
4. Zie bijv. Th.G. Drupsteen, Relativiteit per 1 januari 1975, NJB 67 (1992) p. 786; P. Kuipers, Bodemsanering, relativiteit, onrechtmatigheid en het kenbaarheidsvereiste. Beschouwingen n.a.v. Staat/Akzo Resins en Van Wijngaarden/Staat, WPNR 123 (1992) 6063, p. 684 en 6064, p. 703; G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad (Diss. RUL 1992) p. 211-237; Themanummer Bodemsanering na de arresten van de Hoge Raad van 24 april 1992, Akzo Resins en Van Wijngaarden, TMA 6 (1992) p. 187; E. Bauw, Relativiteit ten gronde. Het relativiteitsvereiste bij verhaal van kosten van bodemsanering (1993).

milieu in plaats van het belang van bodemsanering — en met tal van historische tijdstippen, waarop de overheid zich het ene dan wel het andere belang zou hebben aangetrokken — 1865, 1962, 1970, 1979 en 1983 —. Van de door de Hoge Raad geformuleerde criteria bleef weinig over.<sup>5</sup> Zo leek het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch in Staat/Van Wijngaarden<sup>6</sup> uit te gaan van een verkeerd belang en van een onjuist historisch tijdstip. Er was dan ook alle aanleiding voor Van Wijngaarden om in cassatie te gaan en de Hoge Raad andermaal een uitspraak over de interpretatie van art. 21 lid 1 IBS te ontlokken. En toen hetzelfde Hof 's-Hertogenbosch in de zaak Staat/Akzo Resins<sup>7</sup> — hangende de cassatie-instantie in Staat/Van Wijngaarden — terugkeerde van de dwalingen zijns weegs, zag de Staat zich uiteraard genoopt om op zijn beurt beroep in cassatie van deze uitspraak in te stellen. Na enig overleg tussen de (cassatie-)advocaten onderling en met de Hoge Raad was het mogelijk beide zaken op dezelfde rolzitting van de Hoge Raad schriftelijk toe te lichten, kon het Openbaar Ministerie volstaan met één Conclusie in beide zaken en was de Hoge Raad in staat op dezelfde dag in beide zaken arrest te wijzen.

In de uitspraken bevestigde de Hoge Raad dat het relativiteitsver-eiste van art. 21 lid 1 IBS jo. art. 1401 (oud) c.q. art. 6:162 BW meebrengt dat doorslaggevend is of voor de veroorzaker van bodemverontreiniging ten tijde van zijn handelen of nalaten voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zijn handelwijze de overheid met vermogensnadeel in de vorm van saneringskosten (in ruime zin) zou opzadelen. De Hoge Raad liet het hier echter niet bij, maar maakte meteen een einde aan de hopeloze verdeeldheid van de lagere rechtspraak over het relevante historische tijdstip: voor ondernemers die activiteiten ontplooiden waaraan het kenbare gevaar van bodemverontreiniging was verbonden, bestond vanaf 1 januari 1975 voldoende duidelijkheid dat de overheid tot sanering van de bodem zou overgaan en daardoor voor saneringskosten zou komen te staan.

5. Zie, voor een overzicht van de lagere jurisprudentie, Special Jurisprudentie, TMA 5 (1991) p. 129; H.G. von Meijenfeldt, Interimwet bodemsanering: ontmoetingsplaats en strijdtoneel voor juristen en technici, TMA 6 (1992) p. 76.
6. Hof 's-Hertogenbosch 23 april 1990, M en R 1990 p. 374 (PWAG-R), TMA 5 (1991) p. 145.
7. Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1991, M en R 1991 p. 369, TMA 5 (1991) p. 147.

3. Tot zover de hoofdlijnen van het arrest Staat/Van Wijngaarden. Alvorens dit arrest te plaatsen in de sleutel van de legaliteit maak ik enige algemene opmerkingen over de inhoud en de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor — achtereenvolgens — het strafrecht, het bestuursrecht en het privaatrecht.

4. Op het terrein van het strafrecht vormt het legaliteitsbeginsel sinds jaar en dag een algemeen aanvaard uitgangspunt. Bekend is art. 1 lid 1 van het in 1886 ingevoerde Wetboek van Strafrecht: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling'. Equivalenten hiervan zijn te vinden in art. 11 Universele Verklaring van de rechten van de mens uit 1948, art. 7 EVRM uit 1950, art. 15 IVBP uit 1966 en laatstelijk art. 15 Grondwet uit 1983.

De ratio van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is dat de forse inbreuken die het strafrecht op de vrijheid en de rechten van de burger maakt, slechts dan gerechtvaardigd zijn als de burger uit bestaande en nauwkeurig omschreven normen kan afleiden welke gedragingen wèl en welke niet strafwaardig zullen worden bevonden.<sup>8</sup> Met andere woorden: het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel gaat uit van het bestaan van wat we tegenwoordig de calculerende burger noemen.

Uit het aldus gerechtvaardigde legaliteitsbeginsel leidt de Nederlandse strafrechtswetenschap vervolgens vier concrete(re) normen af: (1) het tot de wetgever gerichte verbod om aan strafbepalingen terugwerkende kracht toe te kennen (het 'ex post facto'-verbod), (2) de op de wetgever rustende taak om scherpe en precieze delictomschrijvingen op te stellen (het 'lex certa'-beginsel), (3) het tot de rechter gerichte verbod om ongeschreven (gewoonte-)recht als basis voor strafbaarverklaring te hanteren en (4) het voor de rechter bestemde verbod van analogische toepassing van wettelijke strafbepalingen.<sup>9</sup>

8. Zie M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (Oratie KUB 1987) p. 25-31.

9. *Idem*, p. 15. Zie tevens S.A.M. Stolwijk, *Artikel 1, eerste lid en het legaliteitsbeginsel*, in *Gedenboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht* (J.P. Balkema e.a. red. 1986) p. 161-162; J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het*

Zijn de strafrechtjuristen het nog wel eens over de algemene betekenis van het legaliteitsbeginsel voor wetgever en rechter, minder eenstemmigheid valt te bespeuren bij de concrete toepassing. Dikwijls constateert men spanning tussen de rechtsbeschermingsfunctie van het strafrecht — ‘het legaliteitsbeginsel dient er toe ieder individu te beschermen tegen het almachtige justitie-apparaat van de overheid’ — en de instrumentele functie daarvan — ‘een boef behoort zijn straf niet te ontlopen op grond van een rigide toepassing van het legaliteitsbeginsel’ —. Waar de een de noodzaak van effectieve criminaliteitsbestrijding beklemtoont, benadrukt de ander de bescherming van de individuele verdachte. Absolute en onveranderlijke betekenis heeft het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel derhalve niet: de daarin voor wetgever en rechter vervatte normen wijzen nu eens in de ene, dan weer in de andere richting.<sup>10</sup>

5. Ook bestuursrechtjuristen hanteren binnen hun vakgebied een legaliteitsbeginsel. Zij hebben dan het oog op het uitgangspunt dat ieder overheidsoptreden dat inbreuk maakt op vrijheden en rechten van de burger op een wettelijke grondslag dient te berusten. Geen overheidsbemoeienis met de burger tenzij zulks bij of krachtens de wet in formele zin geschiedt.<sup>11</sup>

Het bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel is overigens niet rechtstreeks in de Grondwet of een andere organieke wet te vinden, maar laat zich volgens de een afleiden uit de voorschriften in Hoofdstuk 1 van de Grondwet die slechts beperkingen van grondrechten aanvaarden indien deze ‘bij of krachtens de wet’ zijn gesteld, terwijl de ander wijst op art. 89 Grondwet, inhoudende dat voorschriften in algemene maatregelen van bestuur die door straffen zijn te handhaven, alleen worden gegeven ‘krachtens de wet’.<sup>12</sup> Ook is er juris-

W.v.Sr. (1987) p. 119-123.

10. Zie, voor een overzicht van de diverse standpunten, Stolwijk, *supra* noot 9, p. 161-170. Zie tevens Groenhuijsen, *supra* noot 8, p. 45-62; Nijboer, *supra* noot 9, p. 112-119.

11. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht. Over de plaats van de wet in de rechtsorde* (Oratie KHT 1982) p. 7-8.

12. Zie, voor een overzicht van de verschillende visies, M.H. Kobussen, *De vrijheid van de overheid. Een vergelijking van de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke beoordelingskaders om te komen tot een beantwoording van de vraag of, en in hoeverre het privaatrecht voor de overheid remplaçant kan zijn voor het bestuursrecht* (Diss. KUB 1991) p. 98-103.

prudentie van de Hoge Raad die duidt op het bestaan van een bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel.<sup>13</sup>

Evenals de strafrechtswetenschap kent het bestuursrecht een strijd tussen 'instrumentalisten' en 'rechtsbeschermers'. Verdient het legaliteitsbeginsel gelding over de volle breedte van het overheidsoptreden of zijn er uitzonderingen denkbaar? Sommigen benadrukken het primaat van de wetgever en pleiten voor een zo volledig mogelijke normstelling in wettelijke voorschriften. Anderen leggen de nadruk op de vereiste flexibiliteit en slagvaardigheid van de overheid en nemen genoegen met een minder strikt legaliteitsbeginsel.<sup>14</sup> De praktijk volgt grosso modo de laatste opvatting.

Het zojuist genoemde overheidsoptreden behoeft uiteraard niet beperkt te blijven tot de hantering van publiekrechtelijke bevoegdheden. De overheid kan ook via het privaatrechtelijk instrumentarium — eigendom, overeenkomst, onrechtmatige daad — sturend optreden. Twee opmerkingen over dit gebruik van het privaatrecht door de overheid.

In de eerste plaats dient overheidsoptreden langs privaatrechtelijke weg steeds kritisch te worden gezien op onvereenigbaarheid met, ofwel 'doorkruising' van publiekrechtelijke bevoegdheden die speciaal voor de behartiging van de in het geding zijnde belangen aan de overheid ter beschikking zijn gesteld. Het voorgenomen privaatrechtelijk optreden van de overheid dient de toetsing aan de 'tweewegen'- c.q. 'doorkruisings'-jurisprudentie van de Hoge Raad te kunnen doorstaan.<sup>15</sup> Anders dan gewone burgers, voor wie de weg van het privaatrecht steeds openstaat, moet de overheid eerst langs de controlepost op de kruising van publiek- en privaatrecht.

In de tweede plaats zal ieder overheidsoptreden, zowel publiek- als privaatrechtelijk van aard, worden beoordeeld aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>16</sup> Men kan lang en

13. Zie bijv. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (ARB)(Fluoridering); HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898 (MS), AB 1987, 241 (FHvdB)(Methadonbrief).

14. Zie Kobussen, *supra* noot 12, p. 98-107.

15. Zie HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (MS), AB 1990, 408 (GPK)(Windmill); HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (MS), AA 39 (1990) p. 840 (ThGD)(De Pina/Helmond); HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (MS), AA 40 (1991) p. 1133 (SCJJK en ThGD)(Kunst- en Antiekstudio Lelystad/Lelystad); HR 11 december 1992, RvdW 1993, 6 (Rize K). Zie tevens W.G. Huijgen, Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht, WPNR 123 (1992) 6074, p. 964.

16. Zie HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (MS)(Amsterdam/Ikon); HR 8 juli 1991,

breed discussiëren over de vraag of deze beginselen, indien zij worden 'losgelaten' op privaatrechtelijk overheidsoptreden, iets anders inhouden dan de redelijkheid en billijkheid van de artt. 6:2 en 248 BW (aan die discussie zal ik me hier niet bezondigen<sup>17</sup>), zeker is dat de via het privaatrecht opererende overheid, evenals burgers onderling, is gebonden aan normen van behoorlijk optreden.

6. Straf- en bestuursrechtelijke studies over het legaliteitsbeginsel merken doorgaans op dat het privaatrecht aan de vereisten van legaliteit voldoet, omdat iedere privaatrechtelijke rechtsbetrekking steeds haar basis heeft in de wet, in het bijzonder in het Burgerlijk Wetboek of zijn systematiek. Niet alleen goederenrechtelijke rechten berusten op de wet, maar ook contract en delictuele aansprakelijkheid vinden hun grondslag uiteindelijk in de wet, in casu art. 6:1 BW. Voor de niet-civilisten is het privaatrecht daarmee afdoende 'ge-  
dekt'.<sup>18</sup>

In de privaatrechtswetenschap wordt niet gesproken in termen van legaliteit. Deze term smaakt civilisten vermoedelijk teveel naar de verfoeide legistische wetsinterpretatie. Is het immers niet een verworvenheid van het moderne privaatrecht dat het ongeschreven recht iedere privaatrechtelijke rechtsbetrekking van alle kanten binnensijpelt? Het privaatrecht is toch ook veel beter af zonder legaliteitsbeginsel?

Laat ik bij het begin beginnen. Ik denk dat de meeste Nederlandse civilisten zich kunnen vinden in de hiervoor vermelde zienswijze van straf- en bestuursrechtjuristen dat het privaatrecht heel in het algemeen voldoet aan het vereiste van legaliteit, in die zin dat veel privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn terug te voeren op het burgerlijk recht. Soms kan het nieuwe Burgerlijk Wetboek rechtstreeks antwoord bieden op vragen van privaatrecht. Vaak moet het ongeschreven recht te hulp worden geroepen. Op veel plaatsen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek vindt toepassing van het ongeschreven

NJ 1991, 691 (MS), AA 40 (1991) p. 1133 (SCJJK en ThGD)(Kunst- en Antiekstudio Lelystad/Lelystad).

17. Zie nader H.C.F. Schoordijk, Rechtsverwerking (Afscheidscollège KUB 1991) p. 30-33 en 34.

18. Zie bijv. Hirsch Ballin, *supra* noot 11, p. 9; M.S. Groenhuijsen, Het publiekrechtelijke karakter van het materiële strafrecht, in Gedenboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht (J.P. Balkema e.a. red. 1986) p. 103-104.

recht plaats met behulp van ‘verwijzingsregels’, regels die rechtstreeks verwijzen naar het ongeschreven recht, zoals de artt. 6:2, 162 en 248. Deze gevallen kunnen in overeenstemming worden gebracht met een zeer ruim opgevat legaliteitsbeginsel, omdat de wet zelf de basis voor toepassing van het ongeschreven recht bevat.

Maar hoe ligt de situatie indien de rechter geheel buiten de wet om ongeschreven privaatrecht toepast? Zo valt te denken aan de regels die volgens de Hoge Raad gelden in de pre-contractuele fase. Soms is nog niet de fase van een contract tussen de onderhandelende partijen bereikt en is er evenmin sprake van delictuele aansprakelijkheid bij het afbreken van de onderhandelingen, maar rusten op partijen toch zekere verplichtingen, voortvloeiende uit redelijkheid en billijkheid, tot door-onderhandelen of tot het aanbieden van schadevergoeding.<sup>19</sup> In zo’n geval komen de redelijkheid en billijkheid rechtstreeks vanuit het ongeschreven recht binnenvallen, zonder een direct relevante ‘verwijzingsregel’ in de wet. Zonder iets af te dingen op de inhoudelijke kant van deze jurisprudentie valt te constateren dat legaliteit in strikte zin hier ver te zoeken is.

Kan het privaatrecht het dus inderdaad best stellen zonder legaliteitsbeginsel? Voor de beantwoording van deze vraag wil ik nog eens nader kijken naar de vier concrete normen die de strafrechtswetenschap uit het algemene legaliteitsbeginsel heeft afgeleid. In dat kader kom ik ook te spreken over de zaak Staat/Van Wijngaarden.

7. Ik begin met de tot de rechter gerichte verboden van analogische wetstoepassing en van toepassing van ongeschreven (gewoonte-) recht. Deze uit het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel afgeleide normen hebben voor het privaatrecht geen betekenis. Sterker: in het privaatrecht zijn rechtsvinding door middel van analogie en het gebruik van ongeschreven recht schering en inslag. De moderne privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming zouden ernstig in de knel komen bij transplantatie van beide in het strafrecht ontwikkelde verboden naar het privaatrecht.

Rechtsvinding en rechtsvorming met behulp van analogie vinden

19. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (CJHB)(Plas/Valburg); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (CJHB)(VSH/SNC c.s.). Zie, voor een overzicht van de verschillende rechtsgronden voor de door-onderhandelings- c.q. schadevergoedingsverplichting, H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (Diss. VU 1992) p. 245-289.

in het privaatrecht aan de lopende band plaats. Regels uit het Burgerlijk Wetboek worden buiten hun letterlijke kader op overeenkomstige feitencomplexen van toepassing verklaard. Analogie doet zich ook voor wanneer de rechter de bekende Quint/Te Poel-formule<sup>20</sup> hanteert: voor de ontwikkeling van een buitenwettelijke norm is het stelsel van de wet uitgangspunt en wordt aansluiting gezocht bij de wèl in de wet geregelde gevallen.

Toepassing van ongeschreven recht is voor (NBW-)privatisten eveneens gesneden koek.<sup>21</sup> Zoals hiervoor reeds opgemerkt, dringt het ongeschreven recht langs twee wegen het privaatrecht binnen. In de eerste plaats via verwijzing in een wetsvoorschrift naar niet verder in de wet uitgewerkte en dus buitenwettelijke maatstaven als redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke betamelijkheid. De zaak Staat/Van Wijngaarden is een schoolvoorbeeld van een dergelijke toepassing van ongeschreven recht. Het ongeschreven recht kwam hier via art. 1401 oud BW en de maatstaf van de maatschappelijke betamelijkheid binnen. Nadere wettelijke maatstaven voor de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de verontreiniging van het eigen bedrijfsterrein waren immers niet voorhanden. De tweede weg waarlangs het ongeschreven recht het privaatrecht binnendringt, is via rechtstreekse toepassing in gevallen waarin de wet een lacune bevat en de rechter buiten de wet om een ongeschreven norm vindt c.q. vormt. Een voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad over de verrekening van pensioenrechten bij echtscheiding.<sup>22</sup>

Anders dan het strafrecht biedt het privaatrecht geen plaats voor tot de rechter gerichte verboden van analogische wetstoepassing en toepassing van ongeschreven recht. Waarschijnlijk moet de verklaring voor dit verschil worden gezocht in het essentiële verschil tussen het strafrecht als publiekrechtelijk sanctie-systeem waarmee de overheid het individu achtervolgt en belaagt enerzijds en het burgerlijk recht als privaatrechtelijk normenstelsel voor rechtsbetrekkingen tussen — in beginsel — gelijkwaardige rechtssubjecten anderzijds.<sup>23</sup>

20. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (DJV), AA 8 (1959) p. 171 (JHB).

21. Zie, over de toepassing van ongeschreven recht onder het nieuwe BW, A.S. Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Oratie RUU 1992) p. 21-30.

22. HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 (EAAL en WHH), AA 31 (1982) p. 665 (PvS)(Boon/Van Loon).

23. Zie Groenhuijsen, *supra* noot 18, p. 103-104.

Het eerste vereist strikte toepassing van uitsluitend in de wet geformuleerde normen; het laatste vraagt om soepele hantering van wettelijke en buitenwettelijke normen van privaatrechtelijk behoren.

8. Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel bevat tevens de opdracht aan de wetgever om de strafwaardige gedragingen in de delictsomschrijvingen duidelijk en precies te formuleren. Heeft dit *lex certa*-gebod, *mutatis mutandis*, betekenis voor het privaatrecht?

Het moge duidelijk zijn dat een eventueel privaatrechtelijk *lex certa*-gebod zich niet alleen tot de wetgever, maar tevens tot de rechter zal moeten richten. Immers, waar het de rechter is toegestaan over te gaan tot analogische wetstoepassing en tot toepassing van ongeschreven recht, vindt de rechtsvorming niet uitsluitend door de wetgever, maar mede door de rechter plaats. Een privaatrechtelijk 'Bestimmtheitsgebod' zou aan beiden de opdracht moeten meegeven om tot scherpe en precieze normstelling in het burgerlijk recht te geraken.

Wie het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de recente privaatrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad bestudeert, zal daarin niet direct de strikte hantering van het *lex certa*-beginsel herkennen. Vage normen die verwijzen naar de omstandigheden van het geval, 'omstandigheden-catalogi' die slechts een opsomming geven van de in ogenschouw te nemen omstandigheden, geven de toon aan in het moderne privaatrecht. Voor sommigen is deze situatie een gruwel van rechtsonzekerheid, voor anderen is zij de realistische erkenning dat privaatrechtelijke normstelling een sterk door de concrete feiten gestuurd proces is. De NBW-wetgever en de Hoge Raad zitten duidelijk op het laatste spoor.

Misschien is de slinger inmiddels al weer de andere kant opgeslagen. Recent heeft Barendrecht zich gekeerd tegen het gebruik van vage normen en gepleit voor de ontwikkeling van scherpere normen.<sup>24</sup> Weliswaar spreekt hij niet met zoveel woorden van een legaliteitsbeginsel, toch is zijn betoog gezet in de sleutel van een privaatrechtelijk *lex certa*-gebod. Dit gebod staat daarbij op zichzelf; Barendrecht is allesbehalve een tegenstander van analogische wets-

24. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (Diss. KUB 1992).

toepassing of van toepassing van ongeschreven recht door de rechter. Voor hem heeft de wet zelfs geen 'hogere' status dan het ongeschreven recht. Privaatrecht bestaat in zijn visie uit wettelijke uitgangspunten en rechtstreeks bindende ongeschreven rechtvaardigheidsnormen.<sup>25</sup> Maar deze grotendeels ongeschreven normen dienen wel scherper en concreter te luiden dan de thans gangbare vage normen.

De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Staat/Van Wijngaarden past in het betoog van Barendrecht. In het arrest heeft de Hoge Raad een scherpe en precieze tijdslijn getrokken ten aanzien van de relativiteit van de onrechtmatige verontreiniging van het eigen bedrijfsterrein. De vage maatstaf van Staat/Van Amersfoort is nu voor een belangrijke categorie bodemverontreinigingen vervangen door een eenvoudiger te hanteren en preciezer criterium. Tegelijkertijd heeft de Hoge Raad de allerscherpste kantjes van de norm iets afgeslepen door twee 'caveats' in de uitspraak in te lassen: (1) in bepaalde gevallen kan de grens van 1 januari 1975 terug in de tijd worden verschoven en (2) in het midden blijft of de onderhavige uitspraak ook geldt voor andere vormen van bodemverontreiniging dan de categorie 'eigen bedrijfsterrein'. Nieuwe zaken zullen moeten uitwijzen waar de grenzen van Staat/Van Wijngaarden liggen.<sup>26</sup>

Met de nodige voorzichtigheid zou de conclusie kunnen worden getrokken dat het *lex certa*-gebod op het terrein van het privaatrecht bezig is aan een come-back. Vage normen mogen onmisbaar en/of onvermijdelijk zijn, scherpere normstelling blijft een nastrevenswaardig doel, ook in het privaatrecht.

9. Tenslotte bevat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel het tot de wetgever gerichte verbod om strafbepalingen terugwerkende kracht te verlenen. Heeft deze norm betekenis voor het privaatrecht?

Op het eerste gezicht lijkt er geen plaats voor een privaatrechtelijk 'ex post facto-verbod'. Artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht is uitsluitend voor het strafrecht geschreven. Weliswaar bepaalt art. 4 Wet AB '[d]e wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geene terugwerkende kracht', maar algemeen is aanvaard dat dit voorschrift de (privaatrecht-)wetgever niet verbiedt om aan een

25. Idem, p. 226.

26. Zie bijv. Hof Amsterdam 17 december 1992, NJB 68 (1993) p. 76 (Staat/Philips-Duphar).

wettelijke bepaling terugwerkende kracht te verlenen.<sup>27</sup> Ook Aanwijzing 167 lid 1 van de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving<sup>28</sup> erkent de mogelijkheid van terugwerkende kracht van een regeling, zij het dat daarvoor wel een 'bijzondere reden' dient te bestaan. In overeenstemming hiermee verleent de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek hier en daar terugwerkende kracht aan bepalingen van het nieuwe recht.<sup>29</sup> En de wetgever handelt evenmin in strijd met een privaatrechtelijk ex post facto-verbod door bij de overbrenging van art. 21 IBS naar art. 47 Wet bodembescherming ('WBB') het relativiteitsvereiste met terugwerkende kracht te laten vervallen.<sup>30</sup> Terecht concentreert de discussie zich op de (andere) vraag of de wetgever de rechtszekerheid daarmee niet te zeer aantast.<sup>31</sup>

Ligt de situatie anders als niet de wetgever, maar de rechter 'nieuw' recht vormt, door een wetsbepaling anders te interpreteren dan voorheen of door een nieuwe norm uit het ongeschreven recht af te leiden? Hoe zit het dan met de terugwerkende kracht? In de klassieke rechtsvindingstheorieën heet het dat de rechter het recht vindt zoals het altijd al luidde, maar voor niemand kenbaar was. De

27. Zie C.J.H. Brunner, *Rechtsvinding Overgangsrecht Privaatrecht* (preadvis), Hand. NJV 115 (1985) deel 1, eerste stuk, p. 6-32.
28. Aanwijzingen voor de regelgeving, publicatie van het Ministerie van Justitie (2e oplage november 1992). Zie nader Brief van de Minister van Justitie d.d. 16 december 1992, Kamerstukken II, 1992-1993, 22800 hoofdstuk VI, nr 35. Zie, voor een bespreking van de Aanwijzingen, Ph. Eijlander en W. Voermans, *Nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving*, NJB 68 (1993) p. 169; T.C. Borman, *Aanwijzingen voor de regelgeving*, AA 42 (1993) p. 183.
29. Zie bijv. de artt. 80 lid 2 en 81 lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.
30. Zie *Uitbreiding van de Wet bodembescherming met een regeling inzake de sanering van de bodem*, Kamerstukken II, 1989-1990, 21556, nrs 1-3.
31. Zie bijv. F.H.A.M. Thunnissen, *Hoeft rechtszekerheid niet in het milieu?*, NJB 65 (1990) p. 1511; E. Bauw, *Naar een bodemloze aansprakelijkheid? Een commentaar op de regeling van het kostenverhaal in het wetsvoorstel Uitbreiding van de Wet bodembescherming met een regeling inzake de sanering van de bodem*, M en R 1990, p. 509; L. de Boer, *Dubieuze dubbelrol Staat als wetgever en procespartij. Uitbreiding Wet Bodembescherming met art. 47 lid 5 en art. V Overgangsregeling*, *Advocatenblad* 70 (1990) p. 570; P. Kuipers, *Een wetsontwerp dat sanering behoeft*, WPNR 123 (1992) 6039, p. 171; idem, *supra* noot 4, p. 689-690; H.G. von Meijenfheldt, *Het verhaalsrecht bodemsanering: meer een zaak van belangen dan van rechtsbeginselen*, TMA 6 (1992) p. 198; N. Frenk en E.A. Messer, *Art. 47 lid 5 jo. art. V Wet bodembescherming: 'much ado about nothing'?*, NJB 68 (1993) p. 45.

'nieuwe' norm wordt geacht altijd al gegolden te hebben en heeft derhalve automatisch terugwerkende kracht. In deze theorieën is een verbod van terugwerkende kracht een anomalie. Wanneer echter wordt aanvaard dat de rechter ook zelfstandig recht vormt, ligt het voor de hand dat hij bij de inpassing van door hem gecreëerd 'nieuw' recht in het bestaande rechtsleven dezelfde beginselen van overgangsrecht hanteert als de wetgever. Het rechterlijk oordeel heeft nu niet per se terugwerkende kracht, maar kan ook andere temporele effecten toegemeten krijgen.<sup>32</sup> Maar zelfs in deze opvatting is terugwerkende kracht niet uitgesloten op grond van een privaatrechtelijk *ex post facto*-verbod.

Ook ten aanzien van de terugwerkende kracht van privaatrechtelijke normen in rechterlijke uitspraken lijkt echter een kentering waarneembaar. Deze kentering is teweeg gebracht door de procedures ingevolge art. 21 lid 1 IBS, waarvan Staat/Van Wijngaarden het voorlopig hoogtepunt vormt. Het klassieke patroon van deze zaken is dat de Staat in de loop van de jaren '80 en '90 particulieren en ondernemingen aanspreekt vanwege bodemverontreinigingen die geruime tijd geleden zijn veroorzaakt. De tijdsspanne die ligt tussen het moment van veroorzaking van de verontreiniging en het moment van aansprakelijkstelling wordt gekenmerkt door een enorme verscherping van de normen inzake milieuverontreiniging. Anno 1993 oordelen we anders over milieuverontreiniging dan anno 1963. Gaat het dan wel aan de normen van nu toe te passen op gedragingen van toen? Dit is een vraag die zich uiteraard aandient bij iedere privaatrechtelijke verhouding waar het moment van intreden van het relevante rechtsfeit ver in de tijd verwijderd ligt van het moment van rechterlijke beoordeling. Merkwaardig genoeg is deze voor de hand liggende vraag echter eerst in de art. 21 IBS-procedures in zijn volle omvang aan de orde gesteld. Het lijkt er welhaast op dat advocaten en rechters zich doorgaans weinig bewust zijn van hun *ex post facto*-positie. Waarom wordt niet op veel ruimere schaal door advocaten een beroep gedaan op wat Lankhorst noemt het 'state of the law'-verweer<sup>33</sup> en bepleit dat huidige normen niet mogen worden toegepast op historische rechtsfeiten, om reden dat de normen destijds

32. Zie, in het algemeen, M.V. Polak, *Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht*, RM Themis 1984, p. 228.

33. Lankhorst, *supra* noot 4, p. 216-219.

anders luidden? En waarom zijn rechters, ambtshalve rechtsvindend en rechtsvormend (art. 48 Rv), niet wat kiener op de temporele effecten van hun oordelen?<sup>34</sup> Zijn juristen te sterk geneigd te denken dat het door hen gehanteerde normenstelsel universele en eeuwige geldingspretentie heeft en niet 'slechts' hier en nu geldt?

De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Staat/Van Wijngaarden laat zien dat ook het privaatrecht een zeker ex post facto-verbod kent. De normen inzake aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging die thans gelden, zijn in de loop van de jaren '70 en '80 ontstaan en lenen zich derhalve niet voor toepassing op gedragingen van vóór 1 januari 1975. De verandering van de onrechtmatige-daadsnorm in de richting van zwaardere aansprakelijkheid voor de veroorzaker van bodemverontreiniging wordt door de Hoge Raad opgemerkt, met als gevolg een afzwakking van de terugwerkende kracht van de huidige norm.

Absolute werking heeft het privaatrechtelijk ex post facto-verbod niet: wetgever en rechter blijven in staat normen met terugwerkende kracht 'in te voeren', maar de eis van rechtszekerheid en het beginsel van vertrouwen op het recht nopen beide rechtsvormers tot een terughoudend gebruik van het paardemiddel terugwerkende kracht. Hoofdgeregeld dient te zijn dat feiten — wanprestatie, onrechtmatige daad — worden beoordeeld naar de normen die golden toen de feiten zich voordeden.

De komende jaren zullen de contouren van het privaatrechtelijk ex post facto-verbod duidelijker worden. Het omvangrijke pakket aanhangige en nog te initiëren art. 21 IBS- c.q. art. 47 WBB-zaken bevat nog vele puzzels over de terugwerkende kracht van de huidige en de toekomstige normen. Maar ook op andere gebieden van het privaatrecht zou het ex post facto-verbod tot ontwikkeling kunnen komen. Overal waar normen van privaatrecht sterk in ontwikkeling zijn, rijst immers de vraag naar de opportuniteit van toepassing van

34. Zie, bij wijze van uitzondering, HR 27 april 1989, NJ 1990, 347 (JCS), AA 38 (1989) p. 788 (ThMdB)(Tan/Bavinck) inzake internationaal huwelijksvermogensrecht waar de temporele reikwijdte van HR 10 december 1976, NJ 1977, 275 (JCS), AA 26 (1977) p. 195 (HUIJd'O)(Chelouche/Van Leer) centraal stond. Zie, voor oudere jurisprudentie waarin het temporele aspect van rechterlijke oordelen aan de orde kwam, M.V. Polak, *Omgaan en overgaan*; recente rechtspraak inzake rechterlijk overgangsrecht, WPNR 117 (1986) 5782, p. 299 en 5783, p. 315.

nieuwe normen op historische feitencomplexen. In het proces van wetgeving zijn we allang gewend om stil te staan bij de temporele effecten van nieuwe normen. Aanwijzing 165 van de Aanwijzingen voor de regelgeving dwingt daar zelfs toe: 'Bij een nieuwe regeling of wijziging van een regeling wordt overwogen of overgangsbepalingen noodzakelijk zijn'. De juridische praktijk is er echter nog niet op ingesteld om ook in het proces van rechterlijke rechtsvinding aandacht te besteden aan de tijdsfactor. Daarin lijkt nu langzamerhand verandering te komen. Ik juich dat toe: rechterlijk overgangsrecht dient deel uit te maken van het proces van rechtsvinding.<sup>35</sup>

10. Deze korte excursie vanuit het privaatrecht naar het straf- en bestuursrecht en terug via Staat/Van Wijngaarden laat zien dat sommige aspecten van het straf- en bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel ook betekenis hebben voor het privaatrecht. Het lex certa-gebod en het ex post facto-verbod dienen zich ook op het terrein van het privaatrecht aan. De precieze betekenis van beide normen voor het privaatrecht is nog wat vaag, maar zal de komende jaren vermoedelijk duidelijker worden. Het lijkt me te vroeg om al te spreken van een heus beginsel van legaliteit in het privaatrecht, maar een begin is er zeker.

35. Aldus ook stelling 9 bij mijn proefschrift, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (Diss. RUL 1988).

# De subjectiviteit van de wil en het vertrouwen

L. Reurich\*

## I. INLEIDING

Op triviale wijze heeft de wetgever in art. 3:33 en 3:35 BW de subjectieve wils-vertrouwensleer neergelegd: een aantal werkbare criteria geeft antwoord op uitsluitend concrete vragen.<sup>1</sup> Het zijn primair de *geopenbaarde wil* (3:33) en subsidiair het *gerechtvaardigd vertrouwen* (3:35) die bepalen wanneer een rechtshandeling tot stand komt en de juridische gebondenheid intreedt. Deze criteria hangen echter direct samen met de rechtvaardiging van die gebondenheid.<sup>2</sup> Op dit diepere niveau spelen opnieuw de wil en het vertrouwen een belangrijke rol. Nieuwenhuis spreekt in dit verband van het autonomie- en vertrouwensbeginsel, waarbij de term beginsel gebruikt wordt in de betekenis van rechtvaardiging.<sup>3</sup>

Hier dreigt een terminologische verwarring. Het is namelijk gangbaar art. 3:35 op zichzelf eveneens het vertrouwensbeginsel te noemen.<sup>4</sup> De term beginsel wordt dan gebruikt in de globale betekenis van 'eenvoudige eigenschap'.<sup>5</sup> Men treft het vooral aan in titels

\* Mr. L. Reurich is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 169.
2. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, blz. 14.
3. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, blz. 5-6. Ik zal mij in dit betoog beperken tot deze twee beginselen in verband met art. 3:33 en 3:35. Aan het *causa*-beginsel besteed ik geen aandacht.
4. Bijv. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijke wetboek*, Deventer 1990, blz. 59; T&C (Hijma), aant. 3 bij art. 33 Boek 3.
5. Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, 12e uitgave 1992; J.H. Nieuwenhuis t.a.p.

van wetenschappelijke werken die eenvoudige, basale kenmerken van een bepaald vakgebied beschrijven. Zo zijn er beginselen van het Sanskrit en beginselen van de archeologie<sup>6</sup>. Maar er zijn ook beginselen van vermogensrecht. Het vertrouwensbeginsel is er één van. Het vertrouwen duikt als een 'eenvoudige eigenschap' op in allerlei bepalingen van het vermogensrecht. Evenzo zou art. 3:33 het autonomiebeginsel kunnen worden genoemd, zij het dat haar spreiding beperkt blijft tot dit artikel en de analoge toepassing op grond van art. 3:59. Het beginsel in deze 'oppervlakkige' betekenis van eenvoudige eigenschap van het vermogensrecht noem ik een horizontaal beginsel. Het komt vooral ter sprake in verband met haar toepassingsgebied, ofwel de horizontale spreiding. Het dieperliggende beginsel dat de juridische gebondenheid rechtvaardigt, en deze als een pijler ondersteunt, noem ik een verticaal beginsel. Hierbij gaat het om de vraag of het beginsel de juridische gebondenheid kan legitimeren.

In de twee typen beginselen spelen de wil en het vertrouwen een belangrijke rol. Dit werpt de vraag op hoe deze begrippen moeten worden opgevat en met name welke betekenis toekomt aan het subjectieve element dat inherent is aan beide begrippen. Deze vraag staat in dit betoeg centraal.

De aandacht gaat vooral uit naar de bespreking van het horizontale autonomie- en vertrouwensbeginsel. Na een korte, algemene schets wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen daadwerkelijk een rol spelen bij de totstandkoming van een rechtshandeling. Tot slot komt kort aan de orde de betekenis van het subjectieve element op het diepere niveau van rechtvaardiging van de juridische gebondenheid, dus op het niveau van de verticale beginselen.

## II. HET AUTONOMIEBEGINSEL

Ieder mens is vrij naar eigen keuze rechtsbetrekkingen aan te gaan. Het beginsel dat deze vrijheid vooropstelt — het autonomiebeginsel — heeft een passieve en een actieve zijde.<sup>7</sup> De *passieve* zijde bestaat

6. A. Scharpbe, *Beginselen van het Sanskrit*, Gent 1970; F. Deschoemaeker, *Beginselen van archeologie*, Amsterdam 1990.

7. Dit onderscheid is verwant aan de scheiding tussen negatieve en positieve vrijheid, zie Isaiah Berlin, *Four essays on Liberty*, Oxford, 1969, blz. 121 e.v.

uit de vrijheid *van* bemoeienis van anderen. Deze ‘vrijheid van’ garandeert een onaantastbare, vrije sfeer van het individu. In de literatuur over de juridische gebondenheid blijft deze zijde nogal onderbelicht. Geheel ten onrechte, omdat zij de noodzakelijke voorwaarde is voor de veel meer besproken *actieve* zijde van de autonomie: de vrijheid *om* rechtsbetrekkingen aan te gaan. Deze ‘vrijheid om’ wordt door de wetgever in art. 3:33 BW erkend door aan de (geopenbaarde) individuele wil rechtsgevolgen te verbinden.

Hoewel de subjectieve, interne wil de kern vormt van (de actieve zijde van) het autonomiebeginsel, zoekt men vergeefs naar een inhoudelijke bepaling daarvan. De verdedigers van het beginsel volstaan met de moeiteloze vaststelling dat het privaatrecht en zelfs de gehele westerse samenleving het beginsel veronderstelt.<sup>8</sup> Enig begrip voor deze weinig inhoudelijke behandeling kan wel worden opgebracht, want de menselijke wil heeft met een hardnekkig probleem te kampen. Dit probleem bestaat hierin dat voor de mens zelf, in de eerste persoon enkelvoud, de wil een zekere vanzelfsprekendheid heeft, die echter geheel verloren gaat als een extern standpunt wordt ingenomen. Vanuit dat standpunt is de wil, die intern en subjectief is, immers niet kenbaar. Ze bezwijkt dan onmiddellijk, zonder dat ook maar enigzins duidelijk is wát er nu eigenlijk bezwijkt. In een tamelijk recent boek van de filosoof T. Nagel, waarin de kwestie van de menselijke wil en het interne perspectief aan de orde komt — met de treffende titel ‘The view from nowhere’ — wordt het probleem als volgt samengevat:

‘The difficulty (...) is that while we can easily evoke disturbing effects by taking up an external view of our own actions and the actions of others, it is impossible to give a coherent account of the internal view of action which is under threat.’<sup>9</sup>

Nagel voegt hieraan toe dat voor dit probleem (nog) geen oplossing bestaat. Vooralnog is een objectieve, inhoudelijke bepaling van de menselijke wil niet mogelijk.

Het vooropstellen van de wil lijkt hiermee een sprong in het duister. Toch doet het ontbreken van een inhoudelijke bepaling zich niet zo sterk voelen, omdat de wil in positieve zin vrijwel nooit ter

8. B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991, blz. 9; aldaar meer literatuur.

9. T. Nagel, *The view from nowhere*, Oxford University Press 1986, blz 112-113.

sprake komt. Als iemand een vaas omgooit zal hij aannemelijk maken dat hij dit *niet* heeft gewild. Slaagt hij hierin, dan is hij verontschuldigd; slaagt hij niet, dan wordt hem het omgooien toegerekend. In het dagelijkse taalgebruik komt de wil slechts aan de orde in deze negatieve, verontschuldigende, zin.<sup>10</sup> Het recht sluit aan bij dit dagelijks taalgebruik. Niet de aanwezigheid, maar de afwezigheid van een met de verklaring overeenstemmende wil moet door de handelende persoon worden gesteld en bewezen.<sup>11</sup> Met andere woorden, de vraag of al dan niet een wil aanwezig is lost zich op in de vraag of het bewijs van de afwezigheid van de wil al dan niet slaagt. Om dit bewijs te kunnen leveren wordt het niet-willen enigszins geobjectiveerd.

Door deze bewijslastverdeling rond art. 3:33 wordt de vraag naar de daadwerkelijke aanwezigheid van de wil omzeild. Zij kan in de gevallen waarin een verklaring voorligt en niemand een geslaagd beroep doet op het ontbreken van de wil, eenvoudig worden verondersteld. Het autonomiebeginsel, zoals het is neergelegd in art. 3:33, is niet meer dan deze veronderstelling dat verklaringen en gedragingen van mensen, behoudens uitzonderingen, worden gedekt door een daarmee overeenstemmende wil. Een inhoudelijke bepaling van (de actieve zijde van) het beginsel is niet mogelijk en voor de toepassing van art. 3:33 ook niet nodig. Dit brengt tevens met zich mee dat het interne en subjectieve van de menselijke wil bij de toepassing van art. 3:33 wel in naam maar niet daadwerkelijk een rol speelt. Men kan immers volstaan met een veronderstelling, zonder dat duidelijk is wat er onder die veronderstelling schuilgaat.

### III. HET VERTROUWENSBEGINSEL

Op het eerste gezicht lijkt het vertrouwen, evenals de wil, een subjectief begrip. Ditmaal staat niet het interne perspectief van de volens<sup>12</sup>, maar dat van de fidens centraal. Toch is vertrouwen meer dan een interne aangelegenheid. Het vertrouwen van de één is immers altijd gericht op, en ook vaak gewekt door, een ander.

10. G. Ryle, *The concept of Mind*, Hutchinson 1949, blz. 68.

11. T&C (Hijma), aant. 3 bij art. 33 Boek 3.

12. De volens is degene die een bepaald rechtsgevolg wil. Dat deze term — in tegenstelling tot de term 'nolens' — in de juridische literatuur niet gebruikt wordt, bevestigt het in par. II betoogde dat de wil in positieve zin vrijwel nooit ter sprake komt.

Hierdoor bezit het vertrouwensbeginsel een *communicatief* karakter. Duidelijk komt dit naar voren in de neutrale, door art. 3:35 geïnspireerde, formule van de Hoge Raad uit het Misverstand-arrest<sup>13</sup>:

‘Het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst is tot stand gekomen, hangt in beginsel af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen (...) hebben afgeleid.’

Het vertrouwensbeginsel dat in deze formule ligt vervat, is, door zijn ruimheid, niet alleen een beginsel in het vermogensrecht, maar van menselijk samenleven in het algemeen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze formule tevens wordt gebruikt bij de bestudering van de samenleving, en wel door een sociologische stroming die het symbolisch-interactionisme wordt genoemd.<sup>14</sup> *Interactionisme*, omdat het in de sociale werkelijkheid gaat om verklaringen en gedragingen over en weer. *Symbolisch*, omdat het gaat om de betekenis die aan deze verklaringen en gedragingen wordt toegekend. De treffende gelijkenis in formulering onderstreept dat het bereik van het vertrouwensbeginsel niet beperkt is tot het juridische.

Desondanks valt het vertrouwen als sociaal verschijnsel niet samen met het rechtens relevante vertrouwen. In de juridische context is het vertrouwen op een eigen wijze vorm gegeven, met name door de toevoeging van een objectiverend element. De volledige formule van de Hoge Raad luidt immers als volgt:

‘Het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst is tot stand gekomen, hangt in beginsel af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, *overeenkomstig de zin die daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht worden toegekend*, hebben afgeleid.’<sup>15</sup>

De in het cursieve gedeelte neergelegde objectivering houdt in dat het (subjectieve) vertrouwen door objectieve omstandigheden moet worden gerechtvaardigd. Het rechtens relevante vertrouwen is altijd gerechtvaardigd vertrouwen. Dit gerechtvaardigd vertrouwen heeft zich deze eeuw sterk ontwikkeld, waarbij, voorzover relevant voor

13. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

14. H. Blumer, ‘Society as Symbolic Interaction’ in: *Symbolic Interaction, a reader in social psychology*, Boston 1967, blz. 145-154.

15. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

dit betoog, twee aspecten opvallen. Dit zijn de objectivering en de dynamisering.

Met het eerste aspect doel ik op het terugtreden van het subjectieve element. Dit subjectieve element is onder het oude BW — mede ter onderscheiding van de goede trouw van art. 1374 lid 3 BW (oud) — sterk op de voorgrond geplaatst. Meijers spreekt van ‘de goede trouw in den zin van een bepaalde geestestoestand’<sup>16</sup>; ook Van der Heijden plaatst het vertrouwen in het bewustzijn van de fidens<sup>17</sup>; tientallen jaren later spreekt Van Schilfgaarde van een subjectieve gezindheid<sup>18</sup>. Uitgangspunt is steeds het (subjectieve) vertrouwen van de fidens dat echter vervolgens dient te worden getoetst aan de (objectieve) omstandigheden van het geval. Vertrouwen is pas gerechtvaardigd als objectieve omstandigheden deze rechtvaardiging kunnen dragen. Deze ‘tweetraps’-benadering is ook in het huidige BW gehandhaafd. Er komt weliswaar veel betekenis toe aan de objectivering — de Parlementaire Geschiedenis spreekt van geobjectiveerde goede trouw<sup>19</sup> — maar de objectivering betreft het subjectieve vertrouwen, dat dus het uitgangspunt blijft vormen.

Zoals hierboven is gebleken bestaat ook het door art. 3:35 geïnspireerde criterium uit het Misverstand-arrest uit een subjectief element en een objectivering. Spoedig wordt het criterium echter toegepast zonder het subjectieve element uitdrukkelijk te noemen. In het Kribbebijter-arrest<sup>20</sup> komt het nog expliciet naar voren, maar sinds het Haviltex-arrest lijkt het door de objectivering op de achtergrond te zijn gedrongen.<sup>21</sup> Betekent dit nu dat het subjectieve element — de persoonlijke verwachtingen en opvattingen van betrokkenen — geen rol meer speelt? Deze vraag was de inzet van de procedure bij de Hoge Raad van 21 september 1990, NJ 1991, 4 (Van der Werff/APF).

16. Meijers in zijn noot onder HR 27 mei 1927, NJ 1927, 1293.

17. Van der Heijden, De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, RM 1928, blz. 33-34.

18. P. van Schilfgaarde, ‘Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten’ in: Goed en Trouw, opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1984, blz. 58.

19. Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 106.

20. HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521.

21. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125; HR 23 september 1988, NJ 1989, 35; HR 18 november 1983, NJ 1984, 272; HR 22 april 1988, NJ 1988, 745; HR 11 november 1988, NJ 1990, 440.

Het geschil dat partijen verdeeld hield spitste zich in hoger beroep toe op de vraag of bij de uitleg van een overeenkomst tot het verrichten van enige diensten, gewicht toekomt aan het opgewekte vertrouwen — door het hof omschreven als de ‘persoonlijke verwachting’ van een der partijen. Het oordeel van het hof luidt ontkennend. In het cassatiemiddel wordt tegen dit oordeel aangevoerd, daarin gesteund door A-G Strikwerda, dat het hof, door deze ‘persoonlijke verwachting’ van een der partijen terzijde te schuiven, het Haviltex-criterium heeft miskend. Het middel faalt. De Hoge Raad is van oordeel dat het Haviltex-criterium niet op onbegrijpelijke wijze is toegepast; hij voegt hieraan toe dat het hof de ‘persoonlijke verwachting’ kennelijk te weinig concreet heeft geacht. Kortom, het subjectieve element is niet een noodzakelijk onderdeel van het Haviltex-criterium, maar slechts een omstandigheid die bij toepassing van het criterium eventueel meeweegt.

In dit arrest heeft de Hoge Raad, in navolging van het hof, slechts oog voor de objectieve zijde van de vertrouwensbescherming. Kennelijk gaat hij ervan uit dat het subjectieve element in de objectieve formule van het Haviltex-arrest besloten ligt en kan het ontbreken van een uitdrukkelijke toetsing van de persoonlijke verwachtingen van partijen niet tot cassatie leiden. Daarmee lijkt het subjectieve element — ooit uitgangspunt van het vertrouwensbeginsel — van het toneel te zijn verdwenen.

Met het tweede aspect, de dynamisering, doel ik op de opkomst en bloei van de onderzoeksplicht. Niet iedereen is altijd even sterk doordrongen van de strekking en draagwijdte van zijn verklaringen. De ontvanger van een verklaring dient alert te zijn op dergelijke onvolkomenheden. Hij zal daarom, naar gelang van omstandigheden, enig onderzoek dienen te verrichten om er zeker van te zijn dat de ander bedoelt wat hij verklaart. Laat hij dit achterwege, dan kan geen sprake zijn van gerechtvaardigd vertrouwen. Deze onderzoeksplicht is moeilijk te verenigen met de bovengenoemde ‘tweetraps’-benadering. Immers, niet het vertrouwen maar de twijfel vormt het uitgangspunt. Het subjectieve vertrouwen is hooguit het resultaat van verricht onderzoek, zonder dat er verder betekenis aan toekomt.

Uit de bespreking van beide aspecten komt hetzelfde beeld naar voren: het subjectieve element — eens het kenmerk van het vertrouwensbeginsel in het vermogensrecht — is sterk op de achtergrond geraakt. Het gerechtvaardigd vertrouwen wordt vrijwel geheel

beheerst door de objectivering. Uit deze ontwikkeling leidt ik af dat er een meer *instrumenteel* gebruik wordt gemaakt van het vertrouwensbeginsel: het is een effectief middel om tot de gewenste objectivering te geraken. De aandacht gevestigd op de steeds wisselende omstandigheden van het geval, kan worden uitgemaakt of er een onderzoeks- of mededelingsplicht bestaat, en of deze omstandigheden het totstandkomen van een rechtshandeling kunnen rechtvaardigen.

Overigens is het vertrouwensbeginsel in het vermogensrecht altijd al een tamelijk instrumenteel gebruik ten deel gevallen. Men beschermdde het vertrouwen immers niet omwille van zichzelf, maar ten behoeve van de rechtszekerheid. Door het op de achtergrond raken van het subjectieve element komt het vertrouwensbeginsel nog meer van zijn wortels los. Tevens brengt dit met zich mee dat het beginsel zich niet langer kenmerkt door één bepaalde inherente eigenschap. Zij verstroot zich over de steeds wisselende omstandigheden van het geval.

#### IV. BEGINSELEN ALS RECHTVAARDIGING

De bespreking van het horizontale autonomie- en vertrouwensbeginsel laat zich als volgt samenvatten. Het subjectieve element van zowel de wil als het vertrouwen speelt geen daadwerkelijke rol bij de totstandkoming van een rechtshandeling. Steeds gaat het om de objectivering en dus om de betekenis die redelijkerwijs aan verklaringen en gedragingen over en weer mag worden toegekend. Komt dit bij het vertrouwensbeginsel scherp naar voren, bij de toepassing van art. 3:33 geldt het evenzeer. Daar wordt alleen de redelijke betekenistoekenning aan het zicht onttrokken omdat het artikel slechts normale, probleemloze gevallen bestrijkt, waardoor de veronderstelling van de wil ongeschonden kan worden gehandhaafd.

Wat hier naar voren komt, kondigde Suijling reeds in 1939 aan:

‘Dat de wet het rechtsgevolg eener wilsuïting niet van de wil of het vertrouwen van de contractanten doet afhangen, maar van de bedoeling die de wederpartij redelijkerwijs verondersteld mag worden aan de ontvangen verklaring te hechten, moet nog steeds tot een algemeen erkende waarheid worden.’<sup>22</sup>

Deze waarheid sluit overigens niet uit dat het subjectieve een rol

22. J. Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 5e stuk, Zakenrecht, Haarlem 1940, voorrede blz. VI.

kan spelen. Het is namelijk nog steeds van betekenis in de exceptionele gevallen waarin het subjectieve kenbaar is, bijvoorbeeld door een brief van één van de contractanten. Maar bovendien, en dat is belangrijker, vormt het subjectieve de kern van de dieperliggende verticale beginselen. Dit houdt verband met een specifieke eis die aan deze beginselen, juist vanwege hun legitimerende functie, wordt gesteld. Deze eis bestaat hierin dat de rechtvaardiging geen elementen mag bevatten van hetgeen gerechtvaardigd wordt. Als hieraan niet wordt voldaan ontstaat immers een cirkelredenering en verliezen de beginselen hun legitimerende waarde. Met andere woorden, het verticale autonomie- en vertrouwensbeginsel kan slechts haar legitimerende functie vervullen als de rechtvaardiging van de juridische gebondenheid gelegen is in een niet-juridische sfeer. Dit is precies wat beide beginselen te bieden hebben: zij vinden de rechtvaardiging van de gebondenheid in respectievelijk de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen. Hiermee wordt overigens niet alleen tegemoet gekomen aan een logische eis. De meer inhoudelijke betekenis hiervan is dat de rechtvaardiging gevonden wordt in de individuele mens. Het recht dat zijn pretentie op redelijkheid wil waarmaken, kan ook niet zichzelf maar alleen de (redelijke) mens als uitgangspunt nemen.<sup>23</sup>

Met het oog op deze rechtvaardiging acht ik het niet onwenselijk dat de (subjectieve) wil en het (subjectieve) vertrouwen expliciet in de wet worden genoemd. Echter dan niet in de zin van een noodzakelijk vereiste voor de totstandkoming van elke individuele rechtshandeling, maar als een centraal uitgangspunt van het privaatrecht, dat wil zeggen als een *postulaat* dat het verrichten van rechtshandelingen mogelijk maakt en rechtvaardigt.<sup>24</sup> Dat hiermee een spanning ontstaat tussen het verticale beginsel dat het centrale uitgangspunt van het privaatrecht vormt en het horizontale beginsel dat de totstandkoming van alle individuele rechtshandelingen bestrijkt, is onvermijdelijk en overigens in het burgerlijk recht niet onbekend. Een soortge-

23. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis, recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer 1992, blz. 77-79

24. Een postulaat is een stelling die theoretisch onbewijsbaar is, maar noodzakelijk moet worden aanvaard om bepaalde feiten - hier: het privaatrecht - te kunnen begrijpen. De term geeft duidelijk aan dat de rechtvaardiging niet zelf nog eens op haar beurt gerechtvaardigd kan of hoeft te worden. Was dit wel het geval, dan raakt het eind zoek. Er zou een zinloze *regressus in infinitum* optreden.

lijke spanning is zichtbaar waar hinder grenzen stelt aan de uitoefening van het eigendomsrecht. Dit meest omvattende recht komt immers toegemoet aan de wens een vrije sfeer van het individu te creëren, en is daarmee de waarborg van de passieve zijde van de menselijke autonomie, terwijl het tegelijk in individuele gevallen aanmerkelijk wordt beperkt door rechten van anderen. Deze spanning vormt de spil van de beroemde passage van Meijers waarin hij stelt

‘dat de beantwoording der vraag of een belemmering van de eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hier van afhangt of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al of niet onrechtmatigheid der belemmerende handeling de omvang van het eigendomsrecht bepaalt.’<sup>25</sup>

## V. CONCLUSIE

De wil en het vertrouwen figureren in twee typen rechtsbeginselen. Vervat in het horizontale autonomie- en vertrouwensbeginsel vormen zij kenmerkende eigenschappen van het vermogensrecht. In respectievelijk art. 3:33 en 3:35 zijn deze eigenschappen als criteria voor de totstandkoming van een rechtshandeling opgenomen. Desondanks speelt het subjectieve element dat aan beide begrippen inherent is geen daadwerkelijke rol. Het subjectieve blijkt ofwel te worden omzeild, ofwel sterk op de achtergrond te zijn geraakt.

Wat op dit ‘oppervlakkige’ niveau van de horizontale beginselen allengs wordt prijsgegeven, wordt op het diepere niveau van de verticale beginselen onverkort gehandhaafd. Om de legitimerende functie te kunnen waarmaken vormt het subjectieve van de wil en het vertrouwen de kern van de verticale beginselen. De subjectieve wil en eventueel het subjectieve vertrouwen vormen daarmee het centrale uitgangspunt van het privaatrecht, ofwel het postulaat dat het verrichten van rechtshandelingen mogelijk maakt en rechtvaardigt.

De geheel verschillende plaats die aan de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen toekomt, wordt verklaard door de verschillende functie van de beginselen waarin zij figureren. Het is juist het onderscheid tussen horizontale en verticale beginselen dat de spanning tussen enerzijds het op de achtergrond raken van het subjectieve element en anderzijds het handhaven ervan, zichtbaar en begrijpelijk maakt.

25. Meijers in zijn noot onder HR 31 december 1937, NJ 1938, 517

# De waarde van eenheid

*H.D. Ploeger\**

## 1. INLEIDING

In het dagelijks leven is het niet ongebruikelijk dat een aantal objecten (ik vermijd vooralsnog het juridische begrip ‘zaak’) als een eenheid wordt beschouwd. Mijn deel drie uit de reeks ‘Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken’ door Mr. J.C. Voorduyn<sup>1</sup> bestaat uit bedrukte vellen papier die verenigd in de band een boek vormen. Dit deel vormt met tien andere delen een reeks, bekend als de ‘Voorduyn’. Deze Voorduyn is weer een deel van mijn collectie boeken, mijn ‘bibliotheek’.

De juridische relevantie van deze eenheden ‘boek’, ‘Voorduyn’ en ‘bibliotheek’ varieert. Het feit dat de door het bindwerk in een band bijeengehouden vellen papier een boek vormen, heeft in zakenrechtelijk opzicht betekenis. De samenstellende delen hebben hun zelfstandig bestaan verloren en zijn juridisch gezien één geheel en dit geheel noemen wij een ‘zaak’. Het praktisch gevolg blijkt indien derden eigenaar waren van deze onderdelen, bijvoorbeeld het gebruikte papier is onder eigendomsvoorbehoud geleverd door de papierfabrikant. Voor deze fabrikant gaat de eigendom van het papier teniet met het samenstellen van het boek. Wie eigenaar is van een zaak is ook eigenaar van de samenstellende delen.

Over de vraag of men de bovengenoemde ‘Voorduyn’ als één zaak moet beschouwen of als elf, stuk voor stuk zelfstandige, zaken kan men van mening verschillen. Dat een dergelijke reeks in de regel als een geheel wordt verhandeld en dan ook als incompleet wordt

\* Mr. H.D. Ploeger is als assistent in opleiding verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Uitgave Robert Nathan, academie-boekhandelaar, Utrecht 1838.

beschouwd als een deel ontbreekt, is een sterk argument om de elf boeken als één zaak te zien.<sup>2</sup>

Tenslotte de 'bibliotheek'. Hier is geen sprake van een zaak, maar van een verzameling zaken die wegens hun min of meer toevallige, dat wil zeggen niet noodzakelijke, samenhang aangeduid worden met een verzamelnaam.<sup>3</sup> Het bestaan van deze eenheid gaat niet zo ver dat door het enkele feit dat ik een geleend boek tussen de overige boeken van mijn bibliotheek zet voor de uitlener de eigendom van dit boek verloren gaat en ik deze eigendom verkrijg.<sup>4</sup> Met andere woorden: het feit dat een collectie boeken een bibliotheek vormt, brengt niet mee dat er een eenheid ontstaat waarvan eigendom mogelijk is. Het recht op het geheel hangt af van de rechten die men heeft op de samenstellende delen.<sup>5</sup> Er is geen sprake van een 'zaak', maar van een 'algemeenheid van zaken'.<sup>6</sup> Deze eenheid heeft wel verbintenisrechtelijke betekenis. Als ik 'mijn bibliotheek' verkoop, bedoel ik al mijn boeken te verkopen en de koper heeft de bedoeling deze boeken te kopen zonder dat wij bij ieder afzonderlijk boek uitdrukkelijk overeenkomen dat dit in de koop begrepen is.

## 2. HET EENHEIDSBEGINSEL

Het bovengenoemde voorbeeld van het boek is een toepassing van het eenheidsbeginsel. Zakelijke rechten kunnen uitsluitend rusten op de zaak in zijn geheel en niet slechts op een deel daarvan. Dit beginsel is in de wet neergelegd in art. 5:3 BW: 'Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen.' Dat het eenheidsbeginsel van toepassing is op de zekerheidsrechten wordt uitdrukkelijk bepaald in art. 3:227 lid 2 BW: 'Een recht van pand of hypotheek op een zaak strekt zich uit

2. Vgl. het spel kaarten dat door Asser-Mijnssen-De Haan, 13e druk 1992, nr. 62 als één zaak beschouwd wordt. Hier is het incompleet zijn bij ontbreken van een der samenstellende bestanddelen duidelijker: als er één kaart ontbreekt is het gehele spel waardeloos geworden.
3. Men denke ook aan de 'inboedel', de 'kudde' of de 'vloot'.
4. Hieraan doet het feit dat het bewijs van de eigendom van dit boek in de praktijk niet of zeer problematisch te leveren zal zijn niet af.
5. Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 81.
6. De algemeenheid van zaken heeft in ons recht een bescheiden rol gespeeld. Zie over het begrip in het algemeen J. de Ruyter, Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het ontwerp-Burgerlijk Wetboek, diss. Utrecht 1963.

over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat'. Het afzonderlijk verpenden van een katern van dit BW-krant Jaarboek is onmogelijk.

### 3. NATREKKING, VERMENGING EN ZAAKSVORMING

Het ontstaan van een zakenrechtelijke eenheid kan plaatsvinden door natrekking (art. 5:14 jo. 3:4 BW voor roerende en art. 5:20 jo. 3:4 BW voor onroerende zaken), vermenging (art. 5:15 BW) of zaaksvorming (art. 5:16 BW). Drie rechtsfiguren met een zekere verwantschap en die de gemeenschappelijke noemer hebben dat de samenstellende delen hun zelfstandig juridisch bestaan eindigen en opgaan in één zaak.<sup>7</sup> De wet verwijst voor de vraag wie na vermenging of zaaksvorming eigenaar is van de ontstane zaak naar de regels voor natrekking.

Natrekking heeft op grond van het eenheidsbeginsel twee aspecten. Het actieve aspect is dat door natrekking een zakenrechtelijke eenheid ontstaat. Dit betekent dat natrekking een vorm van eigendomsverkrijging kan zijn. De eigenaar van de hoofdzaak verkrijgt de eigendom van het bestanddeel indien dit eens anders eigendom was. Dat een eenheid ontstaat houdt mede in dat een roerende zaak die door een onroerende zaak wordt nagetrokken eveneens onroerend wordt. Is de eenheid eenmaal ontstaan, dan vervult de natrekking een statische rol: de eigenaar van een zaak is (behoudens uitzonderingen op grond van de wet, zie § 11) niet in staat de eigendom van een bestanddeel over te dragen, of dit bestanddeel afzonderlijk te bezwaren zonder dat het verband daadwerkelijk verbroken wordt. Het ontstaan van een zakenrechtelijke eenheid heeft dus ingrijpende gevolgen voor zowel de eigenaar van de zaak als derden.

### 4. HET BESTANDEEL IN BURGERLIJK WETBOEK EN JURISPRUDENTIE

Voor de vraag of een zaak deel is van een andere zaak (de 'hoofdzaak') geeft art. 3:4 BW twee criteria. Een voorwerp kan bestanddeel zijn op grond van de verkeersopvatting, dan wel op grond van een hechte verbinding tussen dit voorwerp en de hoofdzaak.

De arresten waarin de Hoge Raad het criterium 'verkeersopvatting' voor het eerst toepaste, zijn klassiek. In het arrest *sleepboot*

7. Voor een kort overzicht van de historische ontwikkeling van deze drie begrippen verwijs ik naar S. Gerbrandy, de NV XXXV (1957), blz. 4-5, waarover enkele opmerkingen bij O.K. Brahn, Pitlo-Bundel, Haarlem 1970, blz. 173.

Egbertha<sup>8</sup> wordt verworpen de stelling dat voor de vraag of een motor door een schip nage trokken wordt het bestaan van een hechte verbinding tussen hoofdzaak en bestanddeel alleenbeslissend is. Een voorwerp kan ook bestanddeel zijn op grond van de opvattingen die hierover in het maatschappelijk verkeer bestaan. Voor onroerende zaken wordt deze leer aanvaard in het arrest Stafmateriaal.<sup>9</sup> In casu overwoog het Hof Arnhem dat een ‘moderne fabriek ondenkbaar is zonder centrale verwarming, licht- en krachtleiding, waterleiding en sanitair’ en dat deze zaken bijgevolg bestanddeel van het gebouw waren geworden.

Het gebruik van de vage norm verkeersopvatting heeft kritiek uitgelokt.<sup>10</sup> Jan Drion merkt in zijn noot onder Stafmateriaal op dat de verwijzing naar de verkeersopvatting de jurist niet verder brengt. Immers juist bij twijfel zal er van een uniforme verkeersopvatting bij betrokken partijen geen sprake zijn. Hij betreurt het dat

‘de Hoge Raad thans aan de iudex factis de beslissing laat over de vraag of een voorwerp bestanddeel van een zaak geworden is, met als enige leidraad een twijfelachtige verkeersopvatting. Ten koste van rechtseenheid en rechtszekerheid op dit terrein.’

Aan deze kritiek is de Hoge Raad bijna veertig jaar later tegemoet gekomen. Het arrest *Dépex*/curatoren Bergel<sup>11</sup> geeft aanwijzingen voor de invulling van de verkeersopvatting. In dit arrest gaat het om de vraag of een waterdistillatie-unit bestanddeel is van een farmaceutische fabriek. Volgens de Hoge Raad vormt de omstandigheid dat

‘(...) het gebouw uit een oogpunt van geschiktheid als fabrieksgebouw — gebouw dienende tot het huisvesten van een produktie-inrichting — bij het ontbreken van de apparatuur als onvoltooid moet worden beschouwd’

een aanwijzing dat het gebouw de apparatuur natrekt. Het gaat er dus om of de hoofdzaak zonder het voorwerp incompleet is.<sup>12</sup> Hieraan wordt door de Hoge Raad toegevoegd:

8. HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 (PS).

9. HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (JD). Een feit dat minder bekendheid geniet is dat de zaak een proefproces betrof vanwege de Unie van Verwarmings-Installateurs Verenigingen. Zie Gerbrandy, t.a.p., blz. 1.

10. Zie voor een overzicht H.W. Heyman, WPNR 5270 (1974), blz. 471 e.v..

11. HR 15 november 1991, RvdW 1991, 257, AA 41 (1992), blz. 284 (Hijma).

12. Dit is in feite de invulling van de verkeersopvatting in de literatuur na Stafmateriaal, zie de conclusie van A-G Hartkamp voor *Dépex*, sub 10.

‘Bij het aanleggen van deze (...) maatstaf komt het niet aan op de functie welke de apparatuur (eventueel) vervult in het produktieproces.’

Het feit dat de apparatuur een onmisbare rol speelt bij de produktie is onvoldoende voor natrekking. Dat is begrijpelijk. Het gaat bij natrekking niet om een economische eenheid (de fabriek), maar om een zakenrechtelijke eenheid (het fabrieksgebouw). Om een zakenrechtelijke eenheid te vormen moet de apparatuur deel uitmaken van een zaak, in casu deel zijn van het gebouw.

Een andere aanwijzing dat de installatie volgens verkeersopvatting deel uitmaakt van het fabrieksgebouw kan volgens de Hoge Raad besloten liggen in het feit dat

‘gebouw en apparatuur in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd.’

Bestanddeel en hoofdzaak sluiten in de wijze waarop deze gebouwd zijn op een bijzondere wijze op elkaar aan. Of anders gezegd, het bestaan van de eenheid blijkt uit het feit dat de delen op kenmerkende wijze op elkaar passen.

##### 5. CONSTRUCTIEVE AFSTEMMING: DÉJÀ VU?

De laatst genoemde aanwijzing uit het Dépex-arrest doet herinneren aan de definitie van de hulpzaak in het Odeon-arrest.<sup>13</sup> De Hoge Raad overwoog daarin dat voor het antwoord of roerende zaken (in casu de in de Amsterdamse feestzaal Odeon aanwezige lichtkronen, lichtwandarmen en buffet) krachtens art. 563 oud BW onroerend door bestemming zijn geworden niet beslissend is dat de eigenaar zijn gebouw heeft voorzien van voor het doel van dit gebouw geëigende roerende zaken en aan die zaken de bestemming heeft gegeven van hulpzaak, maar

‘dat daartoe tevens wordt vereischt, dat het gebouw en de daarin aanwezige voorwerpen zich door onderling met elkaar overeenstemmende eigenschappen van soortgelijke gebouwen en voorwerpen onderscheiden en die voorwerpen zich daardoor zóó zeer aanpassen aan het bepaalde gebouw, dat zij het kenmerk vertoonen tot een blijvend gebruik daaraan te zijn verbonden.’

Er moet een bijzonder verband zijn tussen hulpzaak en onroerende

13. HR (derde kamer) 24 januari 1934, NJ 1934, 1618 (EMM), W.12720.

zaak (het gebouw). Meijers parafraseerde de door de Hoge Raad gestelde eis aldus:

‘hoofdzaak en hulpzaak moeten voor elkaar pasklaar gemaakt zijn; vorm of constructie van beide zaken moet iets bijzonders hebben waaruit hun bij elkaar hooren blijkt’.

De in het Odeon-arrest gestelde eis van pasklaarheid werd na 1934 ook toegepast op de vraag of in een fabriek geplaatste machines op grond van art. 563 lid 1 sub 1 oud BW als onroerend door bestemming aangemerkt konden worden.<sup>14</sup>

## 6. ONROEREND DOOR BESTEMMING: DE HULPZAAK IN HET OUDE BW

Zaken ‘onroerend door bestemming’ vormen een categorie die sinds 1 januari 1992 verdwenen is uit ons Burgerlijk Wetboek.<sup>15</sup> De wettelijke basis voor deze categorie zaken, in de literatuur<sup>16</sup> ook als ‘hulpzaken’ aangeduid, was art. 563 oud BW,<sup>17</sup> welk artikel zijn oorsprong vond in art. 524 en 525 van de Code Civil. Bepaalde naar hun aard roerende zaken worden door de Code Civil wegens hun bijzondere relatie met een onroerende zaak aangemerkt als onroerend (*‘immeuble par destination’*). Deze relatie bestaat daarin dat een goede exploitatie van het erf (*‘fonds’*) zonder deze zaken niet mogelijk is. Een landbouwbedrijf of werkplaats kan niet goed functioneren

14. Mony-arrest; HR 18 mei 1951, NJ 1951, 548.

15. Maar merkwaardigerwijs niet uit ons burgerlijk recht! De Mijnwet van 21 april 1810, een erfenis uit de periode dat ons land deel was van het Franse Keizerrijk van Napoleon, is in dit opzicht niet aangepast aan het Nieuwe BW: Art. 8 van deze wet luidt (voorzover van belang) nog altijd: ‘Les mines sont immeubles. (...) Sont aussi *immeubles par destinations*, les chevaux, agrès, outils et ustentiles servant à l’exploitation’ (N.B.: er bestaat van deze wet geen authentieke Nederlandse vertaling). Onroerend door bestemming zijn de paarden, toestellen, gereedschappen en gebruiksvoorwerpen die dienst doen bij de ontginning.

16. Zie over de hulpzaak Pitlo/Brahn, blz. 34-40 en Asser-Mijnssen-De Haan, nrs. 108-113. Voorts is nog altijd lezenswaardig L.A.J. van Meeuwen, Beschouwingen over de artikelen 562-564 BW, diss. Leiden 1867.

17. Art. 563 luidde voor zover van belang: lid 1: Door bestemming worden onder onroerende zaken begrepen: 1. Bij fabrieken, trafijken, molens, smederijen en dergelijke onroerende zaken, de persen, disteleerketels, ovens, kuipen, vaten en verdere gereedschappen, bepaaldelijk tot derzelver wezen behoorende, al waren die voorwerpen niet aard- of nagelvast. 2. (...). 3. (...). 4. (...). En, in het algemeen, alle zoodanige voorwerpen welke de eigenaar tot een blijvend gebruik aan zijne onroerende zaak verbonden heeft.

zonder de aanwezigheid van bepaalde dieren of werktuigen (art. 524 CC), een huis mist comfort indien de decoratieve elementen daarin zouden worden verwijderd (art. 525 CC).<sup>18</sup> Het begrip 'immeuble par destination' is als 'onroerend door bestemming' overgenomen in ons BW van 1838.<sup>19</sup>

Evenmin als in Frankrijk werd in Nederland de hulpzaak bestanddeel. De hulpzaak bleef een zelfstandige zaak. De economische eenheid van hulpzaak en onroerende zaak vond zo haar neerslag in een gelijkstelling in zakenrechtelijke (namelijk onroerende) status zonder het bestaan van een zakenrechtelijke eenheid. De beperkte betekenis van deze eenheid bleek ook hieruit dat de bestemming tot hulpzaak alleen gegeven kon worden indien eigendom van hulpzaak en onroerende zaak in één hand waren. Hierdoor konden, anders dan bij natrekking, geen eigendomsrechten van derden verloren gaan. Het civielrechtelijk belang van de hulpzaak was vooral hierin gelegen dat een hypotheekrecht op de onroerende zaak ook de hulpzaken omvatte, met voor de crediteur de zekerheid van een hogere waarde van het onderpand. De hypotheekhouder ontleende bescherming tegen het onttrekken van de hulpzaken aan zijn recht door de regel dat voor het beëindigen van de bestemming tot hulpzaak de enkele wilswijziging bij de eigenaar onvoldoende was, maar dat het feitelijk verbreken van het verband vereist werd.<sup>20</sup>

## 7. ART. 3:254: DE HULPZAAK IN HET NIEUWE BW

Extra zekerheid voor de hypothecaire schuldeiser, het is in deze rol dat de hulpzaak ook na 1 januari 1992 voortbestaat. Het verband tussen hulpzaak en onroerende zaak<sup>21</sup> wordt in het nieuwe BW echter niet bewerkstelligd door de hulpzaak onroerend te verklaren, maar door de hypotheekhouder de mogelijkheid te bieden een pandrecht te bedingen op bepaalde roerende zaken, welke zaken hij dan tezamen met de onroerende zaak volgens de voor hypotheek geldende regels kan executeren. Het gaat hier, aldus art. 3:254 BW, om zaken 'die naar verkeersopvatting bestemd zijn om een bepaalde

18. Terré/Simler, *Droit Civil, les Biens*, Dalloz (Paris), 4e druk, 1992, nrs. 21-25.

19. Zie voor de totstandkoming van het Nederlandse artikel, dat enigszins afwijkt van de artikelen van de Code Civil, Voorduin III, blz. 315-322.

20. Stoomketel-arrest; HR 14 december 1928, NJ 1929, 372 (PS).

21. De hulpzaak bij schepen, de zogenaamde scheepstoebehoren (art. 8:1 lid 4 BW) laat ik wegens de bijzondere regeling buiten beschouwing.

onroerende zaak duurzaam te dienen en door hun vorm als zodanig zijn te herkennen' en 'machinerieën (...) die bestemd zijn om daarmee een bedrijf in een bepaalde hiertoe ingerichte fabriek (...) uit te oefenen', een omschrijving ontleend aan het Odeon-arrest. Gezien het feit dat dit artikel de ratio heeft de zaken die voorheen 'onroerend door bestemming' waren ook nu onder de hypothecaire zekerheid te brengen<sup>22</sup>, meen ik dat de naam 'hulpzaak' ook na 1 januari 1992 passend blijft.

Anders dan de besproken economische band tussen hulpzaak en onroerende zaak heeft de eenheid tussen hoofdzaak en bestanddeel wel zakenrechtelijke gevolgen. Het is dus zaak goed te onderscheiden tussen bestanddeel en hulpzaak, in het bijzonder met het oog op de belangen van derden die door een te ruime opvatting van het begrip bestanddeel geschaad zouden worden.<sup>23</sup> Men denke aan de leverancier onder eigendomsvoorbehoud. In dit verband moet gelet worden op de verschillende rollen die het pasklaar-zijn vervult bij hulpzaak (Odeon-arrest en nu in art. 3:254 BW) en bestanddeel (Dépex). Onder het oud BW was het zijn van hulpzaak onttrokken aan de partijwil. Indien voldaan was aan het vereiste van het Odeon-arrest was de betreffende zaak onroerend door bestemming, ook al was dit niet de bedoeling van de eigenaar. Pasklaarheid werd daarom in de jurisprudentie niet al te snel aanvaard.<sup>24</sup> Voor het huidige recht kan mijns inziens veilig aangenomen worden dat aan de door de wet vereiste pasklaarheid snel is voldaan. Het bestemmen van een zaak tot hulpzaak is immers de wil van partijen, welke wil blijkt uit het verpanden van de zaak met het in art. 3:254 BW bedoelde beding. Dat er tevens enig uiterlijk verband moet zijn tussen hulpzaak en de exploitatie van de onroerende zaak heeft alles met de ratio van het artikel te maken: een hogere opbrengst voor de hypotheekhouder bij gezamenlijke executie van hulp- en hoofdzaak wordt alleen bereikt indien de roerende zaak bij het bedrijf 'hoort'. Bij een willekeurige roerende zaak is het belang van een gezamenlijke verkoop afwezig.

De ingrijpende gevolgen die op grond van het eenheidsbeginsel voortvloeien uit natrekking, welke gevolgen onttrokken zijn aan de wil van partijen, vereisen echter een engere toepassing van het begrip

22. PG Boek 3, blz. 785. Zie mede art. 77 van de Overgangswet.

23. Vgl. A-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 31 januari 1992, NJ 1992, 318, sub 11.

24. Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 112.

pasklaarheid. In het Dépex-arrest blijkt dit uitdrukkelijk uit het feit dat de Hoge Raad spreekt over het 'in constructief opzicht *specifiek* op elkaar zijn afgestemd'. Welke rol het pasklaar-zijn speelt bij natrekking wordt verhelderd door het motief dat ten grondslag ligt aan het eenheidsbeginsel nader te onderzoeken.

#### 8. HET EENHEIDSBEGINSEL VERKLAARD?

Het is reeds gezegd, het eenheidsbeginsel brengt ingrijpende gevolgen met zich mee. Aan de ene kant kunnen door natrekking eigendomsrechten verloren gaan, aan de andere kant kan men een zaak slechts in zijn geheel vervreemden of bezwaren. Wat is nu de rechtvaardiging van deze gevolgen?

Er worden in de literatuur in het algemeen twee motieven aangevoerd die ten grondslag zouden liggen aan het beginsel. Een motief is de rechtszekerheid. Deze verklaring vindt men bij Asser-Mijnssen-De Haan.<sup>25</sup> Dit handboek hecht, in navolging van de eerdere bewerker Beekhuis,<sup>26</sup> in het bijzonder belang aan de rechtszekerheid in verband met de rechten van schuldeisers bij faillissement of beslag. Het zou onwenselijk zijn indien schuldeisers bij verhaal geconfronteerd worden met eigendomsrechten of beperkte rechten van derden op de delen van hun verhaalsobject. De andere verklaring is het waarde-motief. In deze, door Suyling<sup>27</sup> verdedigde visie, vloeit het eenheidsbeginsel voort uit de gedachte dat het recht zich verzet tegen het nodeloos vernietigen van waarden. Als de opheffing van de samenhang van de delen leidt tot een maatschappelijk waardeverlies, dan moet het opsplitsen van deze eenheid onmogelijk geacht worden en is er sprake van een zakenrechtelijke eenheid. Hijma tracht in zijn noot onder het Dépex-arrest beide argumenten tot een synthese te brengen: de overwegingen van rechtszekerheid en rechtseconomie hangen met elkaar samen en versterken elkaar wederzijds, zo stelt hij.<sup>28</sup>

Alvorens beide verklaringen op hun merites te beoordelen, is het belangrijk op te merken dat het eenheidsbeginsel niet los kan worden

25. Nr. 70.

26. Zie ook J.H. Beekhuis, Van Opstall-bundel, Deventer 1972, blz. 14.

27. J. Ph. Suyling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, V (Zakenrecht), Haarlem 1940, nr. 58.

28. AA 41 (1992), blz. 286 linkerkolom.

gezien van het begrip 'zaak'. Anders dan de wet lijkt te suggereren wordt de inhoud van het zaaksbegrip vooral bepaald door maatschappelijke overwegingen. Niet voldoende is dat er sprake is van een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object, zoals art. 3:2 BW de zaak omschrijft. Slechts die stoffelijke objecten die een zeker (materieel of immaterieel) belang voor de mens vertegenwoordigen, die hem van nut kunnen zijn, worden in juridische zin als zaak beschouwd.<sup>29</sup> Een enkele zandkorrel is zeker een stoffelijk object, maar wordt in de regel niet als zaak gezien omdat deze losse korrel voor de mens geen enkele waarde heeft. Daarentegen is de verzameling zandkorrels in de vorm van een zandhoop wel een zaak.<sup>30</sup> Het zijn dezelfde maatschappelijke overwegingen met betrekking tot waarde en bruikbaarheid die een rol spelen bij de overweging een uit verschillende voorwerpen samengestelde zaak, bijvoorbeeld een fiets, als een eenheid, als één zaak te beschouwen. Wat aldus door de maatschappelijke opvattingen, volgens de 'verkeersopvatting' van art. 3:4 BW, als een zaak wordt beschouwd, is krachtens het eenheidsbeginsel in juridisch opzicht onverbrekelijk. Waarom?

Op het eerste gezicht lijkt het rechtszekerheids-motief een aantrekkelijke verklaring te bieden. Het feit dat een eigenaar geen zakelijke rechten kan vestigen op delen van een zaak beschermt derden tegen het bestaan van dergelijke rechten waarop zij niet bedacht behoeven te zijn. Men kan het eenheidsbeginsel aldus als een zakenrechtelijke vertrouwensbescherming zien. Het feit dat iets in het maatschappelijk verkeer als een eenheid wordt beschouwd, wekt de schijn dat alle delen van deze zaak eigendom zijn van dezelfde persoon. Wie een zaak geleverd krijgt of er een zekerheidsrecht op verkrijgt, mag er op vertrouwen dat deze schijnbare zakenrechtelijke toestand de werkelijke is. Een voorbeeld: de cilinder van een dieselmotor vormt onbetwist één geheel met de andere delen van de motor. Een derde die deze motor ziet, vertrouwt er op dat deze cilinder bij de machine hoort, ook al zou deze cilinder er slechts tijdelijk op geplaatst zijn door de monteur die de 'oorspronkelijke' cilinder in herstel heeft. Is het niet zo dat het recht, en in het bijzonder in het goederenrecht waar belangen van derden een voorname rol spelen,

29. Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 62.

30. Voorbeeld ontleend aan Suijling V, nr. 33.

de rechtszekerheid moet dienen en daarom deze verwachting moet honoreren?

Er zijn echter twee bezwaren te maken. Mijn eerste bezwaar richt zich in het bijzonder tegen het beroep op het rechtszekerheid-motief zoals door Beekhuis c.s. gedaan wordt. Dit legt sterk de nadruk op de belangen van een bepaalde groep betrokkenen, de schuldeisers van de eigenaar van de zaak. Er zijn echter reeds binnen deze groep belangen die elkaar tegenspreken. Inderdaad hebben de hypotheekhouder, pandhouder en beslaglegger belang bij de rechtszekerheid die het eenheidsbeginsel aan hen biedt. Echter de leveranciers die zekerheid hebben bedongen in de vorm van voorbehouden eigendom hebben, zijn juist gebaat bij een zo beperkt mogelijke werking van het eenheidsbeginsel. Waarom zouden de belangen van de eerste groep van schuldeisers zwaarder wegen? Men kan hoogstens vaststellen dat bepaalde schuldeisers gebruik maken van door het eenheidsbeginsel geboden bescherming. Het enkele beroep op hun belangen kan het eenheidsbeginsel echter niet rechtvaardigen.

Rechtszekerheid in het algemeen belang dan? Een goede loop van het maatschappelijk verkeer wordt gediend door duidelijke, kenbare zakenrechtelijke verhoudingen. Mijn tweede en mijns inziens het doorslaggevende bezwaar tegen het rechtszekerheids-motief is echter dat dit verkeersbelang wel kan verklaren waarom een zakenrechtelijke eenheid in stand blijft, maar geen verklaring biedt voor het ontstaan van een dergelijke eenheid. Met andere woorden: de rechtszekerheid geeft geen argumenten om in een concreet geval de vraag te kunnen beantwoorden of een voorwerp bestanddeel wordt of zelfstandig blijft.

## 9. DE WAARDE VAN EENHEID

Kan het waarde-motief wel een verklaring bieden voor zowel het ontstaan als het instandblijven van een zakenrechtelijke eenheid? Ik beantwoord deze vraag bevestigend en wijs op het verband dat tussen het zaaksbegrip en het eenheidsbeginsel bestaat. Zoals reeds opgemerkt wordt een stoffelijk object in het maatschappelijk verkeer slechts als zaak beschouwd als het een zekere waarde voor de mens vertegenwoordigt. Als de zaak is opgebouwd uit een aantal delen vloeit deze waarde voort uit de eenheid die de voorwerpen vormen. Hierin ligt de basis voor het onderscheid tussen zaak en bestanddeel. De bestanddelen leiden in het maatschappelijk verkeer geen zelf-

standig bestaan, omdat hun bijdrage aan de waarde van het geheel groter is dan de waarde die zij als zelfstandige zaak kunnen hebben. In extreme gevallen zullen de losse delen zelfs geen enkele waarde hebben. Men vergelijkte het eerdergenoemde voorbeeld van de zandkorrels. Verenigd in de hoop zijn zij de mens van waarde, verstrooid hebben de losse korrels geen enkel nut. De eenheid, de zaak, heeft aldus een zekere 'meerwaarde' boven het nut dat de afzonderlijke delen de mens kunnen bieden. Hierin verschilt de zandhoop van bijvoorbeeld een kudde schapen. De waarde van deze kudde is niets meer dan de optelsom van de waarde van ieder afzonderlijk schaap.

Het bestaan van deze meerwaarde van de eenheid kan blijken uit de onmisbaarheid van een deel voor het functioneren van het geheel. Indien het deel zou worden afgescheiden weegt de waarde van het nu zelfstandige bestanddeel niet op tegen het verlies aan waarde van de resterende, incomplete, niet meer naar behoren functionerende zaak. Omgekeerd kan deze meerwaarde blijken uit het feit dat bij afscheiding van de eenheid dit bestanddeel geen waarde meer heeft, althans een veel lagere waarde. Dit kan zijn omdat bestanddeel en hoofdzaak zodanig met elkaar zijn verbonden dat afscheiding tot beschadiging en dus tot waardeverlies van bestanddeel en/of hoofdzaak zal leiden (art. 3:4 lid 1 BW). Dit kan ook voortvloeien uit het feit dat het bestanddeel zodanig aan het geheel is aangepast (pasklaar gemaakt) dat na afscheiding zijn bruikbaarheid, en daarmee zijn waarde verminderd is.

Bovenstaande economische overwegingen verklaren niet alleen waarom en wanneer in het maatschappelijk verkeer voorwerpen door natrekking één zaak gaan vormen, maar verklaren ook dat deze zaak in zakenrechtelijk opzicht ondeelbaar is. Stel dat eigendom van een bestanddeel mogelijk is. Dit eigendomsrecht brengt onbetwistbaar de bevoegdheid met zich mee het bestanddeel onder de houder, de eigenaar van de hoofdzaak, te revindiceren. Een recht tot afscheiding dat niet alleen tegen de huidige eigenaar van de hoofdzaak kan worden uitgeoefend, maar ook tegen zijn rechtsopvolgers. Wordt uiteindelijk van dit afscheidingsrecht gebruik gemaakt, dan resulteert dit in een zeker verlies aan de zijde van de eigenaar van de hoofdzaak, en levert dit een zekere winst aan de kant van de eigenaar van het voormalige bestanddeel op. Hierboven is echter reeds vastgesteld dat een voorwerp bestanddeel is van een zaak, omdat de zaak hieraan een zekere meerwaarde ontleent. Het punt is duidelijk: het nut dat het

bestanddeel als zelfstandige zaak kan bieden, de winst van de eigenaar van het voormalige bestanddeel, weegt niet op tegen het verlies aan nut bij de eigenaar van de resterende, incomplete, hoofdzaak. Een dergelijke vernietiging van waarde komt in strijd met het algemeen belang. Het eenheidsbeginsel vindt zijn rechtvaardiging hierin dat het een bescherming vormt tegen verlies van waarde.<sup>31</sup>

#### 10. DRIE VUISTREGELS VOOR EENHEID

Het aanvaarden van het waarde-motief als rechtvaardiging van het eenheidsbeginsel stelt mij in staat vuistregels te formuleren voor de toets of er in een concreet geval een zakenrechtelijke eenheid bestaat.

1. De zakenrechtelijke eenheid heeft een hogere waarde dan de som der delen. Of omgekeerd geformuleerd: bij scheiding van de eenheid gaat waarde verloren, bijvoorbeeld het bestanddeel verliest zijn waarde omdat het alleen in combinatie met de hoofdzaak kan functioneren, aan zijn doel kan beantwoorden. Het volgende uitgangspunt lijkt mij bruikbaar: hoe minder een voorwerp na onttrekking aan het verband een eigen waarde vertegenwoordigt en hoe meer de verwijdering van het voorwerp tot vernietiging van waarde bij de resterende delen leidt, des te meer zal er aanleiding zijn het betreffende voorwerp als bestanddeel aan te merken.
2. Deze eenheid heeft voorts een zekere mate van duurzaamheid. Een voorbeeld: de combinatie van een CD en een CD-speler heeft een zekere meerwaarde, nl. het feit dat de informatie op de CD ten gehore kan worden gebracht. Hier ontbreekt echter de duurzaamheid van de combinatie. Deze duurzaamheid is wel aanwezig bij de tevens voor het beluisteren van de muziek noodzakelijke versterker en boxen. De duurzaamheid van de eenheid moet aan de hand van objectieve maatstaven worden vastgesteld en is niet afhankelijk van de subjectieve bedoelingen van betrokkenen, bijvoorbeeld het feit dat de genoemde boxen geleend zijn.<sup>32</sup>
3. In verband met deze duurzaamheid staat ook het feit dat het niet

31. Deze gedachtengang ligt volgens het BGH ook ten grondslag aan § 93 BGB; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1992, aant. 1 bij § 93.

32. Vgl. § 95 BGB. In Duitsland wordt echter wel rekening gehouden met de uit objectieve feiten kenbare subjectieve bedoelingen van partijen. Daarom worden bomen die bestemd zijn voor de verkoop niet als bestanddeel aangemerkt, maar als zelfstandige roerende zaken, Palandt, aant. 2 bij §93.

gaat om een verband dat voortvloeit uit het min of meer 'toeval-  
lig' gebruik van de zaak, maar om een verband met de zaak zelf.  
Zo zijn de meubels geen bestanddeel van het huis, tenzij de  
meubels blijkens de aangepaste afmetingen of het bijzondere  
ontwerp 'horen' bij het gebouw.<sup>33</sup> De eenheid mag dus ook geen  
louter economische eenheid zijn. Is er sprake van een zekere  
(duurzame) eenheid in economische zin, zaken die van blijvend  
nut zijn voor een onderneming, zoals het machinepark van een  
fabriek, dan ligt hierin wel een aanwijzing besloten dat er sprake  
kan zijn van een 'hulpzaak' in de zin van art. 3:254 BW.

## 11. DOORBREKING VAN HET EENHEIDSBEGINSEL

'Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak  
eigenaar van al haar bestanddelen', aldus art. 5:3 BW. De wet laat  
de mogelijkheid open dat in bepaalde gevallen de eigendom van  
hoofdzaak en bestanddeel gescheiden is, zonder dat opheffing van het  
feitelijk verband nodig is. Het bestanddeel wordt, zo zou men kunnen  
stellen, 'verzelfstandigd'. Volgens het huidige BW kunnen partijen  
dit resultaat alleen bereiken door het vestigen van het recht van opstal  
(art. 5:101-105 BW). Dit recht biedt de mogelijkheid gebouwen,  
werken en beplantingen in en op eens anders onroerende zaak in  
eigendom te hebben, en bewerkstelligt aldus een 'horizontale split-  
sing van eigendom'. De wet erkent hiermee de in de praktijk bestaan-  
de behoefte constructies en planten, ondanks hun vereniging met de  
bodem, als een zelfstandige zaak te beschouwen.

Ook buiten het Burgerlijk Wetboek komen dergelijke gevallen van  
horizontale splitsing van eigendom voor. Deze kunnen berusten op  
het voortbestaan van oude zakelijke rechten,<sup>34</sup> zoals het pootrecht,  
en het oud-Hollandse opstalrecht. Een bijzondere, aan het recht van  
opstal verwante figuur, is het Groningse recht van beklemming. Een

33. Het bij het jachtslot St. Hubertus door architect Berlage ontworpen meubilair,  
in Pitlo/Brahn, blz. 40 nog genoemd als een voorbeeld van een hulpzaak, zal  
naar mijn mening als bestanddeel aangemerkt moeten worden. Vgl. Pres. Rb.  
Zutphen, KG 1993, 79: een op maat gemaakte keukenbar met tafel is bestand-  
deel van de keuken.

34. 'Oud' in deze zin dat de rechten niet voorkomen in het BW zodat partijen geen  
nieuwe rechten meer kunnen vestigen. Reeds vóór 1838 gevestigde rechten  
kunnen nog altijd voortbestaan, zie F.C.J. Ketelaar, Oude zakelijke rechten,  
diss. Leiden 1978.

recht dat in het BW van 1992 geen plaats meer vond en sindsdien ook tot de oude zakelijke rechten gerekend moet worden. Dit recht brengt mee dat de gebruiker van het in beklemming uitgegeven perceel, de bekleemde meijer, de op dit perceel staande opstallen in eigendom heeft. Economische motieven hebben de doorslag geven om in de Mijnewet 1810 de concessionaris een afzonderlijk eigendomsrecht op de delfstoffen en de boven- en ondergrondse mijnwerken te verlenen. Het merkwaardigste geval van horizontale splitsing van eigendom komt tot de dag van vandaag voor bij bepaalde oude kerktorens. Op grond van art. 6 van de Additionele artikelen bij de Staatsregeling van 1798 berust de eigendom van de klokketoren bij de burgerlijke gemeente zonder dat deze de rest van het kerkgebouw in eigendom heeft.<sup>35</sup>

De heersende leer is dat de regels van natrekking, zaaksvorming en vermenging geen uitzondering op grond van de billijkheid toelaten. Toch is gepleit voor de mogelijkheid om in gevallen dat de eigenaar die door diefstal zijn bezit is verloren en die vervolgens zijn eigendom zou verliezen door natrekking door een aan de dief toebehorende zaak<sup>36</sup> een uitzondering op het eenheidsbeginsel toe te laten. Deze gedachte vinden we bijvoorbeeld bij Eggens in zijn conclusie voor het Stafmateriaal-arrest:

‘(...) voor degene, wiens zaken ontvreemd zijn, of die ze verloren heeft, zouden m.i. dan ook — althans in twijfelgevallen — de natrekkingsnormen in beperkte zin behoren te worden toegepast.’

Cahen<sup>37</sup> stelt voor met het oog op dit soort gevallen ook de wijze waarop de eenheid tot stand is gekomen als factor te betrekken bij de beslissing welke gevolgen aan de natrekking verbonden zijn. In deze visie vindt geen natrekking plaats indien de gevolgen hiervan zouden

35. Zo heeft (aldus de Haagsche Courant van 20 februari 1992) de gemeente 's-Gravenhage de kerktorens van de Grote Kerk, de Nieuwe Kerk, de Kloosterkerk, de Abdijkerk in Loosduinen, en de Oude Kerk te Scheveningen in eigendom. Jurisprudentie is schaars: Hoge Raad, 19 maart 1847, W. 798, Rechtbank Middelburg 19 oktober 1853, W. 1493 en Rechtbank Nijmegen 14 december 1858, W. 2055.

36. Zie Hoge Raad 26 maart 1968, NJ 1969, 239 (hier had de dief de motor, de linker voorstoel en de voorwielen van een gestolen Mercedes overgeplaatst in zijn eigen auto) en recenter Hof 's-Hertogenbosch 7 april 1992, NJ 1993, 295 (revindicatie gesloten motorblok).

37. Pitlo/Cahen, Korte Uitleg, 12e druk, Arnhem 1992, blz. 20.

indruisen tegen de maatschappelijke betamelijkheid. Laat het waardemotief als rechtvaardiging van de natrekking nog ruimte voor een dergelijke ‘billijkheids-correctie’? Niet als men uitsluitend let op de economische belangen. Maar men kan hier ook anders over denken. Ik beperk mij tot het citeren van Suyling:<sup>38</sup>

‘De praktische mens rekent ook met ideële waarden. Dat een anorganische verbinding als een lichamelijke eenheidszaak wordt aangemerkt, betekent verlies van eigendom voor den gerechtigde. Misschien wordt het onrecht, in dit verlies besloten, niet gerechtvaardigd door het stoffelijk belang, dat de maatschappij bij de erkenning van de verbinding als lichamelijke eenheidszaak heeft. Dan moet de kwalificatie eenheidszaak aan de verbinding ontzegd worden. Als een kostbare steen ontvreemd en vervolgens in een ring gezet wordt, behoudt de bestolen eigenaar daarom den eigendom van zijn kleinood’.

## 12. EEN JURIDISCH MODEL

Het boek in de bibliotheek, de zandkorrel in de zandhoop, de dieselmotor in de sleepboot, de waterdistillatie-unit in de fabriek, het schaap in de kudde. Zij moeten hun plaats krijgen in het juridische systeem dat wij ons burgerlijk recht noemen. Is het object een zelfstandige zaak of gaat dit op in het geheel? In de meeste gevallen is de vraag geen probleem. Er bestaat een maatschappelijke consensus die de wetgever de ‘verkeersopvatting’ noemt. Maar soms ontbreekt deze consensus, ontstaan er geschillen. Geschillen waarvoor de jurist met behulp van goede argumenten een oplossing moet bieden.

Het bestaan van de zakenrechtelijke eenheid verklaren door het veronderstellen van de regel dat het recht zich verzet tegen het vernietigen van waarden kan ons dergelijke argumenten leveren. Men hoede zich echter voor de conclusie dat ik hiermee zou stellen dat dit de ‘waarheid’ achter de natrekking zou zijn, een regel van natuurrecht die onze menselijke overwegingen beheerst. Het is ‘slechts’ een juridisch model, een reconstructie van de werkelijkheid, waarbij het beroep op het algemeen belang deze reconstructie voldoende kan rechtvaardigen. Maar het is een bevredigend model, dat ons helpt het positieve recht te begrijpen en te verklaren, en ons helpt voor toekomstige gevallen oplossingen te geven. Oplossingen die passen in het systeem.

38. Suyling V, nr. 58.

# Enige bespiegelingen over het nemo plus beginsel

(bij overdracht van een verhuurd pand)

*D.H. de Witte\**

## 1. INTRODUCTIE

Het is Ulpianus geweest, die in zijn 46e boek ‘Ad Edictum’<sup>1</sup> de regel ‘nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet’ formuleerde. Ulpianus gebruikte dit adagium voor een specifiek geval, waarin de erfgenaam de gehele nalatenschap vervreemde.

Later hebben de opstellers van het Corpus iuris de nemo plus regel ook op andere gevallen toegepast, waardoor deze regel — dat de vervreemder aan de verkrijger niet meer rechten kan verschaffen dan hij zelf heeft — algemene gelding kreeg. Een algemene regel, waarop in bepaalde situaties uitzonderingen werden toegestaan ter bescherming van de verkrijger tegen een onbevoegde vervreemder.<sup>2</sup>

De nemo plus regel wordt beschouwd ‘als een onontkoombare, want logische, eis waaraan elk positief recht zich heeft te onderwerpen’.<sup>3</sup> Ook aan het stelsel van het (nieuw) BW ligt mede de nemo plus regel ten grondslag. Eén van de vereisten voor de overdracht van een goed is de beschikkingsbevoegdheid, die als een positiefrechtelijke uitwerking van de nemo plus regel is te beschouwen.<sup>4</sup> Maar ook in het (nieuw) BW zijn ter bescherming van de ver-

\* Mr. drs. D.H. de Witte is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. In de Pandecten opgenomen onder de rubriek ‘De diversis regulis iuris antiqui’ D. 50.17.54.
2. Zie voor een korte schets van de ontwikkeling van het nemo plus beginsel in het Romeinse recht onder meer A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht* (deel II), Zwolle, 1968, pp. 198-199 en R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, Leiden, 1990, p. 50.
3. Aldus H.R. Hoetink, *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, in: *Rechtskundige Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.M. Meijers*, Zwolle, 1935, p. 475.
4. Zie art. 3:84 en verder onder meer de artt. 3:98 jo. 3:84, 3:175-177, 3:190 en

krijger uitzonderingen op het wettelijke vereiste van de beschikking-bevoegdheid aanvaard.<sup>5</sup>

Twee vragen dringen zich op.

Is de nemo plus regel een 'logisch axioma' waar men 'niets mee kan doen daar zijn vanzelfsprekendheid juist even groot is als zijn inhoudsloosheid'<sup>6</sup> of is de nemo plus regel een rechtsbeginsel, waarmee rechtsregels kunnen worden uitgelegd?

Indien verschillende partijen rechten doen gelden op hetzelfde toekomstige goed is de rechtskeuze voor degene die eerste gerechtigde is in overeenstemming met het nemo plus beginsel?

Vragen die een nadere beschouwing verdienen.

## 2. HET NEMO PLUS BEGINSEL

Het meest omvattende recht, dat een persoon op een zaak kan hebben, is het eigendomsrecht. Het eigendomsrecht is een volledig recht. De eigenaar is — met uitsluiting van een ieder — vrij de zaak te gebruiken, daarvan de vruchten te trekken en daarover te beschikken.

Het eigendomsrecht kan ontstaan bij de verkrijger. Te denken valt aan zaaksvorming, natrekking, onteigening en verkrijgende verjaring. Er is hier sprake van een originaire eigendomsverkrijging, waarbij een nieuw recht ontstaat dat vrij is van iedere last.

Het eigendomsrecht kan ook van een rechtsvoorganger worden verkregen. Dit is onder meer het geval bij erfopvolging, boedelmening en overdracht. Deze drie mogelijkheden zijn vormen van de derivatieve eigendomsverkrijging. In dit geval wordt het goed verkregen met alle hoedanigheden die het bij de rechtsvoorganger had. Het subjectieve recht is vóór en ná de overdracht gelijk, zodat ook de omvang van het eigendomsrecht bij vervreemder en verkrijger dezelfde is.

Bij de originaire eigendomsverkrijging is er geen vervreemder van het recht. De regel dat de vervreemder aan de verkrijger niet meer rechten kan verschaffen dan hij zelf heeft — de nemo plus regel — speelt dan ook alleen bij de derivatieve eigendomsverkrijging.

In de positie van de vervreemder en zijn relatie tot het object ligt

3:237 lid 2 BW.

5. Zie onder meer de artt. 3:24-26, 3:36, 3:45 3:86-88, 3:238-239 lid 4, 7:42 BW.

6. H.R. Hoetink, op. cit., p. 491.

ook de ratio van de nemo plus regel. De mens is autonoom. Hij is vrij te doen en te laten met hetgeen hem toebehoort. Maar deze vrijheid over de eigen goederen bestaat alleen als anderen die vrijheid respecteren. De waarborg hiervoor ligt in de nemo plus regel. Het niet meer rechten kunnen verschaffen dan de vervreemder heeft, voorkomt dat de vervreemder een ander een recht verschafft dat aan een derde toebehoort en door die overdracht tegen de wil van die derde wordt ontnomen. De nemo plus regel beschermt derden goederenrechtelijk tegen onvrijwillig rechtsverlies.<sup>7</sup>

De beschermende werking van de nemo plus regel wordt verkregen door voor de overdracht van een goed en de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht op een zodanig goed te verlangen dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is.

In het algemeen is de beschikkingsbevoegde de rechthebbende op het goed. Bij zaken is dat de eigenaar, bij vorderingsrechten de crediteur en bij beperkte rechten de beperkt gerechtigde.

Maar ook anderen dan de rechthebbende kunnen beschikkingsbevoegd zijn. Te denken valt aan de middellijke vertegenwoordiger als de verkoopcommissionair<sup>8</sup> en de executerende beslaglegger, hypotheekhouder en pandhouder.

Levering door een beschikkingsonbevoegde leidt niet tot een geldige overdracht. De verkrijger wordt geen rechthebbende. Dit is slechts anders indien de verkrijger een beroep kan doen op een derdenbeschermingsbepaling.

Bij de bescherming van de verkrijger is het vertrouwensbeginsel in het geding. De derde, verkrijger, wordt namelijk beschermd als hij de macht over een goed heeft verkregen en er op vertrouwd en mocht vertrouwen te verkrijgen uit handen van een beschikkingsbevoegde. Het vertrouwen van de verkrijger moet zijn gewekt door toedoen van de rechthebbende. De oorspronkelijk gerechtigde heeft op basis van dit toedoen het risico te dragen van mogelijk verlies van zijn goed ten bate van de verkrijger te goeder trouw.

Het vertrouwensbeginsel richt zich op de verkrijger. Het nemo

7. J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, rede KUB, 1980, pp. 61-63.

8. De verkoopcommissionair is gerechtigd over de hem ten verkoop gegeven zaak te beschikken, omdat in de opdracht tot verkoop van de principaal de bevoegdheid tot rechtstreekse overdracht van het bezit en de eigendom besloten ligt, tenzij het tegendeel blijkt. Zie L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over ander-mans recht*, diss. RUG 1993, Deventer 1993, pp. 24 en 62-64.

plus beginsel beschermt niet de vervreemder, maar de oorspronkelijk gerechtigde. Bij een beslissing over een geschil wie het eigendomsrecht op het goed heeft (behouden of verkregen) worden beide beginselen tegen elkaar afgewogen.<sup>9</sup>

Bij de afweging tussen beide beginselen wordt naast de billijkheid een belangrijk gewicht toegekend aan een vlot handelsverkeer dat erbij is gebaat dat verrichte transacties zoveel mogelijk worden geëerbiedigd.<sup>10</sup>

### 3. OVERDRACHT VAN EEN VERHUURD PAND EN VAN DE HUURPENNINGEN

Er is voor gekozen de betekenis en de reikwijdte van het nemo plus beginsel te onderzoeken aan de hand van een variërende casuspositie. Aan het slot van iedere variatie wordt nagegaan of de ontwikkelde benadering in overstemming is met het nemo plus beginsel.

Het begin is eenvoudig.

A heeft in eigendom een pand, waarop hij op 1 januari ten behoeve van de bank een recht van hypotheek vestigt.

Het eigendomsrecht laat A vrij in het gebruik van zijn pand. Positief-rechtelijk bezien is A, met uitsluiting van anderen, volledig beschikingsbevoegd over zijn eigendomsrecht.

A kiest er voor het pand te laten dienen als object van financiering en vestigt op zijn eigendomsrecht ten behoeve van de bank een recht van hypotheek. De bank krijgt een beperkt recht op het eigendomsrecht van A. De bank heeft hiermee de bevoegdheid het pand,

9. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 107 K heeft de wetgever expliciet op deze afweging gewezen: 'De vraag of anderen dan degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met name diens rechtverkrijgenden, verhinderd worden zich op de onjuistheid van de veronderstelling van de derde te beroepen, zal beheerst worden door andere rechtsbeginselen. In het bijzonder zullen hier het beginsel "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" en anderzijds dat van de bescherming van de verkrijgers te goeder trouw aan de orde komen.' TK, 1970-1971, 3770, no. 5, p. 82.

10. Zie over de aan de derdenbescherming ten grondslag liggende rechtsbeginselen in het bijzonder B.W.M. Nieskens-Isphording, Vier beginselen van derdenbescherming, Kwartaalbericht Nieuw BW 1989/3, pp. 71-75 en A.F. Salomons, De pijlers onder de vertrouwensbescherming van artikel 3:86 Nieuw BW, Ars Aequi 1991, pp. 114-123.

waarvan A het eigendomsrecht heeft, te vervreemden als A in zijn verplichtingen jegens de bank tekort schiet.

De omvang van het eigendomsrecht van A wordt door het recht van hypotheek in ieder geval in twee opzichten beperkt. Allereerst blijft A weliswaar bevoegd het pand te vervreemden, maar hij kan niet meer de vrije en onbelaste eigendom overdragen. A kan slechts vervreemden het eigendomsrecht belast met het hypotheekrecht. Ten tweede heeft A de bank op voorhand gerechtigd om in een specifiek geval zijn eigendomsrecht openbaar te verkopen, zonder dat hij op dat moment zijn toestemming en medewerking daarvoor behoeft te geven.

A is een deel van zijn beschikkingsbevoegdheid kwijt, zodat A daarmee positiefrechtelijk van volledig beschikkingsbevoegde tot een beperkt beschikkingsbevoegde is geworden. Bovendien heeft A contractueel de bank voor een deel beschikkingsbevoegd over het eigendomsrecht gemaakt. De bank is ook beperkt beschikkingsbevoegde geworden.

A heeft met het vestigen van het recht op hypotheek vrijwillig zijn eigendomsrecht beperkt. Een recht van een ander heeft A niet aangetast, zodat het nemo plus beginsel niet is geschonden.

A verhuurt het pand op 1 februari voor onbepaalde tijd aan H.

A is op grond van zijn eigendomsrecht in beginsel vrij in de wijze waarop hij het pand gebruikt. A kiest ervoor het pand te verhuren aan H.

De huurovereenkomst verplicht A aan H het huurgenot van het pand te verschaffen. Dit is een persoonlijke verplichting van A. Goederenrechtelijk bezien heeft deze verbintenisrechtelijke verplichting geen invloed op (de omvang van) het eigendomsrecht. De omvang van het eigendomsrecht van A is vóór en ná het sluiten van de huurovereenkomst gelijk, zodat A — bij vervreemding van het pand vrij van huur — het recht overdraagt dat hij heeft. Het nemo plus beginsel wordt niet geschonden. Een goederenrechtelijk recht van een ander wordt niet aangetast.

De wetgever is de huurder te hulp geschoten. Ingevolge artikel 7A:1612 BW gaan de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst bij verkoop van het pand van de vervreemder over op de verkrijger. Dit betekent dat als de vervreemder zich jegens een koper verplicht het pand vrij van huur te verkopen, de verkrijger ondanks

de contractuele afspraak het pand niet vrij van huur krijgt. De huurovereenkomst gaat van rechtswege over en zet daarmee de contractuele afspraak tussen de vervreemder en de koper opzij. Anders gezegd, de wet corrigeert de verklaring van de vervreemder.

De bank is als beperkt beschikkingsbevoegde in bepaalde gevallen gerechtigd het pand openbaar te verkopen. De contractuele aanspraak van de huurder op een rustig en ongestoord huurgenot tast niet (de omvang van) het eigendomsrecht aan, zodat ook (de omvang van) het zakelijk recht van de bank daardoor niet beperkt wordt. Toch kan ook de bank — zelfs al is de bank geen contractspartij bij de huurovereenkomst — in beginsel het pand niet meer vrij van huur vervreemden. Artikel 7A:1612 BW doet ook hier zijn corrigerende werking. Dit kan voor de bank nadelig uitwerken. Het pand dient als zekerheid voor de verstrekte geldlening. De verkoopwaarde van een verhuurd pand is in het algemeen lager dan een pand vrij van huur. De verhaalsmogelijkheid van de bank wordt door het in verhuur geven beperkt en kan daardoor onvoldoende zijn.

Voor de bank is er een uitweg. De bank kan in de hypotheekakte bedingen, dat A voor het verhuren van het pand haar toestemming nodig heeft. Er is dan sprake van een huurbeding ex artikel 3:264 BW.

Als A voor de verhuur aan de bank geen toestemming vraagt of de bank de gevraagde toestemming weigert, kan de bank bij openbare verkoop — en de koper van het geveilde pand — onder inroeping van het huurbeding de huurovereenkomst jegens hem vernietigen.<sup>11</sup> Het pand wordt vrij van huur overgedragen. Artikel 3:264 BW is als een uitzondering op artikel 7A:1612 BW te beschouwen.<sup>12</sup>

11. Het ontbreken van toestemming van de bank tast de huurovereenkomst tussen A en de huurder niet aan. Indien A het pand te zijner tijd — belast met hypotheek — verkoopt, zal bij de overdracht ingevolge artikel 7A:1612 BW ook de huurovereenkomst mee overgaan. Indien A de toestemming tot verhuur van de bank krijgt, kan de bank zich niet meer op artikel 3:264 BW beroepen, zodat de bank dan bij openbare verkoop het eigendomsrecht slechts met instandhouding van de huurovereenkomst kan verkopen.
12. Zie HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann c.s.) en HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 (Pirouette/Broekmeulen). Formeel kan de huurder op deze beëindiging van zijn huurgenot bij het totstandkomen van de huurovereenkomst bedacht zijn, daar het huurbeding in de openbare registers is ingeschreven. De huurder kan deze registers voor het sluiten van de huurovereenkomst raadplegen.

Op 1 maart cedeert A bij akte aan C de huurpenningen, die hij uit de huurovereenkomst met H nu en in de toekomst zal ontvangen, van welke cessie H mededeling wordt gedaan.

In de huurovereenkomst heeft H, als prestatie voor het te verschaffen huurgenot, zich jegens A verplicht tot betaling van huur in vaste termijnen. A is de gerechtigde van deze vordering op H. Het betreft een vordering op naam, die op grond van artikel 3:94 BW aan een derde kan worden overgedragen. De levering dient bij akte van cessie te geschieden en de debitor cessus dient daarvan mededeling te worden gedaan.<sup>13</sup>

A heeft aan C niet alleen de huurpenningen overgedragen, die op het moment van het sluiten van de akte opeisbaar zijn, maar ook de huurpenningen die H in de toekomst aan A verschuldigd zal worden. Zijn de nog niet verschenen huurtermijnen een reeds bestaande vordering tot periodieke betaling, waarvan de nakoming nog niet kan worden afgedwongen of een toekomstige vordering?

Voor de gedachte, dat van een bestaande vordering sprake is, pleit dat de verplichting van H tot periodieke betaling van huur voortvloeit uit de huurovereenkomst en derhalve bij het sluiten van de huurovereenkomst ontstaat.<sup>14</sup>

Hiertegen kan worden ingebracht, dat het in het geheel niet zeker is, dat H in de toekomst verplicht is huur te betalen. A zal eerst van H betaling van een huurtermijn kunnen vorderen als hij over de desbetreffende periode het huurgenot heeft verschaft. De vordering is hierdoor afhankelijk van een nog te verrichten prestatie van de verhuurder. De vordering van A is daarmee afhankelijk van een

13. Het (nieuw) BW bevat voor de levering van een vordering bij voorbaat niet de beperking onder het oude recht dat de vordering rechtstreeks wordt verkregen uit een ten tijde van de cessie bestaande rechtsverhouding.
14. Aanvankelijk opteerde de Hoge Raad in het arrest van 15 maart 1940, NJ 1940, 848 nt E.M. Meijers (De Boer/Haskerveenpolder) ook voor deze terminologie. Deze uitspraak volgde logisch op het arrest van de Hoge Raad van 29 december 1933, NJ 1934, 343 nt P. Scholten (Fijn van Draat/De Nederlanden), waarin alleen cessie van bestaande vorderingen toelaatbaar werd geacht. In 1981 heeft de Hoge Raad bij arrest van 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 nt W.M. Kleijn (Langeveld en Dommering q.q./Solleveld-Bouwman) deze constructie van een bestaande vordering verlaten. Cessie van vorderingen die nog moeten ontstaan is mogelijk, voorzover zij hun onmiddellijke grondslag hebben in een reeds bestaande rechtsverhouding.

toekomstig element aan de zijde van A.<sup>15</sup> De Hoge Raad heeft in ieder geval in 1987 voor de laatste benadering gekozen.<sup>16</sup>

Op het moment dat de toekomstige vordering bij akte onder mededeling aan de debitor cessus wordt geleverd, kan A niet over de nog niet opeisbare huurtermijnen beschikken. A is nog niet beschikingsbevoegd, zodat het recht op de vordering op naam, gelet op de vereisten van de artikelen 3:94 jo. 84 BW, nog niet wordt overgedragen. Het recht op de vordering gaat eerst over, indien — er vanuit gaande dat aan alle overige vereisten voor een geldige overdracht is voldaan — de vordering opeisbaar is, zodat A de rechthebbende op de vordering is geworden.

De overdracht van een toekomstige vordering wordt veelal beschouwd als een overdracht onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder het goed zal verkrijgen.<sup>17</sup>

Bij levering van toekomstige vordering wordt het nemo plus beginsel niet geschonden. De overdracht vindt eerst plaats als A, de vervreemder, door het opeisbaar worden van de vordering beschikingsbevoegd wordt. Het recht op de vordering behoort dan aan A toe en dat recht wordt vervolgens — in een ondeelbaar moment — aan C overdragen.

Op 1 april vestigt A op de toekomstige huurpenningen van H een stil pandrecht ten behoeve van D.

15. De wetgever heeft bij de behandeling van het wetsontwerp nr 16 593, aanvaardbaar gekozen voor de benadering dat bij nog niet verschenen huurtermijnen sprake is van een toekomstige vordering. Zie TK, 1980-1981, 16 593, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 50. Later is verdedigd dat sprake is van een bestaande, nog niet opeisbare vordering. EK, 1984-1985, 16 593, nr 141a (Memorie van Antwoord), p. 27.
16. In het arrest van 26 maart 1982, NJ 1982, 615 nt W.M. Kleijn (Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Visserij/ABN e.a.) maakte de Hoge Raad een duidelijk onderscheid tussen toekomstige vorderingen en bij overeenkomst ontstane vordering onder opschortende tijdsbepaling en voorwaarde tot periodieke betalingen. Bij arrest van 30 januari 1987, NJ 1987, 530 nt W.C.L. van der Grinten (Westland/Utrecht Hypotheekbank NV/Emmerig q.q.) heeft de Hoge Raad de categorie van periodieke betalingen aangescherpt tot terstond vaststaande periodieke betalingen. De Hoge Raad oordeelde vervolgens uitdrukkelijk dat bij een huurovereenkomst van bepaalde tijd de nog niet verschenen huurtermijnen toekomstige vorderingen zijn.
17. Zie Asser-Mijnssen-De Haan, 3, I, 13e druk, Zwolle, 1992, p. 191 en de daar genoemde literatuur.

Artikel 3:239 lid 1 BW maakt het mogelijk onder meer op een vordering op naam een stil pandrecht te vestigen.<sup>18</sup> Het moet wel een vordering betreffen, die op het tijdstip van de verpanding reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding.<sup>19</sup> De toekomstige vordering tot betaling van huurpenningen die voortvloeit uit een reeds bestaande huurovereenkomst voldoet aan dit vereiste.

Ingevolge artikel 3:239 lid 2 jo. 3:237 lid 2 BW dient A in de akte, waarbij het pandrecht wordt gevestigd te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is alsmede hetzij dat op het goed geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten.

Een stil pandrecht kan ook op een toekomstige vordering worden gevestigd. De verklaring ex artikel 3:239 lid 2 jo. 3:237 lid 2 BW — die overigens geen vestigingsvereiste voor pandrecht is — zal bij toekomstige vorderingen moeten inhouden de rechten op het goed die de pandgever tevoren eveneens bij voorbaat aan anderen heeft verschaft.

Het pandrecht op een toekomstige vordering wordt gevestigd in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever. Op het moment dat de pandgever beschikkingsbevoegd wordt, ontstaat het stil pandrecht.

Als het stil pandrecht is ontstaan, is het een beperkt recht op het verkregen recht van A op de verschenen huurtermijnen. A geeft hiermee D het recht H van de stille verpanding mededeling te doen, indien A in zijn verplichtingen jegens D tekort schiet of D goede grond heeft te vrezen dat A in zijn verplichtingen tekort zal schieten. Het stil pandrecht wordt door deze mededeling gewijzigd in een openbaar pandrecht, dat D overeenkomstig artikel 3:246 BW het recht geeft aan H nakoming van de betaling van de huur te eisen en de huurpenningen in ontvangst te nemen.

Het stil pandrecht beperkt het recht van A op de vordering op de

18. Het is ook mogelijk op de vordering op naam een 'openbaar pandrecht' ex art. 3:236 BW te vestigen. De vestigingshandeling is ingevolge de artt. 3:236 lid 2 jo. 3:94 BW een authentieke of onderhandse akte en mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande vordering.

19. Dit is dezelfde eis als die het oude recht stelde voor de cessie van vorderingen. Aangenomen mag worden dat de in de jurisprudentie onder het oude recht ontwikkelde regels voor de cessie van vorderingen overeenkomstig op de stille verpanding van vorderingen zullen worden toegepast.

huurpenningen in twee opzichten. Allereerst kan A de vordering alleen vervreemden belast met het pandrecht. Ten twee geeft A aan D op voorhand de bevoegdheid in een specifiek geval zelf tot inning van de vordering op de huurpenningen over te gaan.

A heeft uit de contractuele verhouding met H aanspraak op de toekomstige huurpenningen. Maar kan A nog wel een stil pandrecht vestigen op deze toekomstige vorderingen die hij reeds op 1 februari bij voorbaat heeft geleverd aan C?

Weliswaar zijn de toekomstige vorderingen eerder aan C geleverd, maar het recht op de vordering is in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van A nog niet overgegaan op C. Op het ogenblik dat de toekomstige vordering opeisbaar is, wordt A beschikkingsbevoegd. Eerst op dat moment ontstaat in een ondeelbaar ogenblik gelijktijdig het stille pandrecht en wordt het recht op de vordering — belast met het pandrecht — aan C overgedragen.

C verkrijgt een met pandrecht belaste vordering.<sup>20</sup> D krijgt een pandrecht op de vordering en behoudt dat recht bij vervreemding aan C.

Het nemo plus beginsel is niet geschonden. Op het moment van het opeisbaar worden van de vordering, was A gerechtigd tot het vestigen van een stil pandrecht en om de vordering met een stil pandrecht belast over te dragen. Aldus is geschied. Een bestaand goederenrechtelijk recht van een ander heeft A bij de overdracht van het recht op de huurpenningen niet aangetast.

Op 1 mei cedeert A voor de tweede maal — eveneens onder mededeling aan H — de huurpenningen die hij uit de huurovereenkomst met H nu en in de toekomst zal verkrijgen bij akte aan E.

Het is reeds opgemerkt dat de vordering op de toekomstige huurpenningen kan worden overgedragen onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder het goed zal verkrijgen. Maar kan A voor de toekomstige huurpenningen, die hij reeds onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen aan C nog eens cederen aan E?

Wanneer de huurtermijn opeisbaar wordt, wordt A gerechtigde op de vordering. Het onder opschortende voorwaarde overdragen

20. C wordt goederenrechtelijk niet beschermd tegen het verkrijgen van een met pandrecht belast recht op de huurpenningen, behoudens in het weinig voorkomende geval dat aan de vereisten van 3:36 BW wordt voldaan.

van die huurpenningen aan C en E en het onder opschortende voorwaarde vestigen van een stil pandrecht op die huurpenningen leidt tot een mystieke juridische gedaantewisseling. Twee benaderingen zijn denkbaar.

De eerste benadering gaat ervan uit dat een recht op een vordering weliswaar kan worden beperkt, maar niet kan worden 'gekloond' in twee gelijke en onderling strijdige rechten. Gelijktijdig tweemaal een recht overgedragen, waarbij een onderlinge rangregeling de beslissing moet brengen, is niet mogelijk. Deze opvatting leidt ertoe dat A na de eerste levering van de toekomstige vordering onder opschortende voorwaarde aan C, A ten aanzien van de tweede levering aan E onbevoegd is geworden nogmaals over de verschenen huurpenningen te beschikken. Op het moment dat A beschikkingsbevoegd wordt, ontstaat derhalve alleen het stil pandrecht op de vordering en wordt de vordering belast met het pandrecht aan C overgedragen. E verkrijgt geen recht op de vordering vanwege de onbevoegdheid van A.<sup>21</sup>

De tweede benadering neemt tot invalshoek, dat A op het moment van het opmaken van de akte met E nog geen recht op de nog niet verschenen huurtermijnen heeft. Op een recht dat A niet heeft, kan ook geen beperking worden aangebracht. A kan daarom nogmaals de toekomstige huurpenningen onder opschortende voorwaarde overdragen. Op het moment dat A beschikkingsbevoegd wordt, wordt zowel ten aanzien van de vestiging van het stil pandrecht als ten aanzien van de levering van het recht op de vordering de opschortende voorwaarde vervuld. Op een ondeelbaar moment wordt het stil pandrecht op de vordering gevestigd en wordt het recht op de vordering overgedragen op C en E. Na de overdracht wordt de keuze gemaakt wiens recht buiten effect blijft. Het ligt voor de hand de keuze te bepalen aan de hand van de goederenrechtelijke prioriteitsregel. De wetgever heeft in artikel 3:97 lid 2 BW voor de tweede benadering gekozen.<sup>22</sup>

Overigens is nog een derde benadering mogelijk. E verkrijgt de volledige werking van het eigendomsrecht, indien het aan C overgedragen recht — bijvoorbeeld doordat de daaraan ten grondslag liggende schuld is voldaan — eindigt. De eerste cessie is dan als het ware verricht onder de ontbindende voorwaarde dat C geheel zal

21. Smits, bindend advies, 10 mei 1966, NJ 1968, 275, nt H. Drion.

22. Zie Parl. Geschiedenis op art 3:97 BW, p. 403.

worden voldaan. De tweede cessie aan E is dan aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat C geheel zal zijn voldaan.

De eerste en derde benadering past beter bij het nemo plus beginsel. Volgens dit beginsel kan A aan E niet het eigendomsrecht op de vordering verschaffen, omdat hij dat recht ten behoeve van E niet heeft verkregen door de eerdere levering aan C. De achtergrond van de nemo plus regel wordt ook niet geschonden. A verschaft C geen recht dat aan een ander, E, toebehoort. E krijgt het recht niet en raakt het ook niet kwijt. Bij de derde benadering krijgt E eerst het recht indien de ontbindende voorwaarde bij de levering aan C inwerking treedt en A op dat moment nog bevoegd is over zijn recht op de huurpenningen te beschikken.

Bij de tweede benadering is enig kunst- en vliegwerk nodig voordat blijkt dat het nemo plus beginsel niet wordt geschonden. A draagt aan E wel een recht op de huurpenningen over. A verschaft hiermee aan E meer rechten dan hij heeft. Eerder is immers dezelfde vordering geleverd aan C. De keuze wiens recht prevaleert valt op grond van de prioriteitsregel ten gunste uit van de verkrijger C. Ter bescherming van het oudere recht van C wordt de werking van het recht van E ontnomen. Door de relativering van de tweede levering wordt alsnog de overdracht tussen A en E op zodanige wijze gecorrigeerd, dat in effect A aan E geen meer rechten heeft overgedragen dan A had. Overigens kan E geen beroep doen op één van de beschermingsbepalingen tegen de onbevoegdheid van de vervreemder. A was ten tijde van de overdracht beschikkingsbevoegd.

A komt zijn verplichtingen uit de hypotheekakte niet na, zodat de Bank op 1 juli het kantoorpand openbaar verkoopt. F koopt het pand.

A is in verzuim. De bank is in dit geval gerechtigd te beschikken over het eigendomsrecht van A. De bank besluit van haar bevoegdheid tot executoriale verkoop van het pand gebruik te maken. Het huurbeding ex artikel 3:264 BW is niet gemaakt, zodat het pand wordt geveild 'onder bezwaar van de lopende huur, zonder dat wordt ingestaan voor de betaling van de huurpenningen'. F koopt het pand en voldoet de koopsom. Welke gevolgen heeft deze openbare verkoop door de hypotheekhouder voor de rechten van A-E?

A heeft zijn eigendomsrecht verloren. De bank heeft de opbrengst van het pand kunnen aanwenden tot aflossing van de hypothecaire

schuld. Het hypotheekrecht van de bank is vervallen. Zijn de rechten van C-E door de overdracht aangetast?

Met de openbare verkoop van het pand is ingevolge artikel 7A:1612 BW ook van rechtswege mee overgegaan de huurovereenkomst met H.<sup>23</sup> Dus ook het gecedeerde vorderingsrecht tot inning van de toekomstige huurpenningen is van rechtswege mee overgegaan. F heeft de huurverhouding te aanvaarden zoals hij haar aantreft. Dit betekent dat F de cessie van de huurpenningen aan C, de vestiging van het stil pandrecht ten behoeve van D daarop en de latente cessie aan E tegen zich heeft te laten gelden.

Indien de bank het huurbeding ex artikel 3:264 BW heeft gemaakt, kan de bank onder inroeping van dit beding de huurovereenkomst jegens hem vernietigen. Het pand wordt in dit geval vrij van huur overgedragen. F verkrijgt het pand vrij van huur en heeft daarmee ook geen vorderingsrecht op huurpenningen verkregen dat met een cessie is belast.

Het nemo plus beginsel is in beide gevallen niet geschonden. De bank heeft vooraf van A de bevoegdheid verkregen het pand te verkopen, indien A jegens de bank in verzuim is. De bank oefent haar recht tot openbare verkoop uit, waardoor het hypotheekrecht van de bank eindigt. De bank verschaft F krachtens eigen bevoegdheid — vrij van hypotheek — het eigendomsrecht van A op het pand. Heeft de bank een huurbeding bedongen dan kan de bank executeren alsof geen cessie van de huurpenningen heeft plaatsgevonden. De bank verkoopt overeenkomstig zijn recht vrij van huur, zodat de nemo plus regel niet wordt geschonden. Formeel leidt de overdracht vrij van huur ook niet tot rechtsverlies van de cessionaris. De huurovereenkomst wordt jegens de bank vernietigd, maar blijft voor het overige instand. Feitelijk zal de vordering van de cessionaris wel inhoudsloos zijn. De verplichting van de huurder huur te betalen kan worden opgeschort, aangezien de verhuurder niet in staat is de huurder een rustig huurgenot te verschaffen. Het vorderingsrecht op

23. Zie HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 nt E.M. Meijers (De Boer/Haskerveenpolder). Zie verder HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 nt H.J. Snijders (Bouwen Aannemingsmaatschappij v/h H.B. van Berkel/Tribosa). Voorts onder meer H.J. Snijders, *Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling*, BW-krant jaarboek 1992, pp. 17-30 en A.I.M. van Mierlo, *Reprise De Boer-Haskerveenpolder en de artt. 475, 475b NRv en 3:97 NBW*, WPNR 6014 (1991), pp. 509-514.

de huurpenningen kan door de opschortingsbevoegdheid van de huurder niet worden uitgeoefend.

Verkoopt de bank het pand belast met huur dan blijft de cessie van de huurpenningen in stand. De bank tast het recht van de cessionaris dan ook niet aan.

#### 4. SLOTSOM

Voor de reikwijdte van het nemo plus beginsel is het positieve recht van belang. Het nemo plus beginsel beschermt de oorspronkelijke volledig of beperkt gerechtigde, waartoe eerst dient te worden vastgesteld of hij een recht op het goed heeft (gehad). Het beginsel heeft ook positiefrechtelijke uitwerking gekregen in het vereiste van de beschikkingsbevoegdheid. Toch is het nemo plus beginsel niet identiek aan het beschikkingsbevoegdheidsvereiste.

Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid heeft betrekking op de vervreemder en beschermt niet louter derden tegen onvrijwillig rechtsverlies. De beschikkingsbevoegdheid beschermt bijvoorbeeld ook crediteuren die door middel van faillissementsbeslag de beschikkingsbevoegdheid van hun schuldenaar hebben geblokkeerd.

Het nemo plus beginsel ziet eerst en vooral op de positie van de oorspronkelijk gerechtigde. Aldus opgevat is het beginsel een belangrijk beginsel dat moet worden meegewogen in de situaties, waarbij de verkrijger van een onbevoegde vervreemder op grond van het vertrouwensbeginsel bescherming van het aan hem overgedragen recht wenst. Bij de afweging van beide beginselen vindt een afweging plaats tussen de positie van enerzijds de oorspronkelijk gerechtigde en anderzijds de verkrijger.

In het geval verschillende partijen rechten doen gelden op hetzelfde toekomstige goed heeft het nemo plus beginsel voor haar werking de steun nodig van de goederenrechtelijke prioriteitsregel. De reden hiervoor kan vooral worden gezocht in de omstandigheid dat bescherming moet worden verleend aan de oudste van meerdere toekomstige gerechtigden.

# De paritas creditorum geprolongeed

OVER VOORRECHT EN VERREKENING

*E. B. Rank-Berenschot\**

## 1. INLEIDING

'All creditors are equal, but some creditors are more equal than others'. Zo zou men, vrij naar Orwell, de regels van art. 3:277-281 BW kunnen samenvatten. Krachtens art. 3:277 lid 1 hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang zoals pand, hypotheek, voorrecht of een andere in de wet aangegeven grond.<sup>1</sup>

Het beginsel van de gelijkheid der schuldeisers zit diep geworteld. Ofschoon de daarvoor gangbare uitdrukking 'paritas creditorum' zelf waarschijnlijk niet van Romeinsrechtelijke herkomst is, wordt aangenomen dat het Romeinse recht het beginsel wel kende. Vermogensexecutie had in het klassieke recht steeds een soort faillissementskarakter. Stond eenmaal vast dat een crediteur over een deugdelijke executoriale titel beschikte, dan werden alle crediteuren bijeengeroepen (concursum creditorum). Een uit hun midden gekozen magister bonorum had tot taak het vermogen van de debiteur bij opbod te verkopen. Bij de veiling boden de gegadigden aan om de crediteuren voor een bepaald breukdeel van hun vorderingen te voldoen. De crediteuren eisten het hun toekomende percentage op van de hoogst biedende, de bonorum emptor. Bepaalde vorderingen waren echter geprivilegeerd en dienden door de bonorum emptor integraal te worden voldaan.<sup>2</sup>

\* Mr. E.B. Rank-Berenschot is als universitair hoofddocent verbonden aan de Vakgroep privaatrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Zie voor deze andere gronden bijvoorbeeld art. 3:264 lid 7, 3:282, 3:292 BW.  
2. Kaser-Wubbe, Romeins privaatrecht, Zwolle 1971, blz. 404-405.

Het beginsel van de *paritas creditorum* heeft sedertdien vrijwel onafgebroken deel uitgemaakt van het geschreven recht.<sup>3</sup> Het werd in art. 1178 BW (oud) aldus geformuleerd, dat de opbrengst van de goederen van de schuldenaar onder de crediteuren ponsd ponsd gelijke, naar evenredigheid van eens ieders inschuld wordt verdeeld, tenzij er een wettige reden van voorrang mocht bestaan. Het huidige art. 3:277 lid 1 BW komt, aldus de Toelichting Meijers, zakelijk met art. 1178 (oud) overeen. Volstaan wordt met de opmerking dat de schuldeisers in beginsel gelijke rang hebben en dat noch de datum van de vordering, noch het beslag voorrang geeft.<sup>4</sup> Het beginsel wordt alom als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Noch in de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW, noch in de grote handboeken zal men diepgaande beschouwingen aantreffen omtrent het waarom van het beginsel.<sup>5</sup> Incidenteel wordt de regel van art. 3:277 lid 1 verklaard met een summiere verwijzing naar 'het' gelijkheidsbeginsel.<sup>6</sup> Anders dan met betrekking tot zijn goederenrechtelijke tegenhanger, de prioriteitsregel, het geval is, wordt evenmin getracht de *paritas*-regel te verklaren vanuit bijvoorbeeld de structuur van de botsende rechten in kwestie.<sup>7</sup>

Niettemin kan worden geconstateerd dat de *paritas creditorum* zich de laatste decennia in een hernieuwde belangstelling mag verheugen, zowel op het vlak van wetgeving als in de jurisprudentie. De aandacht betreft daarbij niet zozeer de hoofdregel zelf, als wel het streven om het aantal uitzonderingen te beperken. In het navolgende een momentopname anno 1993.

## 2. WETGEVING

Ons verhaalsrecht werd tot voor kort gekenmerkt door een ware

3. Zie voor een historisch overzicht W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen*, Zwolle 1976, blz. 16-19.
4. *Parlementaire geschiedenis* Boek 3 NBW, blz. 856.
5. Vgl. o.a. Asser-Mijnssen, *Zakenrecht III* (1986), nr. 2 en Pitlo/Brahn, *Zakenrecht* (1987), blz. 403, waarin volstaan wordt met een positiefrechtelijke beschrijving van het beginsel. Idem Suijling V (1940), nr. 417.
6. Vgl. A. van Hees, *De achtergestelde vordering*, in het bijzonder de achtergestelde lening, Deventer 1989, blz. 10; W.P. Erasmus, a.w., blz. 15-16.
7. Zie over de onzuiverheid van de tegenstelling *paritas*-prioriteit mijn dissertatie *Over de scheidlijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer 1991, blz. 206 e.v.

wildgroei van historisch gegroeide privaat- en publiekrechtelijke privileges. In haar rapport *Bevoorrechten van vorderingen* (1974)<sup>8</sup> gaat de commissie Houwing er vanuit dat een voorrecht slechts gerechtvaardigd is indien duidelijke redenen voorhanden zijn om de hoofdregel van gelijkheid te doorbreken of, anders gezegd, indien het belang van de bevoorrechte crediteur behoort te prevaleren boven dat van de andere schuldeisers. Tegen deze achtergrond heeft de commissie een aantal mogelijke rechtsgronden voor bevoorrechten geanalyseerd, zoals het feit dat de vordering in kwestie strekt tot betaling van gelden die de schuldenaar voor de schuldeiser onder zich heeft gekregen, het gegeven dat de schuldeiser gezien zijn positie verplicht is krediet te verlenen zonder dat hij zijn debiteur kan selecteren op kredietwaardigheid of zekerheid kan bedingen, het feit dat de schuldeiser in een maatschappelijk zwakke positie verkeert en voor zijn levensonderhoud van regelmatige betaling afhankelijk is, en tenslotte het samenhangvereiste: het feit dat de schuldeiser aan de boedel enige waarde heeft toegevoegd, die daarin nog tastbaar aanwezig is.<sup>9</sup> In het algemeen zijn deze gronden gewogen en te licht bevonden. Slechts voor een zeer klein deel van de destijds bestaande voorrechten werd een inbreuk op de *paritas creditorum* gerechtvaardigd geacht.

Op het voetspoor van de commissie Houwing is het aantal privaatrechtelijke voorrechten in het nieuwe BW inmiddels aanzienlijk uitgedund. Een zelfde lot zal de publiekrechtelijke voorrechten beschoren zijn wanneer wetsvoorstel 22 942<sup>10</sup> tot wet zal zijn verheven. In navolging van het voorontwerp van de werkgroep Lukacs<sup>11</sup> — die op haar beurt het rapport Houwing op de voet volgt — stelt de ontwerper onder meer voor om alle voorrechten op een centrale plaats te regelen en in rangorde te zetten (titel 3.10 BW), publiekrechtelijke voorrechten met uitzondering van die ter zake van o.a.

8. Zie voor een samenvatting van het rapport WPNR 5269 (1974), blz. 463.
9. W.P. Erasmus, a.w., blz. 36 e.v. Zie over het samenhangvereiste A.L. Croes, WPNR 5330 (1975), blz. 881.
10. Wetsvoorstel 22 942, aan de Tweede Kamer aangeboden op 30 november 1992, houdende wijziging van het BW, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechten van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement.
11. Zie voor een kritische bespreking van haar rapport *Voorrecht en bodemrecht* (1990) E.W.J.H. de Liagre Böhl, BW-krant Jaarboek 1991, blz. 43-53.

rijks- en waterschapsbelastingen en sociale premies te schrappen, nieuwe voorrechten toe te kennen aan gemeentelijke en provinciale belastingen, alle algemene voorrechten gelijk te schakelen, en tenslotte als algemene regel (weer) te laten gelden dat pand, hypotheek en bijzondere voorrechten in beginsel boven algemene voorrechten gaan. Het meest omstreden privilege, namelijk dat van de fiscus, wordt in rang verlaagd van superpreferent naar algemeen.<sup>12</sup> Het fiscaal bodemrecht (thans art. 22 Invorderingswet 1990) wordt volgens het voorstel omgezet in een bijzonder verhaalsrecht op permanente bedrijfsmiddelen en zal eveneens naar titel 3.10 worden overgebracht. Wat er zij van de kritiek die men op onderdelen van het voorstel kan hebben,<sup>13</sup> als geheel genomen biedt het stellig het voordeel van overzichtelijkheid en draagt het bij tot herstel van de hoofdregel van art. 3:277 BW.

### 3. JURISPRUDENTIE

#### 3.1. *Algemeen*

In de jurisprudentie is het lang stil geweest rond de *paritas creditorum* als zodanig. Raadpleging van de registers van de Nederlandse Jurisprudentie op het trefwoord 'gelijkheid der schuldeisers' vanaf 1975 tot heden levert slechts een handvol uitspraken op, welke bovendien alle dateren van de laatste vijf jaren.

Enkele uitspraken betreffen de inhoud van het begrip gelijkheid zelf. Zo oordeelde de Hoge Raad in HR 29 september 1989, NJ 1990, 4 (Van den Brink c.s./curatoren THB) dat pandbriefhouders wier pandbrieven vóór respectievelijk na aanvang van de toepasselijkheid van een noodregeling in de zin van de WTK waren uitgeloot, niet in een gelijke positie verkeerden, om welke reden de eerste categorie, wier vorderingen opeisbaar waren, geen aanspraak kon maken op een rentevergoeding zoals die wel toekwam aan de tweede categorie, wier vorderingen niet betaalbaar waren gesteld. En zo werd de Rechtbank Utrecht geconfronteerd met een surséanceakkoord op grond waarvan sommige concurrente crediteuren een

12. De voor het fiscale privilege aangevoerde rechtsgronden worden o.m. besproken door F.H.J. Driessen, NJB 1975, blz. 73-75, A.L. Croes, WPNR 5366 (1976) en C.J.B. Ebeling, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1988, blz. 54-55.

13. Zie voor kritiek op het handhaven van de bijzondere positie van de fiscus E.W.J.H. de Liagre Böhl, NJB 1993, blz. 193.

contante uitkering zouden ontvangen, terwijl van anderen de vordering zou worden omgezet in certificaten van aandelen. De Rechtbank oordeelde dat de omstandigheid dat de gelijkheid van gelijkgerechtigde schuldeisers niet in elk opzicht in acht was genomen, aan homologatie niet in de weg behoefde te staan.<sup>14</sup>

Het zwaartepunt in de recente jurisprudentie ligt echter het vooral bij het leerstuk van de verrekening, en dan met name op het punt waar verrekening en pauliana elkaar raken. Zij werken in tegengestelde richtingen. Enerzijds is daar de beschermende werking van de specifiek voor verstoring van de *paritas creditorum* geldende regeling van art. 3:45 BW en art. 42-47 Fw.<sup>15</sup> Anderzijds werd en wordt de bevoegdheid van een schuldenaar om zich ter afwering van de vordering tot betaling door zijn schuldeiser te beroepen op een vordering zijnerzijds jegens die schuldeiser en aldus beide verbintnissen over en weer tot hun gemeenschappelijk beloop teniet te laten gaan (vgl. art. 6:127 BW) algemeen erkend als een oorzaak van feitelijke doorbreking van de gelijkheid der schuldeisers en als zodanig ook geaccepteerd.<sup>16</sup> Die feitelijke voorrangspositie manifesteert zich vooral bij faillissement. De voor die situatie nog verruimde verrekeningsbevoegdheid — nodig is slechts dat vordering en schuld beide zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit voordien verrichte handelingen (art. 53, vgl. 234 Fw) — wordt gerechtvaardigd met de overweging dat de billijkheid meebrengt dat iedere schuldeiser zijn schuld aan de boedel als een onderpand voor

14. Rb Utrecht, 9 augustus 1989, NJ 1990, 399.

15. Verschillende uitspraken in de genoemde verslagperiode betreffen dan ook de interpretatie van paulianabepalingen in het licht van de *paritas creditorum*. Zie bijv. Rb Roermond 20 juni 1991, NJ 1992, 242 (de strekking van art. 47 Fw brengt mee dat niet vereist is dat het faillissement is uitgesproken op de aanvraag waarvan de ontvanger van de betaling wetenschap droeg); Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992, 243 (de strekking van art. 47 Fw brengt mee dat de bepaling mede betrekking heeft op de situatie dat de schuldenaar kort voor betaling aan de crediteur meedeelt dat hij zijn eigen faillissement zal aanvragen en die aanvraag op de dag van betaling ook werkelijk wordt ingediend); HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450, m.n. JBMV (Kuijpers q.q./Ontvanger) (art. 49 Fw concentreert de uitoefening van de pauliana bij de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers; doorkruising van die uitoefening door een individuele crediteur zou die *paritas* kunnen doorbreken).

16. Asser-Mijnsen, *Zakenrecht* III (1986), nr. 5; Pitlo/Brahn, blz. 407.

de correcte betaling van zijn vordering mag beschouwen; de verrekening is het middel om zijn vordering op dit onderpand te verhalen.<sup>17</sup>

Niettemin kan een tendens worden geconstateerd om aan deze feitelijke doorbreking paal en perk te stellen. In het navolgende zal worden getracht te analyseren hoe genoemde en andere leerstukken elkaar in evenwicht houden en waar derhalve de grenzen van de paritas zijn komen te liggen.

### *3.2 Verrekening door een bank*

Een eerste aanwijzing voor de tendens tot bescherming van de paritas creditorum vindt men in HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.n. G (Loeffen q.q./Mees en Hope I). Bank Mees en Hope had een rekening-courantvordering van ongeveer f 860 000 op Meerhuys BV, terwijl Meerhuys op haar beurt een vordering ter grootte van f 750 000 had op APO BV. APO betaalde dit bedrag door het over te maken op Meerhuys' rekening bij de bank. Het debetsaldo van die rekening liep daardoor terug tot ca. f 110 000. Kort daarna werd Meerhuys failliet verklaard. De curator sprak de bank aan tot betaling van f 750 000. Kort gezegd kwam de kernvraag van dit — sterk vereenvoudigd weergegeven — geval hierop neer of de bank zich op verrekening kon beroepen. Naar de letter van de wet leek zulks het geval: door het uitvoeren van de opdracht had de bank een schuld jegens haar rekeninghouder verkregen die zich, als ontstaan vóór faillietverklaring, op zichzelf leende voor verrekening met het toenmalige debetsaldo. De curator stelde daar echter tegenover dat de creditering had plaatsgevonden terwijl de bank op dat moment wist dat het faillissement van Meerhuys was aangevraagd. Hij stelde zich op het standpunt dat er om die reden sprake was van de paulianeuze voldoening van een opeisbare schuld in de zin van art. 47 Fw.<sup>18</sup> De Hoge Raad gaat daarin mee. Hij acht daarbij beslissend de betekenis welke aan de hand van de eisen van het huidige rechtsverkeer valt toe te kennen aan de strekking van art. 47 Fw betalingen te treffen waardoor een crediteur zich, in strijd met de redelijkheid

17. M.v.T., Van der Feltz I, blz. 462.

18. Ingevolge art. 47 Fw kan de voldoening van een opeisbare schuld worden vernietigd 1) wanneer de ontvanger wist dat het faillissement reeds was aangevraagd of 2) wanneer de betaling het gevolg is van overleg tussen schuldenaar en schuldeiser met het doel laatstgenoemde te begunstigen boven de andere schuldeisers.

en billijkheid jegens zijn medecrediteuren in acht te nemen, aan de concursus onttrekt. Daarbij is, aldus de Hoge Raad, in het bijzonder van belang dat tegenwoordig girale betaling als een normale wijze van betaling wordt beschouwd. In verband daarmee zou de strekking van art. 47 Fw in het huidige rechtsverkeer niet tot haar recht komen en aan banken een uitzonderingspositie worden gelaten die niet valt te verenigen met de onderlinge gelijkheid der crediteuren, indien de vermindering van de opeisbare schuld die van rechtswege resulteert uit de creditering van die rekening niet zou worden aangemerkt als een paulianeuze voldoening in de zin van art. 47 Fw. Alsdan zouden banken zich mede mogen verhalen op vermogensbestanddelen van de schuldenaar — door diens debiteuren gedane stortingen — welke zij hebben ontvangen terwijl zij wisten dat het faillissement reeds was aangevraagd. Voor een dergelijke uitzonderingssituatie bestaat, aldus nog steeds de Hoge Raad, geen grond. Daarenboven kan worden betwijfeld of in een geval als dit verrekening als zodanig wel toelaatbaar is. De Hoge Raad overweegt immers voorts dat indien de bank zich door creditering van de rekening tot debiteur van de schuldenaar maakt terwijl zij weet dat het faillissement reeds is aangevraagd, moet worden geoordeeld dat zich ‘veeleer’ het geval van art. 54 Fw voordoet.<sup>19</sup>

Op deze laatste, vooralsnog niet geheel zonneklare overweging wordt voortgeborduurd in HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, m.n. JBMV (Amro/THB). Hier stond centraal de vraag of een bank bevoegd is haar door creditering ontstane schuld jegens de cliënt te verrekenen met haar vordering uit het debetsaldo op diens rekening, en wel met name indien de creditering heeft plaatsgevonden na het inwerkingtreden van een noodregeling in de zin van art. 32 WTK, doch op grond van een vóórdien verstrekte opdracht. Bedoelde noodregeling heeft tot gevolg dat art. 234/235 Fw (verrekening bij surséance) van toepassing worden, welke op hun beurt overeenkomen met art. 53/54 Fw. Hier was het opnieuw de paritas creditorum die tot een negatief antwoord leidde, ditmaal ten betoge dat art. 235 Fw, de voor surséance geldende evenknie van art. 54 Fw, aan verrekening in de weg stond. Opnieuw speelt de bijzondere positie van de bank haar parten. De Hoge Raad overweegt dat nu girale

19. Art. 54 Fw sluit verrekening uit van niet te goeder trouw overgenomen vorderingen en schulden.

betaling eerder regel dan uitzondering is, met het stelsel van de Faillissementswet niet te verenigen valt dat het girale betalingsverkeer aan bankgiro-instellingen in die voege een uitzonderingspositie zou verschaffen dat zij zich door middel van verrekening afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij de schuldenaar schuldig zijn geworden in het zicht van diens faillissement of surséance. Daarom moet volgens de Hoge Raad worden aangenomen dat indien de bank ten tijde van de creditering dan wel het geven van een begin van uitvoering aan de betalingsopdracht niet te goeder trouw is in de zin van art. 235/54 Fw, het bepaalde in deze artikelen zich tegen een beroep op verrekening verzet.

### *3.3 Bijzondere positie*

Men kan met Vranken in zijn noot bij Amro/THB in beide beslissingen de overtuiging proeven dat toevallige omstandigheden niet bepalend mogen zijn voor iemands rechtspositie en hem zeker geen voorrang mogen verschaffen in faillissement. Zo'n toevalligheid zou in casu het feit zijn dat betaling door een debiteur aan zijn crediteur heden ten dage pleegt plaats te vinden via de bank, waardoor niet alleen tussen crediteur en debiteur verbintenissen teniet gaan, maar ook tussen de bank en elk van beiden afzonderlijk rechten en plichten ontstaan of tenietgaan. De bank zou hieraan dan geen voorrangspolitie mogen ontleen in haar relatie met haar debiteur. Anders gezegd: wat de bank als crediteur van haar medecrediteuren onderscheidt, is de toevalligheid — zij het een structurele toevalligheid — dat zij zich mede kan verhalen op — enigszins onzuiver geformuleerd — gelden die haar als gevolg van stortingen of overschrijvingsopdrachten door derden in handen komen.

Een vraag die dan vervolgens rijst is die welke toevallige omstandigheden een dergelijke ontoelaatbare voorrangspolitie zouden bewerkstelligen. Illustratief is het arrest van het Hof 's-Gravenhage, 8 juni 1988, NJ 1990, 202. Advocaat mr Y van maatschap Z had wegens verrichte werkzaamheden een vordering van ruim f 57 000 op zijn cliënt vennootschap X BV. Deze vennootschap had op haar beurt een vordering op A BV. Mr. Y was met de inning van die vordering belast. Toen X' faillissement werd aangevraagd verzocht en verkreeg mr Y aanhouding van de behandeling. Vervolgens verzocht mr Y aan X' debiteur A om het verschuldigde bedrag over te maken op de bankrekening van zijn kantoor, maatschap Z. Aldus

geschiedde, en de rekening werd gecrediteerd. Korte tijd daarna werd X failliet verklaard. Toen de curator afgifte eiste van f 57 000 beriep mr Y zich op verrekening. Ten onrechte, naar het oordeel van het Hof. Onder verwijzing naar het arrest Loeffen q.q./Mees en Hope en in vrijwel gelijklopende bewoordingen overweegt het Hof dat wanneer het uit een verrekening, als door maatschap Z toegepast, resulterende verminderen van de schuld van X aan haar advocaat niet zou worden aangemerkt als voldoening in de zin van art. 47 Fw, die advocaat zich mede zou mogen verhalen op vermogensbestanddelen van X — door diens debiteur A gedane stortingen — welke hij heeft ontvangen terwijl hij wist dat het faillissement reeds was aangevraagd. ‘Voor een dergelijke uitzonderingspositie bestaat’, aldus het Hof, ‘geen grond’. Afgezien van de dogmatische bezwaren die men tegen de toepasselijkheid van art. 47 Fw in een geval als dit zou kunnen opwerpen,<sup>20</sup> is met name het geciteerde argument in casu weinigzeggend. Immers de door de Hoge Raad in Loeffen q.q./Mees en Hope gereleveerde uitzonderingspositie van de bank bestond daarin dat zij pleegt te fungeren als tussenschakel in betalingen door derden aan de schuldenaar/rekeninghouder en uit dien hoofde met een zekere regelmaat over schulden aan die rekeninghouder beschikt. Op de keper beschouwd bestaat echter de gewraakte ‘uitzonderingspositie’ van maatschap Z daarin dat zij over een — incidentele — schuld jegens haar schuldenaar beschikt. Waar zulks inherent is aan de situatie die nu eenmaal aan een beroep op verrekening ten grondslag pleegt te liggen — in zoverre bevindt iedere crediteur met een compensabele schuld zich in een uitzonderingssituatie, zie hiervoor — komt het mij voor dat een verrekening als in casu dan ook veeleer — indien de schuld werkelijk te kwader trouw is verworven — via art. 54 Fw moet worden afgestraft.

Anderzijds mag de bijzondere positie van een bankgiro-instelling haar ook niet benadelen ten opzichte van andere, gewone credituren. Dit laat zich illustreren aan de hand van Hof Amsterdam 10 januari 1991, NJ 1992, 202. NMB had derdenbeslag gelegd op de vordering van haar rekeninghouder/debiteur op een derde. Het beslag was niet vervolgd maar minnelijk afgewikkeld, waarbij de derde het door hem aan de rekeninghouder verschuldigde betaalde

20. Zie W.A.K. Rank, Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid, Amsterdam 1990, blz. 46-47.

door storting op diens rekening bij NMB. Ten tijde van de creditering wist NMB dat het faillissement van haar rekeninghouder aanstaande was. Niettemin oordeelt het Hof verrekening toelaatbaar. Daartoe wordt onder meer overwogen dat het hier, anders dan in Loeffen q.q./Mees en Hope het geval was, niet het girale betalingsverkeer was dat NMB de mogelijkheid tot verhaal op het door haar verschuldigde had bezorgd, doch het feit dat NMB zich als beslaglegger zelf die positie had verschaft. De derde had niet toevallig verkozen om zijn schuld aan de rekeninghouder te voldoen via de bank als bankgiro-instelling, doch de bank had dit afgedwongen, niet als bank, maar als schuldeiser. De positie die de bank zich had verschaft was dan ook geen uitzonderingspositie die verband hield met haar functie van bankgiro-instelling, maar is een positie die elke schuldeiser zich door het leggen van derdenbeslag kan verschaffen en die voor elke andere schuldeiser — behoudens art. 47 Fw — de weg naar verrekening opent. Een verrekeningsverbod zou in een geval als dit de schuldeiser die tevens bankgiro-instelling is in een nadelige uitzonderingspositie brengen ten opzichte van andere schuldeisers. De ratio van NJ 1989, 449 is in casu niet vervuld. Het Hof kijkt hierbij derhalve door de feitelijk gevolgde gang van zaken heen. Immers, hoewel storting op een tussenrekening dogmatisch fraaier was geweest, had storting onder de bank plaatsgevonden door storting op de rekening van de rekeninghouder. Dit heeft het administratieve voordeel dat de netto-schuld van de rekeninghouder direct zichtbaar wordt. De verrekeningsproblemen die hieruit — uit het debiteurschap van de bank als gevolg van creditering van de rekening — dreigen te ontstaan, worden door het Hof echter weggewuifd: aan het feit dat aan de ratio van NJ 1989, 449 niet is voldaan, doet niet af dat onder NMB betaald is langs de weg van storting op de rekening van haar debiteur. Beslissend is dat is gestort onder dwang van NMB als schuldeiser, niet hoe NMB die storting administratief heeft verwerkt.

Betaling via de bank vormde uiteindelijk ook een onaanvaardbare bedreiging van de *paritas creditorum* in HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (Bosselaar q.q./Interniber). Montana had kort voor haar faillietverklaring caravans verkocht tegen een reële prijs aan Interniber. Deze laatste betaalde de koopsom door bijschrijving op de rekening van Montana bij de Rabobank, waardoor de debetstand op die rekening verminderde. De curator stelde zich op het standpunt dat

sprake was van een paulianeuze rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw welke met zich meebracht dat Interniber — die zich borg had gesteld voor de kredietfaciliteit van Montana — zich ten nadele van de overige schuldeisers bevoordeelde. Ofschoon niet geheel duidelijk wordt welke rechtshandeling — verkoop en levering en/of de betaling — uiteindelijk de paulianeuze handeling zou moeten uitmaken, wordt uitdrukkelijk overwogen dat in casu een verstoring van de paritas creditorum optreedt welke het oordeel wettigt dat sprake is van ontoelaatbare benadeling in de zin van art. 42 Fw Al is de betaalde prijs redelijk, zodat het vermogen per saldo niet is verminderd, zonder de gewraakte transactie zou de opbrengst beschikbaar zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers, aldus de Hoge Raad. Hier kan aan worden toegevoegd: ‘terwijl zij nu ten goede komt aan één crediteur, namelijk de bank’. In casu was de koper gedagvaard; zijn bevoordeling moet klaarblijkelijk worden gezocht in het feit dat zijn aansprakelijkheid als borg verminderde. Theoretisch had de curator onder omstandigheden ook kunnen kiezen voor een beroep op ontoelaatbare verrekening door de bank op voet van art. 47 en/of 54 Fw. De ratio van Loeffen q.q./Mees en Hope en Amro/THB is hier ten volle van kracht.

### *3.4 Verrekening bij duurovereenkomsten*

Het argument van de (verstoring van de) paritas creditorum wordt niet alleen gebruikt ten betoge dat verrekening op zichzelf ongeoorloofd is, maar ook ter adstructie van het oordeel dat een op zichzelf geoorloofde verrekening onder bepaalde omstandigheden niet kan worden toegelaten. In HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (Tiethoff q.q./NMB) had NMB van haar kredietneemster RSH bedrijfsruimte gehuurd. Nadat RSH failliet was verklaard — de huurovereenkomst werd gecontinueerd — weigerde NMB nog langer huur te betalen. Zij beriep zich daartoe op verrekening van de na de faillietverklaring vervallen huurtermijnen met haar vordering uit het krediet. Naar het oordeel van de Hoge Raad brengt een redelijke uitleg van art. 53 Fw mee dat verrekening is uitgesloten voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een voordien gesloten en nadien voortdurende overeenkomst krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die vanaf de faillietverklaring ten laste van de boedel wordt verricht, met name indien schuld en vordering geen verband met elkaar houden. In een

andere opvatting zou de gelijkheid der schuldeisers op onaanvaardbare wijze worden doorbroken, met name doordat de schuldeiser veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen ten laste van de boedel wordt verricht.

### *3.5 Verrekening en derogerende werking van redelijkheid en billijkheid*

Bevoordeling van de ene crediteur boven de anderen doet zich a fortiori voor waar verrekening wordt toegelaten ook zonder dat aan alle wettelijke vereisten is voldaan. Zulks was het geval in HR 31 januari 1992, NJ 1992, 686 m.n. PvS (Van der Hoeven/Comtu BV). Comtu had jegens Van der Hoeven een vordering tot betaling van de koopprijs van een geleverde installatie. Daartegenover vorderde Van der Hoeven schadevergoeding wegens wanprestatie. Nadat Van der Hoeven voorlopige surséance was verleend, bood hij zijn schuldeisers een akkoord aan, dat vervolgens als dwangakkoord werd gehomologeerd. Ter uitvoering van het akkoord betaalde Van der Hoeven aan Comtu 2,5% van de verschuldigde som. De restantvordering bleef als natuurlijke verbintenis voortbestaan. Vervolgens rees de vraag of deze vordering, nu zij niet afdwingbaar was, niettemin vatbaar was voor verrekening met de tegenvordering van Van der Hoeven (vgl. art. 6:127 lid 2 BW). Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend, aangezien het in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat Van der Hoeven zijn tegenvordering voldaan zou zien terwijl Comtu buiten haar toedoen met een niet te effectueren tegenvordering zou blijven zitten. Deze verwijzing naar de omstandigheden van het geval wordt door de Hoge Raad aldus verstaan dat daarmee wordt bedoeld op het bijzondere karakter van dit geval, dat hierdoor wordt gekenmerkt dat de gepretendeerde vordering tot schadevergoeding berust op dezelfde contractuele verhouding waaruit de buiten toedoen van Comtu voor 97,5% tot natuurlijke verbintenis gereduceerde vordering tot betaling van de koopprijs is ontstaan. De Hoge Raad wijst er in dit verband op dat een geldende wettelijke regel, in casu het afdwingbaarheidsvereiste bij verrekening, buiten toepassing moet blijven indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Anderzijds zag de Hoge Raad in HR 25 mei 1990, NJ 1990, 605 (Ruijgrok q.q./Amro) geen aanleiding om buiten het verrekenings-

vereiste van wederkerig schuldeiserschap om te gaan in het geval waarin een faillissementscurator tijdens het faillissement door cessie een vordering verwierf en de schuldenaar zich op verrekening met een vordering op de failliet beriep. Verrekening is niet mogelijk wanneer tegenover elkaar staan enerzijds een vordering op de failliet — die slechts langs de weg van verificatie voor voldoening in aanmerking komt — en anderzijds een vordering die in de boedel valt. Deze laatste dient ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te worden geïnd. Ook hier is het tenslotte de gelijkheid der schuldeisers die aan een andersluidende opvatting in de weg zou staan.

#### 4. BESLUIT

De grenzen van de paritas zijn grillig. Op het vlak van wetgeving ziet men een streven om het aantal uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel terug te brengen. Bij deze tendens lijkt de recente jurisprudentie aan te sluiten, vooral wat betreft de verrekening. Ofschoon verrekening geldt als een erkende inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, blijkt haar invloed daar te eindigen waar zij het pad kruist van de pauliana. Anderzijds kunnen redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden de balans doen doorslaan ten faveure van verrekening en ten koste van de paritas.

Trachten we de beschreven gevallen onder één noemer te brengen, dan blijkt in de eerste plaats verrekening uitgesloten te zijn indien de crediteur in kwestie zich toevallig in een bijzondere positie bevindt. Deze bijzondere positie lijkt nu gezocht te kunnen worden in een zekere mate van continuïteit in verrekeningsbevoegdheid: zo kan de bank die zich als schakel in het girale betalingsverkeer bevindt en uit dien hoofde met een zekere regelmaat over schuldplichtigheden jegens haar rekeninghouder/debiteur beschikt, zich evenmin op verrekening beroepen als de schuldeiser die zich op compensabele schulden uit een ten laste van de boedel lopende duurovereenkomst kan verheugen (Loeffen q.q./Mees en Hope; Amro/THB; Bosselaar q.q./Interniber; Tiethoff q.q./NMB). Wie zo'n bijzondere positie echter niet heeft of niet vanuit zijn bijzondere positie handelt, dient zich wel op verrekening te kunnen beroepen (vgl. NJ 1990, 202 (maatschap Z); NJ 1992, 202 (derdenbeslag)). Een tweede factor lijkt tenslotte een zekere samenhang tussen vordering en schuld te zijn. Het ontbreken van enig verband was bijvoorbeeld een beletsel voor op zichzelf toelaatbare verrekening (Tiethoff q.q./NMB), terwijl

omgekeerd het feit dat vorderig en schuld wèl op dezelfde contractuele verhouding berustten een argument vormde om verrekening toe te laten ofschoon aan het wettelijk vereiste van afdwingbaarheid niet eens was voldaan (Van der Hoeven/Comtu).

# De bindende kracht van de overeenkomst

*M.E. Storme\**

## 1. VRAAGSTELLING

Dat er voor éénieder krachtens het recht verbintenissen kunnen voortvloeien uit zijn daden, is geen monopolie van het kontraktenrecht. Het is in tegendeel een vanzelfsprekenheid in onze cultuur dat verbintenissen omzeggens uitsluitend vastgeknoopt worden aan iemands daden, 'rechtmatige' of 'onrechtmatige'. De gedachte dat iemand aansprakelijk zou zijn buiten elke handeling — weze het een nalaten — om, dat iemand aansprakelijk zou zijn wegens zijn 'status' in de maatschappij alleen, wordt voor het privaatrecht — terecht — verworpen door ons nog steeds liberaal mensbeeld (het publiekrecht, meer bepaald het fiscaal en parafiscaal recht, daarentegen is meer en meer daarop gebaseerd). Dat eenieder wel 'onvervreembare' rechten heeft ongeacht zijn daden, is een even grote vanzelfsprekenheid die daar weliswaar geheel tegen indruist; maar de asymmetrie daarvan valt wellicht terug te voeren op de asymmetrie van het leven zelf: wij zijn nu eenmaal het resultaat van de daden van onze ouders, waarvoor zij verantwoordelijk zijn, terwijl het omgekeerde niet het geval is...

De daad evenwel die voor juristen het alfa vormt van het verbintenissenrecht is niet de daad die leven wekt, noch de onrechtmatige daad, maar de overeenkomst, of beter wellicht de belofte, d.i. de verbintenisscheppende rechtshandeling: 'On lie les hommes par leurs

\* Prof. dr. M.E. Storme doceert verbintenissenrecht, handelsrecht, rechtsvergelijking en harmonisatie van privaatrecht aan de Universiteit Antwerpen en de Katholieke Universiteit Leuven en is tevens als hoofddocent verbonden aan de vakgroep privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Brussel. Tevens is hij sekretaris van de Commission on european contract law (Commissie-Lando).

paroles comme les bœufs par leurs cornes'. De daad waaraan de mens door de jurist bij uitstek wordt gebonden is de daad die niet als daad ter sprake komt, maar als teken; niet om wat hij veroorzaakt (schade, voordeel, nadeel, ...), maar om wat hij 'betekent'.

Is het de magie van het woord? Of is dit alles slechts schijn? Heeft de daad die bindt om wat hij 'betekent' veeleer dan om wat hij veroorzaakt in werkelijkheid wel zo'n bijzondere positie in ons recht? Waarin verschilt de 'bindende kracht van de overeenkomst' van de 'bindende kracht' van andere daden, en in hoeverre rechtvaardigt dit een afzonderlijke plaats in het verbintenissenrecht?

In dit bestek wil ik enkel de 'bindende kracht van de overeenkomst' tot zijn juiste proporties herleiden aan de hand van een aantal vaststellingen en bemerkingen, die wellicht allemaal reeds eerder zijn gedaan of gemaakt; daarbij vertrek ik van de gedachte dat de uitdrukking bindende kracht van de overeenkomst, zoals die tot in 1991 in het Burgerlijk wetboek was opgenomen, het produkt is van het moderne denken, zoals dat van de zeventiende tot het begin van de negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen. In een Leids jaarboek past het verder zijn betoog mee te laten bepalen door de 'Drie beginselen van contractenrecht'<sup>1</sup>, ook zonder dat daarbij steeds wordt aangegeven op welke wijze.

## 2. FROM STATUS TO CONTRACT

Een onderzoek naar de betekenis van die uitdrukking kan vertrekken van de banale vaststelling dat een beroep op de 'bindende kracht' van een overeenkomst nog niet zegt waartoe een overeenkomst dan wel verbindt, en dus op zichzelf niets zegt. De uitdrukking heeft geen enkele betekenis in wat ze zegt,<sup>2</sup> maar betekent des te meer in wat ze niet — althans voor ons niet meer — zegt, in wat ze verbergt — althans voor ons verbergt. Ze verbergt namelijk een bepaalde opvatting over de bepaling van de gevolgen van een overeenkomst: de opvatting dat partijen en rechter — in beginsel — gebonden zijn aan wat er staat, aan wat er letterlijk staat. Een beroep op de bindende

1. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Kluwer Deventer 1979.
2. Terecht stelde reeds S. Schlossmann, *Der Vertrag*, von Breitkopf und Härtel, Leipzig 1876, 44, dat het om een *petitio principii* gaat, vermits het antwoord op de vraag of iets een overeenkomst is bepaald wordt door het antwoord op de vraag of het verbindend is.

kracht van de overeenkomst is géén symptoom van een ‘historisch-psychologische’ opvatting van de overeenkomst, staat niet voor een uitleg van de overeenkomst volgens de wil van partijen, maar probeert in tegendeel grenzen af te bakenen waarbinnen men op zoek mag gaan naar wat partijen bedoelden (psychologische opvatting) of behoorden te bedoelen (normatieve opvatting). De speurtocht naar een ‘afwijkende’ wil van de partijen of een ‘derogerende’ werking van redelijkheid en billijkheid moet in die opvatting dan ook ‘marginaal’ blijven. De legitimatie daarvoor wordt traditioneel gezocht in de rechtszekerheid. Het is dan ook de behoefte aan rechtszekerheid, en niet de scheppende kracht van de wil die de grondslag vormt voor de bindende kracht van de overeenkomst als dusdanig.

De wil van partijen, of juist nog, de vrijwillige gedraging van partijen, is daarbij voor de rechts- en maatschappelijke orde slechts aan *aanknopingspunt* om zekere rechtsbetrekkingen te vestigen — ‘on lie les hommes par leurs paroles comme les bœufs par leurs cornes’ —, een aanknopingspunt dat in de plaats is gekomen van de status van de persoon in de gemeenschap wanneer de statische aanknopingspunt niet meer aan de maatschappelijke noden kon beantwoorden. Deze evolutie is samengevat in de slogan ‘from status to contract’ en ook in recente jaren nog het voorwerp geweest van schitterende analyses van rechtssociologen zoals b.v. N. Luhmann.<sup>3</sup> De uitdrukking ‘from status to contract’, die past op die bepaalde evolutie in het privaatrecht, verbergt overigens de tegengestelde evolutie die eveneens van de zeventiende tot de negentiende eeuw heeft plaatsgevonden in het publiekrecht: van een kontraktuele naar een autoritaire opvatting van het overheidsgezag. Deze ontwikkelingen zijn niet afgesloten, en het ‘domein’ van de kontraktsvrijheid blijft in volle beweging: ook in onze tijd zien we dat tot voor kort statusgebonden instellingen aan het spel van vraag en aanbod worden overgeleverd (getuige de ontwikkelingen in vooral het personen- en familierecht en het bestuursrecht) terwijl omgekeerd traditioneel aan de markt overgelaten verhoudingen opnieuw meer en meer in ‘statuten’ worden ingebonden (getuige meer bepaald de ontwikkelingen van het

3. N. Luhmann, o.m. ‘Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft’, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 45 v. vgl. ook ‘Zur Funktion der subjektiven Rechten’, 1. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, ook in *Ausdifferenzierung des Rechts*.

sociaal en economisch recht).<sup>4</sup> Dit betekent nog niet dat het domein dat door de Napoleontische kodifikatie aan de privaatautonomie werd overgelaten bijzonder groot was. Recente studies hebben in tegendeel benadrukt hoezeer de règlements de police in het Frankrijk van het begin van de negentiende eeuw de kontraktsvrijheid beperkten, en hoezeer de opstellers van de Code Civil geïnspireerd waren door een pessimistisch mensbeeld en de daaruitvloeiende noodzaak om eenieder onder strenge controle van het recht te plaatsen.<sup>5</sup>

### 3. ART. 3:32 NBW: DE ROMANTISCHE TEOLOGIE VAN DE WILSVERKLARING

De keuze van de vrijwillige gedraging van de betrokkenen als aanknopingspunt, die natuurlijk een 'liberale' keuze was, een keuze voor een decentralisatie van de economische beslissingen, was nu misschien wel nog een — gedeeltelijke — keuze voor de 'privaatautonomie' tegen de overheid — binnen de grenzen van de 'openbare orde en goede zeden' —, maar helemaal niet voor een voluntaristische opvatting van de verhouding *tussen* partijen. De 'framers' van de uitdrukking 'bindende kracht van de overeenkomst' zagen natuurlijk in dat de wil alleen nooit een afdoende verklaring kan geven voor de gebondenheid aan een overeenkomst, omdat ze niet kan verklaren waarom men zijn wil niet zou mogen veranderen, waarom men gebonden blijft nadat men niet meer wil.<sup>6</sup> Dergelijke ideeën vinden we dan ook helemaal niet terug in de Code Napoléon, en zijn een produkt van de romantische hermeneutiek. Gebiologeerd als deze was door het misverstand als oorsprong van alle kwaad, ging zij namelijk beloften begrijpen als de manifestatie, de openbaring van een desnoods verborgen betekenis, net zoals zij de Heilige Schrift

4. Zie daarvoor reeds T. Koopmans, *Contractueel stippelwerk*, oratie Leiden 1965, Alphen a/d Rijn 1965.
5. Zie in het bijzonder G. Rouhette, 'La force obligatoire du contract', in *Le contract aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, p. 29 v. en in engelse vertaling in *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Oxford 1989, 41 v. Na de lezing daarvan had R. Kruithof wellicht niet meer kunnen schrijven dat 'Het niet de minste twijfel leidt dat de wetgever in 1804 van (de contractsvrijheid) is uitgegaan' ('Leven en dood van het contract', rede, R.W. 1985-86, (2731) 2737).
6. Zie voor een uitwerking van dit argument b.v. S. Schlossmann, *Der Vertrag*, 81 v.; F. Bydliniski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Springer Wien 1967, Hst. VIII, p. 66 v.

begreep. Dit blijkt duidelijk in b.v. de geschriften van F.C. von Savigny, waarvan de ideeën sterke gelijkenis vertonen met die van de theologische hermeneutiek van Schleiermacher: 'Denn eigentlich muß die Wille an sich als das einzig wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichen woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die (Willens)erklärung'.<sup>7</sup> Het is deze juridische openbaringsteologie die we nog steeds terugvinden in art. 3:33 NBW, waar de rechtshandeling nog steeds gezien wordt als een 'op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft *geopenbaard*'. Nu was deze openbaringsteologie weliswaar niet nieuw, en veeleer een terugkeer naar laatmiddeleeuwse gedachten (Thomas van Aquino en Thomas de Vio Cajetanus hadden de bindende kracht van de belofte reeds gegrond op de verplichting de waarheid te spreken en daartoe de belofte voorgesteld als een mededeling van een innerlijke wil)<sup>8</sup>; doch in de Code Napoléon werd de rechtshandeling in ieder geval uitdrukkelijk niet begrepen als een verklaring, maar als een handeling van een heel andere aard, namelijk een beschikking: zo maakte art. 1320 (in navolging van Pothier<sup>9</sup>) uitdrukkelijk een onderscheid tussen een 'disposition' en een 'énonciation' in geschriften (in art. 1908 oud BW verduisterd tot 'onderwerp der akte' en 'bloot te kennen geven'), of, om het in Nieuwenhuis' bewoordingen te zeggen, tussen beschrijvend ('een stand van zaken') en performatief taalgebruik. Het is merkwaardig dat Meijers, die dit onderscheid zeer

7. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I § 104. De oudste mij bekende uitdrukkelijke formulering van de wilsleer is iets eerder te vinden, nl. bij G.A. Heise, *Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts zur Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, derde uitgave, 1819 (zie de geschiedenis van dit begrip bij S. Schlossmann, 'Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Kritisches und Dogmengeschichtliches', in *Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Albert Hänel's fünfzigjährigem Doktorjubiläum*, Kiel-Leipzig 1907, 48 v.).
8. Thomas van Aquino, *Summa Theologiae* II, 2, Qu. 80 en Qu. 110, art. 3 ad 5; Thomas de Vio Cajetanus, *Commentaren op de Summa Theologiae*, II, 2, qu. 88 art. 1 & 2, en Qu. 113. Zie de bespreking door M. Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, diss. Freiburg 1955, Böhlau Köln/Graz, 1959, p. 10 v.
9. R.J. Pothier, *Traité des obligations* nr. 736.

goed kende,<sup>10</sup> desondanks bezweken is voor het 'descriptivistisch vooroordeel'.<sup>11</sup>

Nu valt er niet te twijfelen aan het etisch hoogstaand karakter van Savigny's opvattingen, die nauw aansluiten bij Kants Kritik der praktischen Vernunft,<sup>12</sup> en berusten op het postulaat van de vrijheid en van de onherleidbaarheid van het menselijk individu tot subjeet van de staat. Zo luidt het in de Kritik der praktischen Vernunft dat 'das Subjekt, das sich auch seiner, als Ding an sich selbst, bewußt ist, betrachtet auch sein Dasein, so fern es nicht unter Zeitbedingungen steht, *sich selbst aber nur als bestimmbar durch Gesetze die es sich durch Vernunft selbst gibt; und in diesem Dasein ist ihm nichts vorhergehend vor seiner Willensbestimmung*, sondern jede Handlung, jede Bestimmung seines Daseins (...) ist im Bewußtsein seiner intelligibelen Existenz nichts als Folge, nicht als Bestimmungsgrund seiner Kausalität anzusehen'.<sup>13</sup> Bij Savigny luidt dit 'Das recht dient die Sittlichkeit, nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihren, jedem einzelnen Willen innewohnenden Kraft sichert'.<sup>14</sup> Men vergelijk de verklaring van de Eerste Consul in de voorbereidende werken van de Code Civil: 'Dans l'état de société, l'homme ne fait presque rien par le pur mouvement de sa volonté'.<sup>15</sup>

Hoe belangrijk de Kantiaans-Savignyaanse opvatting ook moge geweest zijn voor de emancipatie van de mens en zijn autonomie tegenover de heersende moraal, een verklaring voor de bindende kracht van de overeenkomst kan ze echter niet geven.

10. Getuige zijn bijdrage 'Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs', WPNR (1913) 2290 e.v., meer bepaald 2312-2313 (in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II, (209) 236).
11. Uitdrukking gebruikt door J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, p. 24.
12. De introductie van de theorie van de wilsautonomie in Frankrijk in de tweede helft van de negentiende eeuw (en niet eerder) viel evenzeer samen met het sukses van een Kantiaanse filosofie; zie daarover uitvoeriger nogmaals G. Rouhette, in *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, p. 39 v.
13. Kritik der praktischen Vernunft, p. 175-176 (in de Suhrkamp Taschenbuch uitgave p. 223).
14. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I § 52.
15. In Fenet, Deel X, p. 350.

#### 4. DE RECHTSHANDELING ALS METAFOOR DER VERVREEMDING

Biedt de ‘moderne’ (zeventiende- en achttiende-eeuwse) opvatting van de belofte en de overeenkomst als ‘beschikkingen’, opvatting die mee aan de basis ligt van de uitdrukking ‘bindende kracht van de overeenkomst’, ons een betere verklaring? De ‘dispositieve’ opvatting die in de Code Napoléon tot uiting komt, gaat terug op de metafoor waarmee Grotius de categorie ‘rechtshandeling’ heeft gesticht door beloften te beschouwen als een vorm van vervreemding: ‘ghelijkckerwijs de macht die iemand heeft over sijn eighen goed zoo veel werckt dat hy door levering ofte toelating een ander mag eigenaer maecten, alzoo oock vermag een mensch een deel, ofte veel eer een gevolg, sijns vrijheids aen een ander zulcks aenneemende over te draghen, zoo dat die andere eenig recht daer over werd geboren, welck recht inschuld werd genoemt’.<sup>16</sup> Met deze metafoor werd de categorie der rechtshandeling gesticht omdat twee traditioneel gescheiden categorieën van handelingen, namelijk de belofte (‘toezegging’) en de vervreemding, hier onder één noemer worden gebracht, en de effectieve betekenis (de ‘Wirkungsgeschichte’) van deze metafoor werd dan ook in het licht gebracht in de intussen reeds klassieke studies van o.m. — de onlangs overleden — Gorla<sup>17</sup> en M. Diesselhorst.<sup>18</sup>

Deze metafoor verraadt evenwel ook duidelijk de onderliggende opvatting — die natuurlijk veel ouder is dan Grotius — over de bindende kracht van de overeenkomst die ook aan de vroeg negentiende-eeuwse kodifikaties nog ten grondslag ligt: de schuldvordering op een prestatie wordt als een vorm van eigendom beschouwd, en de schuldenaar is gebonden aan zijn woord en daad omdat deze aan de schuldeiser het *bezit* hebben verschaft over zijn vermogen — vermogen allereerst niet in materiële zin (patrimonium), maar in lijfelijke zin. Deze opvatting hoeft ons niet te verwonderen als we bedenken dat de romeinsrechtelijke *obligatio* oorspronkelijk wellicht niet op de schuld doelde, maar op de *Haftung*, duidelijker nog de *lijfswang*

16. H. de Groot, Inleidinge III.1.12.

17. G. Gorla ‘Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico’, Rivista di diritto commerciale 1956, I, 18, herdrukt in Diritto comparato e diritto comune europeo, Giuffrè Milaan 1981. De kritiek van Gorla op deze metafoor vinden we overigens grosso modo reeds bij S. Schlossman, Der Vertrag, 100.

18. M. Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, p. 34 v.

van de schuldenaar of — eerder wellicht — borg. De uitbreiding van het begrip 'obligatio' naar de louter symbolische overlevering van de schuldenaar in de macht van de schuldeiser — die overigens parallel verloopt met de aanvaarding, in het zakenrecht, van de symbolische bezitsoverdracht in het *constitutum possessorium* — nam voor de middeleeuwse mens, voor wie de symbolische werkelijkheid wellicht sterker was dan de materiële, de gebondenheid zeker niet weg. In die zin kan men dan ook stellen dat de bindende kracht van de overeenkomst wel degelijk berust op de 'magie van het woord'<sup>19</sup>: taalhandelingen zijn namelijk symbolische handelingen bij uitstek. De lijfelijke kracht van het woord blijft overigens tot op heden bestaan in de uitvoerbare kracht van de notariële akte.

Natuurlijk betekende dit niet dat de wil geen rol zou spelen bij de totstandkoming van een juridisch bindende overeenkomst. Ook deze rol kan begrepen worden aan de hand van een parallel met het bezit: de vernietiging van een overeenkomst — met name de *restitutio in integrum* — kon namelijk geschieden in gelijkaardige voorwaarden als de revindikatie van goederen die in het bezit van een ander waren gekomen: wegens wilsgebreken dan wel wegens gebrek aan oorzaak (titel). Beide elementen vragen een nadere beschouwing, in nr. 5 c. q. 6.

## 5. VERSCHUIVINGEN IN HET AUTONOMIEBEGINSEL

Het 'dispositieve' begrip van de rechtshandeling geeft ook een aanduiding over de rol van de wil bij de totstandkoming van verbintenissen: wordt de wil namelijk op de handeling zélf betrokken, en niet gezien als een voorafgaand gegeven waarvan de handeling een openbaring is, dan wordt duidelijk dat het niet gaat om een wil om rechtsgevolgen te scheppen, maar wel om het vrijwillig karakter van de handeling (de beschikking in ruime zin, namelijk toezegging of vervreemding). Dit blijkt ook uit de betekenis die volgens huidige opvattingen toekomt aan de romeinsrechtelijke uitdrukking 'contractus', stammende van 'contrahere obligationem', in de vertaling van Feenstra 'zich een verbintenis op de hals halen'. Doch ook in Grotius' *Inleidinge* blijkt dit uit het feit dat de overeenkomst tegelijk met de verbintenissen quasi ex contractu wordt samengebracht in de

19. Titel van een diesrede van J.M. van Dunné, Rotterdam 1987, Gouda Quint Arnhem.

kategorie 'toezegging door wetsduiding', waartegenover de andere categorie, namelijk de uitdrukkelijke toezegging, beperkt wordt tot 1° de schenking en 2° de bijkomende bedingen gemaakt bij een andere handeling, d.w.z. bij een toezegging door wetsduiding. De verbintenis door toezegging is m.a.w. niet noodzakelijk een gewilde verbintenis, maar een verbintenis die voor het recht voortvloeit uit een vrijwillige aangegane handeling of het zich vrijwillig begeven in een toestand waaraan het recht dergelijke verbintenissen vastknoopt. Heeft men zich éénmaal vrijwillig in zo'n situatie begeven, dan is men geen meester meer over zijn eigen daden, maar gebonden aan andermans juridische macht over zijn daden. Het gemene recht kende overigens géén nietigheid wegens 'afwezigheid van (een met de verklaring overeenstemmende) wil', maar enkel vernietigbaarheid wegens geweld, bedrog of dwaling en uitzonderlijk benadeling of gebrek aan oorzaak. Vereenvoudigd gezegd komt dit erop neer dat de 'autonomie' van de belover bekeken werd vanuit het standpunt van de promissaris: het autonomiebeginsel betekende vereenvoudigd gezegd dat de promissaris niet beschermd werd indien hij de belofte van de belover verkrege had met miskenning van diens autonomie.

Ook hier weer is het vereiste van een met de verklaring overeenstemmende wil een Savignyaans vereiste; het is overigens Savigny die het onderscheid tussen de 'eigenlijke' en de 'oneigenlijke' (verhinderende) dwaling heeft geïntroduceerd. En het is in de lijn van zijn denken dat men de autonomie is gaan bekijken vanuit het standpunt van de belover en zijn aansprakelijkheid bij ongewilde verklaringen e.d.m. is gaan beperken tot het negatief belang, de 'Vertrauensinteresse' of 'reliance interest', oplossing die we in beginsel overigens nog steeds in het BGB vinden. Deze oplossing is daarom niet onzinnig, maar ze maakt alleen maar des te duidelijker dat de bindende kracht van de geldige (gewilde) overeenkomst, d.i. de gebondenheid aan het *positief* belang, niet vanuit de wil alleen kan worden begrepen.

Het NBW is in meerdere opzichten van de Savignyaanse opvattingen teruggekomen, dit ondanks de juridische theologie van art. 3:33. Zo wordt het gerechtvaardigd vertrouwen krachtens art. 3:35 — ook zonder dat in vertrouwen is gehandeld (ook zonder *fait accompli*) — beschermd voor het positief belang; zo spreekt men niet meer van de bindende kracht van overeenkomsten, maar van de overeenkomst als

bron van verbintenissen, die na hun ontstaan een eigen leven gaan leiden, los van de overeenkomst waaruit ze zijn ontstaan.

Wat m.i. evenwel nog onvoldoende wordt ingezien is de verschuiving die hierbij ook is ingetreden in de betekenis van het autonomiebeginsel. De huidige betekenis daarvan ligt niét in beperking van de bindende kracht van een overeenkomst tot de gewilde rechtsgevolgen, maar in een strengere beoordeling van de eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht van de schuldenaar door de schuldeiser: 'de vraag behoort niet te zijn of de wil van de inferieure gebrekkig is; de vraag behoort te zijn of de superieure al dan niet in redelijkheid gebruik maakt van zijn rechtspositie'.<sup>20</sup> Deze betekenis blijkt niet enkel uit de ontwikkeling van het wilsgebrek 'misbruik van omstandigheden', maar ook uit de ontwikkeling van onderzoeks- en informatieplichten aan de zijde van de bedinger-promissaris; deze plichten kunnen overigens niet enkel betrekking hebben op elementen waartoe de wederpartij eventueel in dwaling is; zij kunnen ook betrekking hebben op de betekenis die de wederpartij zelf aan zijn verklaringen hecht.<sup>21</sup> Kants kategorische imperatief is met dergelijke opvatting van het autonomiebeginsel overigens wellicht beter gediend dan met het abstracte vereiste van het gewild zijn van de rechtsgevolgen van zijn handeling.

## 6. VERSCHUIVINGEN IN HET VERTROUWENSBEGINSEL EN DE BAND MET DE CAUSA

Heeft de betekenis van het autonomiebeginsel aldus bijna ongemerkt een nieuw evenwicht gevonden, hetzelfde geldt wellicht ook voor het vertrouwensbeginsel. Zolang de belofte niet begrepen werd als manifestatie van een inwendige wil, kon het vereiste vertrouwen natuurlijk ook geen betrekking hebben op de aan- of afwezigheid van die wil. In een opvatting die de belofte als een vervreemding beschouwde, kon het vertrouwen slechts betrekking hebben op het door de belofte verkregen recht, de verwachte prestatie; natuurlijk was het louter vertrouwen op een prestatie niet voldoende voor een recht erop — zelfs niet in die gevallen waar de prestatie door de belover wel zou

20. W. de Bondt, 'Gebruik en misbruik van economische machtspositie in het contractenrecht'. Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht, 1987, (147) 156.

21. Ik hoef maar te verwijzen naar de Misverstandsarresten van de H.R., te beginnen met Erckens/gemeente Bunde.

gewild zijn — : vooraleer het vertrouwen op een prestatie beschermd werd, vooraleer de schuldeiser in spe op de gedraging van de belover mocht voortgaan, althans vooraleer hij mocht rekenen op het positieve belang daarbij, diende hij het woord van de belover in zijn bezit te krijgen, in beginsel in geschrift. Zo bepalen de artt. 1341 e.v. van de Code Napoléon nog duidelijk dat wie op een overeenkomst van een zekere waarde wil voortgaan, verplicht is zich daarvan een schriftelijk bewijs te verschaffen. Daarbuiten werd het vertrouwen op een prestatie maar positief beschermd indien het opgewekt was door handelingen van de belover die daar specifiek toe hebben aangezet (b.v. het in ontvangst nemen van een tegenprestatie). Opnieuw vereenvoudigd kan men dan ook zeggen dat het vertrouwen van de schuldeiser bekeken werd vanuit het standpunt van de schuldenaar: het vertrouwensbeginsel betekende vereenvoudigd gezegd dat de belover niet meer vrijuit ging éénmaal hij het vertrouwen van de schuldeiser op de prestatie op een specifieke wijze had opgewekt.

En ook hier weer is de gedachte dat de loutere aanvaarding van een vormloze verklaring, mits de wil van beide partijen overeenstemt, een verbintenis doet ontstaan, in het positieve recht jonger dan men denkt, net zoals het in samenhang daarmee betrekken van het vertrouwen op de (aanwezigheid van de) wil van de wederpartij i.p.v. op de verwachte prestatie. Nog in de Code Napoléon is een overeenkomst maar afdwingbaar indien ze — vereenvoudigd gezegd — ofwel onder bezwarende titel geschiedde, ofwel in plechtige vorm.<sup>22</sup> Het vertrouwen op een prestatie was m.a.w. niet rechtmatig omdat men overtuigd mocht zijn van de wil van de wederpartij, maar omdat de prestatie formeel was toegezegd dan wel een evenredige tegenprestatie door toedoen van de belover was verleend of toegezegd (en op voorwaarde dat de autonomie van de wederpartij daarbij niet was miskend, zoals hoger uiteengezet). De maat van de rechtmatigheid van het vertrouwen berustte dus op die twee beginselen: enerzijds het *causa- of consideration-*beginsel gezien als het nadeel dat de promissaris lijdt of toezegt door toedoen van de belo-

22. Ik verwijs naar de adstruktie in mijn proefschrift De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen, nr. 69, en vooral G. Gorla, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Institut universitaire d'études européennes Torino 1958, § 6; —, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè Milaan 1954, passim.

ver, anderzijds het *formalisme*, gezien als de uitdrukkelijkheid waarmee iets wordt toegezegd door de belover. Doch veeleer dan twee beginselen ging het om twee *alternatieven*: het ene dan wel het andere diende aanwezig te zijn opdat een belofte zou binden. Gemeenschappelijk daaraan is dat het gaat om het vertrouwen van de promissaris gezien vanuit het perspectief van het toedoen van de belover. Dit is bijna volmaakt de keerzijde van het hierboven geschetste autonomiebeginsel: de autonomie van de belover gezien vanuit het perspectief van het toedoen van de promissaris. M.i. vinden we in de combinatie van beide gedachten een evenwichtige benadering van vrijheid én verantwoordelijkheid der partijen.

Is het hedendaagse kontraktenrecht ook hier afgestapt van de Kantiaanse opvatting en naar dergelijke beginselen (terug)gekeerd? De tekst van het NBW geeft nauwelijks aanleiding tot die stelling, zeker de verwoording van art. 3:35 niet. Meer nog, de voorafgaande rechtspraak van de Hoge Raad over de vertrouwensbescherming, die in beginsel maar bij handelingen onder bezwarende titel werd toegerekend, stond zelfs dichterbij die gedachten. Toch is er minstens een restant van de grotiaanse, prekantiaanse opvatting: het vereiste van de aanvaarding van de belofte, anders gezegd de verwerping van de éézijdige belofte als bron van verbintenissen. Dit fossiel is slechts begrijpelijk vanuit de grotiaanse metafoor van de belofte als een overdracht van rechten of andere prekantiaanse opvattingen en heeft geen enkele zin in een opvatting die uitgaat van het bestaan van de wil of het rechtmatig vertrouwen daarin.<sup>23</sup> Het onbegrijpelijke vasthouden daaraan in het NBW toont alleen maar aan — voor zover dat naast art. 6:1 nog nodig was — dat de verbintenis uit overeenkomst nog steeds een verbintenis uit de wet is: partijen moeten zich aan een wettelijk formalisme, in casu aanbod en aanvaarding (zie art. 6:217, lid 1 NBW<sup>24</sup>), konformereren, om verbintenissen te doen ontstaan.

23. Vgl. stevig gemotiveerd G. Gorla, 'Il dogma del consenso', *Rivista di diritto civile*, 1956, 923, herdrukt in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè Milaan 1981.

24. Het oude wetboek daarentegen vereiste in het algemeen alleen 'de toestemming van degenen die zich verbinden' (art. 1356) — dus niet van de promissaris die zich niet verbond! — maar daarnaast wel een 'oorzaak'. Slechts bij de schenking, waar een oorzaak aan de zijde van de promissaris afwezig is, eiste het BW uitdrukkelijk ook de aanvaarding van een persoon die zich niet verbond (art. 1720 oud).

In England daarentegen heeft P.S. Atiyah in zijn intussen alombekende geschriften met verve betoogd dat het hedendaagse kontraktenrecht terug de andere kant is opgegaan en dient op te gaan. Hij heeft daarbij ook veel weerwerk ondervonden, het bekendste vanwege Fried.<sup>25</sup> Van Roermund heeft hun kontroverse recent nog als volgt samengevat: waar volgens Atiyah een kontrakt moet worden nagekomen omdat er onbetaalde voordelen zijn behaald of omdat er in redelijk vertrouwen kosten zijn gemaakt,<sup>26</sup> is het volgens Fried juist de belofte die het redelijk maakt kosten te maken in vertrouwen op het beloofde gedrag.<sup>27</sup> Fried staat duidelijker dichter bij het klassieke, Kantiaanse model. Toch is ook zijn opvatting nog steeds een bepaalde vorm van vertrouwensleer (of eerder nog verklaringsleer), en geen wilsleer; zij ligt in de lijn van Adam Smith's verklaring dat 'It is the disappointment of the person we promise which occasions the obligation to perform it'.<sup>28</sup> De genoemde tegenstelling met Atiyah brengt ons evenwel vooral bij een volgend aspekt van het probleem.

## 7. HOE PERFORMATIEF IS HET POSITIEF BELANG?

Fried en, op een inhoudelijk genuanceerder wijze Nieuwenhuis, blijven namelijk vasthouden aan een fundamenteel onderscheid tussen verbintenissen uit overeenkomst en die uit andere gedragingen (rechtmatig of onrechtmatige). Nieuwenhuis heeft hiervan bijna een metafysisch onderscheid gemaakt, aan de hand van het onderscheid

25. C. Fried, *Contract a Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981.

26. P.S. Atiyah, 'Contracts, promises and the law of obligations', 94. *LQR* (1978), p. 193 v.; —, *The rise and fall of the freedom of contract*; 1979; —, *Promises, morals and law*, Clarendon Oxford 1981. Op het eerste gezicht vergelijkbaar zijn de ideeën ontwikkeld door B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Kluwer Deventer 1991; een fundamenteel verschil is evenwel dat deze auteur vasthoudt aan het wilsdogma en slechts de karikatuur van de vertrouwensleer die we in art. 3:35 NBW vinden bestrijdt (inderdaad terecht), terwijl Atiyah zijn stellingen niet alléén toepast op gevallen waar de wil ontbreekt, maar op alle beloften: 'Promise was neither a necessary *nor a sufficient condition* for the existence of a legal duty' (*Rise and Fall*, p. 146) (voor de kritiek van Nieskens-Ispording op Atiyah, zie m.b. p. 15-16).

27. G.C.G.J. van Roermund, *Wet en belofte. Bedenkingen omtrent gebondenheid uit overeenkomst*, oratie Tilburg 1990, *Ars aequi* Nijmegen 1990, p. 19.

28. A. Smith, *Lectures on jurisprudence*, p. 92 in de uitgave van Meek, Raphael & Stein 1978.

tussen obligatoire regels (onrechtmatige daad) en konstitutieve regels (kontraktenrecht) en het daarmee samenhangende ‘performatieve’ karakter van rechtshandelingen. Ik vrees dat het hier echter gewoon om een hypostase gaat van het onderscheid tussen positief en negatief belang. M.i. is het ‘aparte’ karakter van het kontraktenrecht véél relatiever dan Nieuwenhuis ons wil doen geloven. Misschien is het hele onderscheid tussen kontraktenrecht en onrechtmatige daad zelfs niet anders dan een onderscheid tussen een meer abstracte en meer concrete wijze van schadeberekening, gepaard met een verschuiving van de bewijslast. Ik verklaar me nader.

Wat het klassieke kontraktenrecht zo apart maakt, afgrenst van de rest van het verbintenissenrecht en meer bepaald de onrechtmatige daad, is namelijk slechts de maat van de sanktie. In wezen gaat het hierom dat belover de mogelijkheid ontnomen wordt een beroep te doen op de leer van het rechtmatig alternatief. Uit onrechtmatige daad is men namelijk slechts gehouden tot vergoeding van schade die door de onrechtmatige daad is *veroorzaakt*, en wel door het onrechtmatige aspekt van de daad. Indien dezelfde schade ook zou veroorzaakt zijn door een rechtmatig alternatief, dan dient ze in beginsel niet te worden vergoed bij gebrek aan kausaal verband. Dit vinden we in beginsel ook nog in de prekontraktuele aansprakelijkheid (even afgezien van de aansprakelijkheid ex Plas-Valburg): de wederpartij moet b.v. geplaats worden in de situatie waarin zij zou hebben verkeerd *waren er geen onderhandelingen tussen partijen geweest*. Daarom wordt de winst die men uit die overeenkomst zou hebben gehaald, in beginsel niet vergoed (wel eventueel de winst uit andere overeenkomsten die men door die onderhandelingen niet heeft afgesloten). Bij niet-nakoming van gesloten overeenkomsten wordt dit niet aanvaard.

Dat de overeenkomst bindt, dat men gehouden is voor het positief belang, betekent precies dat de wanpresteerder niét kan zeggen: indien ik niet onderhandeld had en geen overeenkomst had gesloten — wat perfect rechtmatig was — zou je ook het voordeel van die overeenkomst niet genoten hebben; jouw winstderving is dus geen gevolg van mijn wanprestatie en ik vergoed je alleen het negatief belang. Dit kan niet, en de wederpartij moet in tegendeel in de situatie geplaats worden waarin zij zou hebben verkeerd was de overeenkomst nagekomen. Men zou kunnen zeggen dat het hele kontraktenrecht berust op een soort rechtsverwerking: doordat ik

beloofd heb, verwerk ik het recht om mijn aansprakelijkheid te beperken tot de kosten die ik veroorzaak, tot het negatief belang van de wederpartij. Ons hele kontraktenrecht is een toepassing van een soort promissory estoppel.

De gedachte is m.i. een uitwerking waard, omdat ze ons inzicht kan verschaffen in de juiste maat van bindende kracht van de overeenkomst. Rechtsverwerking verschilt namelijk van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op precies dezelfde wijze als verbintenissen uit overeenkomst daarvan verschillen: de sanktie is in beide gevallen een sanktie voor het positief belang en niet beperkt tot het negatief belang (Ziekenfonds Midden-Brabant/Klijnsen).<sup>29</sup> Bovendien is er m.i. geen enkel zinnig argument om verschillende criteria te gebruiken voor het al dan niet ontstaan van een verbintenis voor een positief belang door de gedraging van de betrokkene c.q. het tenietgaan van een schuldvordering door de gedraging van de betrokkene. Ofwel gebruikt men voor beiden het criterium van het 'rechtmatig vertrouwen op de aanwezigheid van een rechtsgevolgenwil', ofwel stelt men voor beide gevallen een Atiyaans criterium voorop, zoals b.v. een of andere vorm van nadeelsvereiste, tegenstrijdigheid of *fait accompli* — wel te combineren met de autonomiegedachte zoals hierboven begrepen.

## 8. DE RECHTVAARDIGING VAN HET POSITIEF BELANG BIJ RECHTSVERWERKING

Welnu, de rechtspraak en rechtsleer over de rechtsverwerking probeert al lang niet meer deze figuur te reduceren tot de gevallen van rechtmatig vertrouwen van de schuldenaar op de intentie van de schuldeiser om afstand te doen van zijn recht (het criterium van art. 3:35 NBW).<sup>30</sup> In het leerstuk der rechtsverwerking heeft de wilsvertrouwensleer, die nog steeds de officiële leer is inzake de totstandkoming van overeenkomsten, sinds lang afgedaan. Het klassieke preadvies van Ph. Houwing b.v., klasseert als gedragingen die rechtsverwerking ten gevolge kunnen hebben voornamelijk 1° de

29. HR 5-11-1982, NJ 1984, 125 noot C.J.H. Brunner: 'Indien een beroep op rechtsverwerking slaagt (...) het effect van de rechtsverwerking niet beperkt tot het in het onderdeel bedoelde nadeel' (d.i. negatief belang).

30. Ph. Houwing, Rechtsverwerking, preadvies voor de Broederschap der candidaatsnotarissen van 1968.

onredelijke verzwaring van de positie van de verplichte en 2° het wekken van vertrouwen dat een recht niet of niet meer bestaat — en het laatste is iets heel anders dan het wekken van het vertrouwen dat men de wil heeft afstand te doen van een recht. De rechtspraak van het Belgische Hof van cassatie dwingt zelfs om de rechtsverwerking geheel in de sleutel van het rechtsmisbruik te zetten.

Voor ons thema van belang zijn dan ook vooral de motieven die gegeven worden om het tenietgaan van een recht door rechtsverwerking niét te beperken tot het negatief belang, zelfs al wordt er een nadeelsvereiste gesteld. Want, zoals Hölderlin dichtte dat 'Vielen versuchten umsonst das Freudigste freudig zu sagen, Hier spricht endlich es mir, hier in der Trauer sich aus', zo ook is het waarschijnlijk in het leerstuk der verwerking van rechten dat we de onderliggende — en niet de uitgestalde — redenen vinden voor de bindende kracht van overeenkomsten. Nu is het nadeelsvereiste in het positieve recht vervangen door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Bij lezing van de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt meer bepaald dat nadeel enerzijds van belang is, anderzijds niet afzonderlijk hoeft te worden gesteld en bewezen indien het reeds besloten ligt in de gang van zaken of zelfs alleen maar in de onzekerheid en de mogelijkheid van geschillen, die anders zouden zijn uitgebleven.<sup>31</sup> Duiden hier de alternatieven van *causa* en *forma* niet terug op in gewijzigde vorm? In ieder geval gaat het om een erg ruim begrip van nadeel: niet alleen omvat het ook het *fait accompli*, maar ook het risico dat het concrete nadeel niet meer kan worden bewezen. De tegenstrijdige gedraging van de schuldeiser doet nadeel vermoeden. Om dat vermoeden te ontkrachten volstaat het niét te bewijzen dat in het concrete geval geen kosten werden gemaakt in vertrouwen op die gedraging. Het is immers voldoende dat daardoor aan de schuldenaar bewijs- of afwentelingsmogelijkheden worden ontnomen. Men zou kunnen stellen dat het hier gaat om een wel erg abstracte wijze van schadeberekening.

Ter illustratie een wat oudere — en wat de beslissing van de Hoge Raad betreft wellicht voorbijgestreefde — casus, gemeente Vaals/

31. Zie de grondige analyse van R.J. Tjittes, 'Is nadeel vereist bij rechtsverwerking?', Kw. NBW, 1991, 105 v.; verder H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, afscheidskollege Amsterdam, Kluwer Deventer 1991; B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, 148.

Feitz, HR 11 november 1960<sup>32</sup>: nadat het nutsbedrijf terugkwam op een per vergissing te lage fakturatie van verbruik riep de wolspinnerij Feitz rechtsverwerking in en kreeg gelijk van de Rechtbank te Amsterdam. In hoger beroep werd slechts vergoeding van de bewezen schade toegekend en de voorziening in cassatie werd verworpen. De oplossing werd bekritiseerd door Van Oven,<sup>33</sup> precies omdat de wolspinnerij door de gedraging van de wederpartij niet meer in de mogelijkheid was de schade aan te voeren en te bewijzen; het nutsbedrijf had immers precies door zijn te lage fakturatie verhinderd dat de verschuldigde kostprijs werd doorgerekend. Berekent men deze schade abstrakt, dan diende de wolspinnerij geen nader bewijs te leveren.

M. i. moeten dezelfde criteria gehanteerd worden bij de beoordeling van het ontstaan van kontraktuele verbintenissen. Doorslaggevend voor het al dan niet ontstaan van een kontraktuele verbintenis is niet de intentie van de belover, noch het rechtmatig vertrouwen van de wederpartij op zo'n intentie, maar — behoudens het respect voor de autonomie van de belover zoals hoger uiteengezet — de positie waarin de wederpartij wordt gebracht — op materieelrechtelijk én bewijsrechtelijk vlak — indien hij geen recht zou hebben op de prestatie waarop hij door toedoen van de belover heeft vertrouwd. En daarmee zijn we terug bij Atiyah, die immers de belofte op de eerste plaats ziet als een *bewijsmiddel* voor (de omvang van) een verbintenis.<sup>34</sup>

## 9. DE RELATIVERING VAN HET POSITIEF BELANG BIJ 'GEWILDE' OVEREENKOMSTEN

In ons positief recht daarentegen lijken genoemde ontwikkelingen nog steeds beperkt te blijven tot de niet gewilde verbintenis, dit hoewel aan de wil als grondslag voor een verbintenis wel elke grond is ontnomen. Toch zijn er aanduidingen dat alle kontraktuele verbintenissen in hetzelfde licht moeten worden bekeken. Ik geef er enkele.

Een eerste aanwijzing ligt in het feit dat in gevallen waarin aan

32. NJ, nr. 599. In dezelfde zin Hof Brussel, 11 december 1968, JT, 1969, 441; Hof Brussel 6 juni 1977, J.T., 608; Hof Brussel 19 november 1987, J.T., 1988, 28.

33. J.C. van Oven, 'De te queri debes', NJB, 1961, 1.

34. B.v. in 'Contracts, promises and the law of obligations', 94. LQR (1978), p. (193) 207-209.

genoemde criteria niet is voldaan, aan de wil van een partij dermate hoge eisen worden gesteld, dat de categorie van de gewilde verbintenis omzeggens weggecijferd wordt. Dit vinden we meer bepaald in ontslagzaken, waar het begrip psychische stoornis zo ruim wordt begrepen dat er in heel Nederland wellicht geen ongestoorde meer rondloopt. Op die wijze wordt natuurlijk plaats gemaakt voor een afweging van autonomie- en vertrouwensbeginsel in de hierboven verdedigde betekenis.

Een tweede aanwijzing ligt in sommige toepassingen van de zogenaamde beperkende werking van de goede trouw, die maken dat de gebondenheid aan een overeenkomst voor het positief belang wordt afgezwakt tot een gebondenheid gerelateerd aan de positie waarin de wederpartij door de overeenkomst is gebracht. Het hele leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, zoals het gekodificeerd is in art. 6:258 NBW, gaat — onder de hoede van redelijkheid en billijkheid — in die richting. Een soortgelijke ontwikkeling zien we in het belgische arrest Hardy/Derouaux:<sup>35</sup> een tandarts die een appartement gehuurd had voor negen jaar (zonder tussentijdse opzegmogelijkheid), wou — omdat het hem te klein was geworden — van de huur af en bood daarvoor een vergoeding aan van zesmaal de maandelijkse huurprijs. In hoger beroep (waartegen de cassatievoorziening verworpen werd) werd geoordeeld dat het een rechtsmisbruik vormde de huurder aan de overeenkomst te willen houden omdat het nadeel ruimschoots werd vergoed of in ieder geval buiten proportie was met het nadeel dat de huurder leed bij instandhouding van de overeenkomst. Zowel de eerbiediging van de autonomie van de huurder als de positie waarin de verhuurder door de verbreking kwam te staan speelden hierin m.i. een rol. Dergelijke evolutie ligt duidelijk in de lijn van Atiyah's stellingen, zoals die ook reeds door o.m. Van Dunné werden besproken<sup>36</sup> (volgens wie Atiyah de kontraktuele gebondenheid overigens teveel beperkt tot het negatief belang) waar hij citeert uit *The Rise and Fall of the freedom of contract* 'growing recognition that the opportunity to change one's mind is itself a

35. Cass. 16-1-1986, Arr. Cass. nr. 317, RW, 1987-88, 1470, noot A. van Oevelen, 'De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst'.

36. J.M. van Dunne, 'De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? Gedachten over beginselen van contractenrecht in de jaren tachtig', NJB 1980, (668) m.b. 678.

valuable right which often outweighs the desirability of holding parties bound to some future arrangement' (p. 756). Ook elders is Atiyah ten strijde getrokken tegen de opvatting dat de meeste overeenkomsten een bewuste risico-allokatie vanwege partijen inhouden.<sup>37</sup>

Een derde aanwijzing vinden we in de ontwikkeling van het leerstuk der rechtsverwerking, waardoor immers de gebondenheid van de schuldenaar aan een kontraktuele verbintenis mede bepaald wordt door de positie waarin de schuldeiser zichzelf plaatste ten aanzien van de nakoming daarvan, en waarbij overigens ook informatie- en onderzoeksplichten (en dus het autonomiebeginsel zoals hier begrepen) een rol spelen, zoals vooral blijkt bij rechtsverwerking wegens niet-protesteren tegen gebreken in de prestatie (art. 6:89 NBW).

Ook in meerdere andere leerstukken kan dergelijke tendens worden gezien, en ik kan hiervoor verwijzen naar de uitwerking gegeven door van Erp's *Contract als rechtsbetrekking*.<sup>38</sup>

## 10. SLOT

Kort gezegd komt mijn besluit er op neer dat de bindende kracht van de overeenkomst en de omvang daarvan inderdaad berusten op een samenspel van enerzijds het autonomiebeginsel en anderzijds het vertrouwens- c.q. causa-beginsel, maar dat het meer met de werkelijkheid en wenselijkheid van ons kontraktenrecht overeenstemt deze

37. 'Contracts, promises and the law of obligations', 94. LQR (1978), p. (193) 216-217. Wie een typisch voorbeeld wil lezen van deze door Atiyah bestreden opvatting, neme L. Cornelis, 'Tijd in het verbintenissenrecht', in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Brussel 1991, 21 v.

Het is omwille van de m.i. beperkte betekenis van dat type overeenkomsten dat ik in deze bijdrage niet inga op de overigens erg boeiende rechtseconomische analyses van de afdwingbaarheid van overeenkomsten voor het positief dan wel negatief belang (zie b.v. — *pro* afdwinging voor het positief belang — b.v. S. Shavell, 'Damage Measures for Breach of Contract', 11. *Bell Journal Econ.* 1980, 466 en *contra* D.F. Friedman, 'An economic analysis of alternative damage rules for breach of contract', 32. *J. of Law & Econ.* 1989, 281 e.v. Deze discussie wordt overigens ook door P.S. Atiyah besproken in 'Executory contracts, Expectation damages, and the Economic analysis of contract', *Essays on Contract*, Clarendon Oxford 1986, 150 v. (*contra* het positief belang).

38. J.H. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking, een rechtsvergelijkende studie*, Tjeenk Willink Zwolle 1990.

beginselen te bekijken op een wijze die bijna volledig tegengesteld is aan het traditionele perspectief daarop.

# Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest

*S. C. C. J. Kortmann\**

1. Bovengenoemd adagium werd in art. 1376 oud BW als volgt verwoord: 'Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen. Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele verstrekken; zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, dan alleen in het geval voorzien bij art. 1353'. Een bepaling met dezelfde strekking bevatte art. 1351 oud BW, maar dan bezien vanuit de positie van de handelende persoon. Het gaat hier om het beginsel van de *relativiteit van overeenkomsten* — hierna: het relativiteitsbeginsel — dat evenzeer een uitgangspunt is van het contractenrecht in de ons omringende landen. In Frankrijk vindt men dit beginsel uitgedrukt in art. 1165 Code civil, in België in art. 1165 BBW, terwijl § 241 BGB eveneens van deze gedachte uitgaat. Anders dan onder het oude recht ontbreekt in het huidige BW een bepaling waarin dit beginsel met zoveel woorden is terug te vinden. Dit is een bewuste keuze geweest. In de Memorie van Antwoord II bij Afdeling 6.5.3 BW treft men de volgende redengeving aan:<sup>1</sup>

'Inderdaad kan men zeggen dat dit beginsel, in het nieuwe wetboek zo goed als in het huidige, ten grondslag ligt aan de regeling van de overeenkomst en derhalve ook aan de onderhavige afdeling. Het gaat hier evenwel om een beginsel dat niet zonder uitzonderingen is en waarvan de werking in het huidige recht in vele opzichten door rechtspraak en doctrine nader wordt bepaald. De ondergetekende meent dat het geen aanbeveling verdient verdere ontwikkelingen op dit gebied af te snijden. Hij geeft er daarom de voorkeur aan om op die punten waar werking jegens derden stellig behoort te bestaan, deze uitdrukkelijk te regelen, zonder dat de wet uitsluit dat ook in andere gevallen waarin zulks wenselijk blijkt te zijn een zekere werking jegens derden wordt aanvaard.'

\* Prof. mr. S.C.C.J. Kortmann is als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

1. Parl. Gesch. Boek 6, p. 917.

Uit het citaat blijkt dat, althans in de visie van de minister, ook onder het huidige recht het relativiteitsbeginsel ten grondslag ligt aan de regeling van de overeenkomst<sup>2</sup> en dat op dit beginsel wettelijke en buitenwettelijke uitzonderingen bestaan.

#### HET RELATIVITEITSBEGINSEL

2. De contracteervrijheid is het belangrijkste bestanddeel van de (privaat-)autonomie van het rechtssubject en behoort evenals de autonomie tot de grondbeginselen van het privaatrecht. De contracteervrijheid houdt onder meer in dat een ieder — binnen zekere grenzen — vrij is te bepalen *of* hij een overeenkomst aangaat en zo ja, *met wie* en *met welke inhoud*. Een noodzakelijk complement van de contracteervrijheid is de gebondenheid aan de overeenkomst die men, gebruik makend van die vrijheid, heeft afgesloten. Dit gebonden zijn aan de overeenkomst vindt zijn grondslag en rechtvaardiging in het vrije zelfbeschikkingsrecht van ieder der contractanten. Het zijn in beginsel dan ook alleen deze contractanten die gebonden zijn door de overeenkomst. ‘Het ware ondragelijk’, zo schrijft Van Brakel, ‘indien in een maatschappij, waarin alle mensen als juridisch gelijkwaardige individuen gelden, twee dier personen zouden kunnen overeenkomen, dat een derde tot het verrichten van een, *door de beide contractanten bepaalde*, praestatie verplicht zou zijn’ (cursivering, SK).<sup>3</sup> De vrijheid van ieder individu, zijn zelfbeschikkingsrecht en de gebondenheid aan het eenmaal gegeven woord hangen ten nauwste samen met het relativiteitsbeginsel. Dit beginsel houdt echter niet in dat het *bestaan* van een contract voor derden steeds zonder belang is. Het relativiteitsbeginsel staat er niet aan in de weg dat derden zich op het bestaan van een overeenkomst beroepen. Zo kan een gelaedeerde bijvoorbeeld aanvoeren dat er een verzekeringsovereenkomst bestaat tussen de laedens en de verzekeraar en het derhalve niet mogelijk is de schadevergoeding te matigen tot een lager bedrag dan waarvoor de laedens zijn aansprakelijkheid heeft gedekt (art. 6:109 lid 2 BW). Maar al te vaak is het bestaan van overeenkomsten mede bepalend voor de schade die iemand lijdt. Stel dat fabrikant A in gebreke is met de levering van bouwelementen aan aannemer B.

2. Vgl. de artt. 6:213 en 248 BW.

3. S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandsche verbintenissenrecht, eerste deel, derde druk, Zwolle 1948, p. 473.

Het niet tijdig kunnen nakomen door B van de verplichtingen die hij heeft uit hoofde van overeenkomsten met zijn opdrachtgevers — met alle gevolgen van dien —, is mede bepalend voor de omvang van de door B geleden schade. B kan het bestaan van de overeenkomsten met zijn opdrachtgevers tegenwerpen aan A. Het Belgische Hof van Cassatie bracht deze tegenwerpelijkheid van het bestaan van een contract in 1909 aldus onder woorden:<sup>4</sup>

‘Attendu que si les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes, ce principe ne règle que les droits et obligations qui découlent des contrats; qu’il ne met pas obstacle à ce que ceux qui y sont demeurés étrangers constatent l’existence de conventions avouées ou légalement prouvées et tirent argument du fait de cette existence non pour réclamer à leur profit l’exécution des obligations qu’elles stipulent, mais pour en déduire, eu égard aux liens et aux droits qui en découlent, les conséquences favorables ou défavorables pour les parties que les événements ou les agissements des tiers ont entraînés pour elles.’

Ook kan het bestaan van een overeenkomst tot gevolg hebben dat derden zich moeten onthouden van bepaalde handelingen die de nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis frustreren. De arresten Pos/Van den Bosch<sup>5</sup> en Verboom c.s./De Staat<sup>6</sup> bieden fraaie voorbeelden van gevallen waarin het ‘profiteren van wanprestatie’ een onrechtmatige daad oplevert van de derde tegenover de contractant wiens contractuele rechten worden gefrustreerd. Te ver gaat naar mijn mening Hartkamp,<sup>7</sup> waar hij schrijft:

‘Iemand die met een ander een overeenkomst wil aangaan, doch weet dat zijn medecontractant zich daardoor zou schuldig maken aan inbreuk op een vroeger door hem met een ander gesloten contract, zal in het algemeen van het sluiten der overeenkomst moeten afzien, wil hij zich niet aan een onrechtmatige daad schuldig maken.’

Deze stelling gaat in zijn algemeenheid niet op. Slechts indien er tevens bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, zal er sprake kunnen zijn van een onrechtmatige daad.<sup>8</sup>

Het relativiteitsbeginsel betekent derhalve ‘slechts’ dat een

4. Cass., 27 mei 1909, Pas., 1909, I, 272.

5. HR 17 november 1967, NJ 1968, 42; AA 1968, p. 22.

6. HR 27 januari 1989, NJ 1990, 89; AA 1989, p. 572.

7. Asser-Hartkamp II, Zwolle 1993, nr. 383.

8. Zie voor een overzicht van de desbetreffende rechtspraak mijn annotatie bij HR 27 januari 1989, AA 1989, p. 572 e.v. en AA 1989, p. 800 (Verboom c.s./De Staat); vgl. voorts HR 8 december 1989, NJ 1990, 217 (Scheeders/Van Hoek).

overeenkomst geen door partijen bepaalde verbintenissen doet ontstaan ten behoeve of ten laste van derden, buiten deze derden om. Het beschermt de autonomie van het rechtssubject. Het beginsel laat dan ook de mogelijkheid onverlet dat een derde — al dan niet middellijk — een door de contractanten bepaalde verbintenis aanvaardt of het gerechtigd zijn uit hoofde van zo'n verbintenis — al dan niet middellijk — aanvaardt.

#### ZELFBESCHIKKING EN VERTEGENWOORDIGING

3. Uit de idee van autonomie zou men kunnen afleiden dat de gebondenheid van de mens in rechte niet van zijn persoonlijk handelen gescheiden kan worden. Een dergelijke benadering vindt men in het Romeinse recht, dat zich vooral aanvankelijk uiterst terughoudend tegenover de mogelijkheid van vertegenwoordiging heeft opgesteld.<sup>9</sup> In onze tijd is deze terughoudendheid ondenkbaar. Reeds geruime tijd wordt de mogelijkheid van vertegenwoordiging aanvaard, zowel in Nederland als in andere landen met een min of meer ontwikkeld handelsverkeer. In geval van vertegenwoordiging kan de vertegenwoordigde rechtens gebonden worden, terwijl de vertegenwoordiger feitelijk handelt. Het handelen van de vertegenwoordiger geldt rechtens als handelen van de vertegenwoordigde. In beginsel is een dergelijke toerekening slechts mogelijk indien de vertegenwoordiger *bevoegd* is tot vertegenwoordigend handelen. Deze bevoegdheid vormt de rechtvaardiging voor het gebonden zijn van de vertegenwoordigde aan handelingen die feitelijk door de vertegenwoordiger zijn verricht. De autonomie van het rechtssubject staat er niet aan in de weg dat iemand door andermans handelen (middellijk) wordt gebonden, indien die ander de bevoegdheid tot het tot stand brengen van een dergelijke binding had. Deze bevoegdheid kan berusten op de wet, maar kan ook door de vertegenwoordigde zijn verleend. In het laatste geval kan het gebonden zijn van de vertegenwoordigde herleid worden tot diens autonomie. Hiervan gebruikmakend heeft hij immers aan de vertegenwoordiger de macht gegeven hem te binden. Met de bevoegdheid tot vertegenwoordiging moet gelijk worden gesteld de schijn daarvan, indien de wederpartij van de vertegenwoordiger onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs

9. Vgl. M. Kaser en F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, 1967, p. 66; J.H.A. Lokin, *Prota*, 1992, p. 273 e.v.

mocht aannemen dat de vertegenwoordiger tot vertegenwoordiging bevoegd was. Art. 3:61 lid 2 BW stelt echter wel als voorwaarde dat de schijn van de bevoegdheid een gevolg was van een verklaring of gedraging van de vertegenwoordigde.<sup>10</sup> Aan deze 'toedoen-eis' behoeft echter, zo blijkt uit recente jurisprudentie, niet onder alle omstandigheden vast te worden gehouden.<sup>11</sup>

Voor een geldige vertegenwoordigingshandeling is naast bevoegdheid tot vertegenwoordiging vereist dat de vertegenwoordiger *in naam van* de vertegenwoordigde handelt. Voor de wederpartij dient duidelijk te zijn dat de vertegenwoordiger in hoedanigheid, als vertegenwoordiger, handelt. Dit 'in naam van'-vereiste correspondeert met de vrijheid van de wederpartij te kiezen met wie hij contracteert.

De aanvaarding van de vertegenwoordigingsfiguur staat niet op gespannen voet met de vrijheid van het individu, zijn autonomie of de gebondenheid aan het gegeven woord. De inhoud van de prestatie waartoe de vertegenwoordigde en de wederpartij gerechtigd en/of verplicht zijn, wordt weliswaar (mede) bepaald door de vertegenwoordiger, maar dit geschiedt niet buiten de vertegenwoordigde om. Integendeel, rechtens wordt het handelen van de vertegenwoordiger toegerekend aan de vertegenwoordigde, zodat de laatste partij is. De vaststelling dat de vertegenwoordigingsfiguur verenigbaar is met het relativiteitsbeginsel, is weliswaar niet opzienbarend, maar naar mijn idee niet zonder belang bij de analyse van andere rechtsfiguren die meestal als uitzonderingen op het relativiteitsbeginsel worden gezien. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bijvoorbeeld dat de in de artt. 6:251-257 BW geregelde gevallen als uitzonderingen worden beschouwd.

## PARTIJ, DERDE EN VORMEN VAN DOORWERKING

4. Partij bij een overeenkomst zijn degenen die hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een vertegenwoordiger de overeenkomst hebben gesloten, derden zijn degenen die geen partij bij de overeenkomst zijn. Ook de contractueel betrokken derde is rechtens geen

10. Vgl. Asser-Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), Zwolle 1990, nr. 38.

11. Vgl. HR 10 oktober 1980, NJ 1981, 2; HR 24 januari 1984, NJ 1984, 545; HR 7 februari 1992, NJ 1992, 809; HR 24 april 1992, RvdW 1992, 129; HR 27 november 1992, RvdW 1992, 264.

partij. Op basis van het hier gegeven onderscheid dient de rechtsverkrijger onder bijzondere titel van een der contractanten te worden gezien als derde. Bij de rechtsverkrijging onder algemene titel geldt dat de rechtsopvolger — behoudens uitzonderingen<sup>12</sup> — in alle rechten en verplichtingen van de rechtsvoorganger treedt. Hij wordt dientengevolge partij bij de overeenkomst die door zijn rechtsvoorganger is gesloten.<sup>13</sup>

Bij de derdenwerking van overeenkomsten kan men onderscheid maken tussen de doorwerking *ten gunste* van derden en die *ten nadele* van derden. In het eerste geval wordt aan de derde bij overeenkomst een bepaald voordeel toegekend, terwijl in het andere geval de overeenkomst de derde tot een bepaalde prestatie verplicht. Doorwerking van overeenkomsten ten gunste van derden is minder problematisch dan die ten nadele van derden. Ook voor rechten of andere voordelen geldt echter dat de derde deze niet tegen zijn wil opgedrongen moet kunnen krijgen.<sup>14</sup> Van de doorwerkingsgevallen ten gunste van derden komen hieronder achtereenvolgens het derdenbeding, de doorwerking van verweermiddelen ten gunste van ondergeschikten en andere derden, alsmede de overgang van kwalitatieve rechten aan de orde. Daarna zal ik ingaan op de tegenwerping van verweermiddelen aan derden en de overgang van kwalitatieve verplichtingen, twee gevallen die gezien kunnen worden als de doorwerking van overeenkomsten ten nadele van derden. Tenslotte zal ik ingaan op enige middellijke vertegenwoordigingsbepalingen uit titel 7.7 BW. Telkens zal de vraag worden gesteld of de betreffende rechtsfiguur verenigbaar is met het relativiteitsbeginsel.

#### DERDENBEDING EN DOORWERKING VAN VERWEERMIDDELEN TEN GUNSTE VAN DERDEN

5. In geval van een derdenbeding scheidt een overeenkomst voor een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen, zo bepaalt art. 6:253 BW. In de heersende literatuur wordt het derdenbeding als een belangrijke door de wet erkende uitzondering

12. Zie bijv. de artt. 7:415, 7A:1639l, 7A:1648 en 7A:1683 BW.

13. Vgl. art. 6:249 BW.

14. Vgl. de artt. 6:5 lid 2, 6:160 lid 2, 6:251 lid 3, 6:253 lid 1, 6:253 lid 4 en 7A:1703 e.v. BW.

op het relativiteitsbeginsel gezien. De vraag is of daarmee niet een te ruime betekenis aan dit beginsel wordt toegekend. Algemeen wordt immers aanvaard dat het recht van de derde eerst ontstaat met aanvaarding van het beding door de derde.<sup>15</sup> Men spreekt daarom wel van de leer van de rechtverkrijgende verklaring. De derde zelf bepaalt of hij het te zijnen gunste gemaakte beding al dan niet aanvaardt; hij heeft een wilsrecht. Na aanvaarding geldt hij als partij bij de overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW). Van een uitzondering op de relativiteitsregel is dientengevolge geen sprake. Er worden geen rechten of andere voordelen *buiten de derde om* aan hem opgedrongen. Het toekomen van een wilsrecht aan de derde zou ik niet als een inbreuk op het relativiteitsvereiste willen beschouwen. Indien iemand een aanbod doet aan een ander, verkrijgt die ander het wilsrecht dit aanbod te aanvaarden. Deze verkrijging wordt — terecht — ook niet als een uitzondering op de contracteervrijheid of de autonomie van die ander gezien.

Niet ondergeschikten kunnen aan een overeenkomst waarbij zij geen partij zijn, verweermiddelen ontlenen, indien te hunnen behoeve een desbetreffend derdenbeding is gemaakt en zij dit hebben aanvaard. In dat geval is, evenals bij het derdenbeding in het algemeen, het invoeren van zo'n verweermiddel niet in strijd met het relativiteitsbeginsel. Art. 6:257 BW geeft een specifieke dwingend-rechtelijke bepaling ter bescherming van ondergeschikten. Wanneer een partij bij een overeenkomst ter afwering van haar contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid voor een gedraging van een aan haar ondergeschikte aan de overeenkomst een verweermiddel jegens haar wederpartij kan ontlenen, kan ook de ondergeschikte, indien hij op grond van deze gedraging door de wederpartij wordt aangesproken, dit verweermiddel invoeren, als ware hijzelf bij de overeenkomst partij. Ook deze bepaling maakt geen inbreuk op de autonomie van de ondergeschikte. Deze is immers vrij van de hem geboden bescherming al dan niet gebruik te maken.

Bezien vanuit de positie van de promissor respectievelijk de in art. 6:257 BW bedoelde wederpartij, levert het relativiteitsbeginsel evenmin problemen op. De promissor respectievelijk de wederpartij

15. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 957 en Asser-Hartkamp II, Zwolle 1993, nrs. 422-424; vgl. voor het oude recht HR 13 februari 1924, W 11211, NJ 1924, p. 711.

heeft immers zelf de mogelijkheid in het leven geroepen dat de derde een recht, voordeel of verweermiddel aan de overeenkomst zou kunnen ontlenen.

#### KWALITATIEVE RECHTEN

6. Wanneer een uit een overeenkomst voortvloeiend, voor overgang vatbaar recht in een zodanig verband staat met een aan de schuldeiser toebehorend goed, dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij het goed behoudt, dan gaat dat recht over op degene die het goed onder bijzondere titel verkrijgt (art. 6:251 lid 1 BW). Voorwaarde is dat het recht voor overgang vatbaar is en dat er voldoende verband bestaat tussen het over te dragen goed en het betreffende recht. De schuldeiser en schuldenaar kunnen de overdraagbaarheid van het recht hebben beperkt of uitgesloten en ook de aard van het recht kan zich tegen overdracht verzetten (vgl. art. 3:83 BW). In dergelijke gevallen gaat het recht niet over. Art. 6:251 BW gaat er als het ware van uit dat dergelijke kwalitatieve rechten steeds mede ten behoeve van rechtsopvolgers onder bijzondere titel zijn overeengekomen. Het gaat hier echter niet om het onomkeerbaar opdringen van een recht of voordeel. Blijkens het derde lid van art. 6:251 BW kan de derde-verkrijger van het goed door een tot de wederpartij gerichte verklaring te kennen geven dat hij de overgang van het recht niet aanvaardt. Men zou de regeling van de overgang van kwalitatieve rechten kunnen duiden als een 'lichte' uitzondering op het relativiteitsbeginsel.

#### TEGENWERPING VAN HET RETENTIERECHT EN EXONERATIEBEDINGEN; KWALITATIEVE VERPLICHTINGEN

7. Op grond van art. 3:291 lid 1 BW kan het retentierecht door de schuldeiser worden ingeroepen jegens derden die een recht op de zaak hebben verkregen, *nadat* de vordering van de schuldeiser was ontstaan en de zaak in zijn macht is gekomen. Deze regel vormt tot op zekere hoogte een uitzondering op het relativiteitsbeginsel. Dit geldt naar mijn idee niet voor het tweede lid van art. 3:291 BW, waarin is bepaald dat het retentierecht ook kan worden tegengeworpen aan derden met een *ouder* recht, indien de vordering van de schuldeiser voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. In

deze gevallen heeft de derde die met het retentierecht wordt geconfronteerd, immers aan een ander de *bevoegdheid* verleend een rechtsbetrekking in het leven te roepen, waaruit een retentierecht zou kunnen voortvloeien. Hij heeft die ander de bevoegdheid verleend hem aan het retentierecht te binden. Ook hier geldt dat bevoegdheid moet worden gelijk gesteld met schijn van bevoegdheid. Er is een duidelijke parallel met de hiervoor besproken vertegenwoordigingsfiguur. Anders dan bij vertegenwoordiging (art. 3:61 lid 2 BW) vindt men de 'toedoen-eis' in art. 3:291 lid 2 BW niet terug. Indien de derde de bevoegdheid heeft verleend, is er geen sprake van strijd met het relativiteitsbeginsel, omdat er geen inbreuk wordt gemaakt op de autonomie van de derde indien deze het retentierecht tegen zich moet laten gelden. In geval van een gerechtvaardigd vertrouwen op de schijn van bevoegdheid is er evenmin strijd met het relativiteitsbeginsel, omdat de grenzen van dit beginsel mede bepaald worden door het vertrouwensbeginsel.

Een soortgelijke benadering dient naar mijn idee te worden gevolgd bij de vraag of exoneratiebedingen al dan niet aan derden kunnen worden tegengeworpen. Beslissend zal zijn of de 'tussenpersoon' die het exoneratiebeding op eigen naam is aangegaan, in zijn verhouding tot de derde bevoegd was een dergelijk beding overeen te komen of dat de wederpartij van de tussenpersoon geen reden had om aan diens bevoegdheid te twijfelen. Tot een dergelijke uitkomst leidt bijvoorbeeld art. 7:608 lid 2 jo. lid 4 BW. De bewaarnemer die door een derde wordt aangesproken tot vergoeding van schade aan de in bewaring gegeven zaak, kan het met de bewaargever overeengekomen aansprakelijkheidsbeding in beginsel tegenwerpen aan de derde die schadevergoeding claimt. Een soortgelijke uitkomst geldt mijns inziens in het geval dat de aannemer wordt aangesproken door een derde die niet de opdrachtgever is. Vergelijk het bekende gegaste uien-arrest.<sup>16</sup> De situatie ligt echter anders indien degene die het exoneratiebeding aan de derde wil tegenwerpen, als — al dan niet ondergeschikte — hulppersoon van zijn opdrachtgever heeft gecontracteerd.<sup>17</sup> In dergelijke gevallen zal hij in de regel niet mogen aannemen dat zijn opdrachtgever ten opzichte

16. HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249.

17. In de meeste gevallen zal het om een zelfstandige hulppersoon gaan.

van de derde bevoegd was het exoneratiebeding af te sluiten.<sup>18</sup> Mogelijk heeft de hulppersoon dan wel een beroep op een aansprakelijkheidsbeding dat is overeengekomen tussen zijn opdrachtgever en de derde. Vergelijk de in art. 7:608 lid 1 BW gegeven regeling voor de positie van de onderbewaarnemer.

Ook de in art. 6:252 BW gegeven mogelijkheid van overgang van kwalitatieve verplichtingen staat in mindere mate op gespannen voet met het relativiteitsbeginsel dan veelal wordt aangenomen. Van overgang van dergelijke verplichtingen op degene die het goed onder bijzondere titel verkrijgt, is immers pas sprake indien het beding voor de verkrijger kenbaar is uit de registers. Indien de verkrijger het goed verwerft, weet hij dat hij ook aan het beding gebonden is. Hij wordt hier niet buiten zijn toedoen aan gebonden.

#### MIDDELLIJKE VERTEGENWOORDIGING

8. Enkele bepalingen uit de wettelijke regeling van de lastgeving (titel 7.7) verdienen hier aandacht. Het gaat om de artt. 7:411, 412 en 413 BW. Ingevolge de schakelbepaling van art. 7:418 BW zijn deze artikelen van overeenkomstige toepassing op andere overeenkomsten dan lastgeving krachtens welke de ene partij verplicht of bevoegd is voor rekening van de andere partij rechtshandelingen te verrichten, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet. Na de op korte termijn te verwachten invoering van titel 7.7 houdende de overeenkomst van opdracht, zal bovendien een nieuw artikel gelden (art. 7:423 BW (art. 7.7.2.5a)) dat het mogelijk maakt om aan een last op eigen naam ten behoeve van de lastgever te handelen privaatieve werking te verbinden, zodat de lastgever voor de duur van de overeenkomst de bevoegdheid mist om de handelingen waarop de overeenkomst betrekking heeft, zelf te verrichten.

Art. 7:411 BW betreft het geval dat de lasthebber in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde die in de nakoming van zijn verplichtingen tekort schiet. Volgens dit artikel is de lasthebber mede gehouden tot vergoeding van de schade die de lastgever door de tekortkoming heeft geleden. Deze bepaling kan worden gezien als een voorbeeld van de tegenwerpelijkheid van het bestaan van een overeenkomst aan derden. In casu betreft het de overeen-

18. Vgl. Asser-Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), Zwolle 1990, nr. 116.

komst tussen de lastgever en de lasthebber, waarvan het bestaan aan de wederpartij kan worden tegengeworpen. Daarentegen vormen de artt. 7:412 en 413 BW wel uitzonderingen op het relativiteitsbeginsel. Indien de lasthebber in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een ander, staat de lastgever buiten die overeenkomst en is in zoverre derde. Art. 7:412 BW regelt in welke gevallen de lastgever bepaalde rechten die de lasthebber aan de overeenkomst met de ander ontleent, op zich kan doen overgaan. In die gevallen verkrijgt de lastgever rechten die rechtstreeks voortvloeien uit de overeenkomst tussen de lasthebber en die ander. In het bijzonder wanneer de wederpartij van de lasthebber er niet van op de hoogte is dat de lasthebber als middellijk vertegenwoordiger optrad, is er sprake van een uitzondering op het relativiteitsbeginsel. Art. 7:413 BW bevat een bepaling die het spiegelbeeld vormt van de bepaling van art. 7:412 BW. Hoewel de lastgever geen partij is bij de overeenkomst tussen de lasthebber en diens wederpartij, kan de laatste desalniettemin de rechten die zij aan de overeenkomst ontleent, in de in art. 7:413 BW genoemde gevallen uitoefenen jegens de lastgever. Verdedigbaar is dat de regeling van art. 7:413 BW geen echte uitzondering is op het relativiteitsbeginsel, omdat de lastgever op het moment dat hij de last verleent weet dat hij het risico loopt door de wederpartij van de lasthebber aangesproken te worden. De lastgever bindt zich als het ware voorwaardelijk tegenover de wederpartij van de lasthebber.

Volgens HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254 is de 'cessie ter incasso' mogelijk in de vorm van een last om in eigen naam te incasseren. De figuur van de lastgeving met privaatieve werking zou in de eerste plaats bedoeld zijn voor de 'cessie ter incasso'. De lasthebber treedt, zowel in als buiten rechte, als schuldeiser op. De lastgeving ter incasso op eigen naam laat zien dat een derde zich kan binden aan een tussen anderen gesloten overeenkomst, door de lasthebber de bevoegdheid tot deze binding te geven. Indien de lasthebber ter incasso op eigen naam afspraken maakt met de debiteur over de wijze van betaling of over betalingstermijnen, zal de lastgever aan deze afspraken gebonden zijn. Indien de last niet privaatief is verleend, kan de lastgever zelf rechtstreeks de debiteur aanspreken, maar de debiteur zal de eerdergemaakte afspraken aan de lastgever kunnen tegenwerpen.

## ECHTE UITZONDERINGEN

9. Hiervoor is door mij een aantal gevallen besproken waarin het twijfelachtig was of wel van een uitzondering op het relativiteitsbeginsel moest worden gesproken. De wet kent daarnaast gevallen waarin het weinig twijfelachtig is dat er een uitzondering wordt gemaakt op bedoeld beginsel. Men denke aan bepalingen op het terrein van het huurrecht, zoals art. 7A:1612 BW, de artt. 1623g-i en 1635 BW. Voorts noem ik hier als voorbeelden art. 34 Pachtwet en de uitzondering die wordt gemaakt door de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

## CONCLUSIE

10. Het relativiteitsbeginsel behoort tot de grondbeginselen van het overeenkomstenrecht. Ondanks het feit dat de regel van art. 1376 oud BW niet in het BW is overgenomen, heeft dit beginsel zijn gelding behouden. Uitzonderingen op het beginsel zijn mogelijk. Hiervoor heb ik de vraag opgeworpen of niet al te snel wordt aangenomen dat er sprake is van een uitzondering. Niet in alle gevallen waarin een overeenkomst verbintenissen doet ontstaan ten behoeve of ten laste van derden, kan van een uitzondering worden gesproken.<sup>19</sup> Ik zou pas dan een inbreuk op het relativiteitsbeginsel willen aannemen, indien een overeenkomst verbintenissen ten behoeve of ten laste van derden doet ontstaan *buiten die derden om*. Indien een derde aan een ander de bevoegdheid heeft verleend hem (de derde) bindende verbintenissen aan te gaan, is er geen sprake van een uitzondering. Ik zou deze ook niet willen aannemen indien er sprake is van een aan de derde toerekenbare schijn van bevoegdheid tot een dergelijke binding. Voorts wordt niet afgeweken van het relativiteitsbeginsel indien een derde accepteert dat hij gebonden is aan een verbintenis die door anderen in het leven is geroepen.

19. Vgl. E. du Perron, AA 1991, p. 848 e.v.

# Het causa-beginsel

*M. W. Scheltema\**

## 1. INLEIDING

Het causa-beginsel vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht. In het Romeinse recht moest aanvankelijk aan bepaalde formaliteiten worden voldaan om een afspraak tussen partijen bindend te achten. Wanneer een belofte voor partijen bindend was, kon door de praetor een actie worden verleend.

Later raakten de formaliteiten steeds meer in onbruik, maar zocht men naar een manier om toch niet alle afspraken tussen partijen bindend te maken. Uit deze ontwikkeling is de causa-eis ontstaan. De afspraak moest een zekere causa hebben. Aan de hand van de causa werd bekeken of een afspraak afdwingbaar was of niet. In de Middeleeuwen kreeg deze causa-eis, onder de invloed van het canonieke recht, meer het karakter van de *iustum pretium*-eis. Hetgeen waartoe partijen zich verbonden moest volgens deze eis gelijkwaardig zijn.

De *iustum pretium*-eis heeft zich niet doorgezet in het oude Burgerlijk Wetboek van Nederland. De causa-eis werd echter wel in het Burgerlijk Wetboek gecodificeerd in artikel 1356 sub 4° BW (oud).

## 2. DE CAUSA-EIS IN HET OUDE RECHT

Naar oud recht bestond de geoorloofde oorzaak in artikel 1356 sub 4° juncto 1371 en 1373 BW (oud) als vereiste voor de geldigheid van een overeenkomst.

\* Mr. M.W. Scheltema is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden. Hij dankt Prof. mr. Jac. Hijma voor zijn welwillend commentaar.

Over dit oorzaaksbegrip bestond in de literatuur verschil van mening. De meningsverschillen spitsten zich vooral toe op vier vragen.<sup>1</sup> De eerste vraag betrof de kwestie of de oorzaak betrekking heeft op de verbintenis of alleen op de overeenkomst. Ten tweede ging het om het probleem of de oorzaak subjectief, dat wil zeggen aan de hand van het beoogde doel van partijen, of objectief, dat wil zeggen aan de hand van de los van de wil van partijen staande rechtsgrond, moest worden benaderd. Ten derde de vraag of het begrip oorzaak in verband met 'ongeoorloofde oorzaak' iets anders inhield dan in de combinatie 'zonder oorzaak'. Ten slotte was er nog verschil van mening over de vraag of het oorzaaksvereiste alleen een ontstaanseis of ook een bestaanseis was. Dit laatste probleem ziet op de vraag of de oorzaak alleen bij het sluiten van de overeenkomst aanwezig moet zijn of ook nog daarna.

Ik zal mij in het kader van dit betoog beperken tot de tweede vraag — moet de oorzaak objectief of subjectief worden gezien — omdat deze vraag voor de bespreking van het causa-beginsel het meest relevant is.<sup>2</sup>

Door de Hoge Raad werd lange tijd de subjectieve leer aangehangen.<sup>3</sup> Deze leer heeft ook in de literatuur navolging gevonden.<sup>4</sup> Rechtvaardiging van deze opvatting wordt vooral gevonden in het feit dat niemand zich tot iets verplicht zonder een doel. Bovendien voeren de voorstanders aan dat er bij objectieve interpretatie van het oorzaaksbegrip geen verschil meer bestaat tussen de inhoud en de oorzaak van de overeenkomst.

Op de subjectieve leer is kritiek geuit.<sup>5</sup> Scholten is van mening

1. J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, dissertatie Leiden 1979, Deventer 1979, blz. 69; Contractenrecht III (Wuisman), nr. 68 e.v.
2. Zie voor de andere vragen: Asser-Rutten II (Verbintenissenrecht), blz. 172-197.
3. Zie bijvoorbeeld: HR 17 november 1922, NJ 1923, 155; HR 29 mei 1946, NJ 1946, 426; HR 4 mei 1973, NJ 1973, 378.
4. C.J.J.M. Petit, Beweegreden of oorzaak van making en schenking, In: Rechtskundige opstellen aangeboden aan Prof. mr E.M. Meijers, Zwolle 1935, blz. 242. Zie ook: Contractenrecht III (Wuisman) nr. 69. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, a.w., blz. 71 en 73.
5. G.J. Scholten, De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, dissertatie Universiteit van Amsterdam 1934, Zwolle 1934, blz. 82; Asser-Rutten II, blz. 180; P.W. van Doorne, Problemen van consideration en causa, In: Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. mr P. Scholten, Haarlem 1932, blz. 117; P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw, dissertatie Universiteit van Amsterdam 1972, Deventer 1972, blz. 81. Vgl. HR 23 mei 1986, NJ 1986, 762

dat een subjectieve interpretatie van het oorzaaksbegrip zou leiden tot de consequentie dat deze eis naast die van de bepaalbaarheid van de overeenkomst overbodig is. Het oorzaaksbegrip moet in een maatschappelijk-economische context worden gezien. Rutten merkt op dat, als de oorzaak van de overeenkomst het doel van partijen zou zijn, dan een overeenkomst zonder oorzaak een overeenkomst zonder doel zou zijn. Dat nu kan niet; niemand verbindt zich zonder een doel. Het lijkt erop dat de Hoge Raad in zijn latere arresten ook naar een meer objectieve benadering neigt.<sup>6</sup>

Onder andere ten gevolge van deze verwarring heeft een aantal schrijvers betoogd dat de wettelijke oorzaakseis geheel overbodig is.<sup>7</sup> Deze stroming wordt ook wel de stroming van de anti-causalisten genoemd. Ook de wetgever van het huidige BW schaart zich onder deze stroming.<sup>8</sup> De wetgever meent dat de oorzaak als wettelijke eis onder het huidige recht niet meer nodig is; er zijn voldoende aanknopingspunten elders in het wetboek te vinden waarmee het wegvallen van de wettelijke causa-eis kan worden gecompenseerd. Bovendien leidt het stellen van de wettelijke oorzaakseis tot onbevredigende resultaten.

Mijns inziens werd onder het oude recht de laatste tijd een objectief oorzaaksbegrip aangehangen. Dit blijkt onder andere uit de hierboven genoemde arresten van de Hoge Raad.<sup>9</sup> In deze arresten wordt in het kader van de oorzaak niet zozeer gekeken naar het doel dat partijen hebben, maar naar de tegenover de prestatie staande wederprestatie. De oorzaak wordt derhalve meer in een objectief-economische context geplaatst. De Hoge Raad kijkt namelijk of er een wederprestatie wordt geleverd en of die wederprestatie enige daadwerkelijke prestatie inhoudt. Als er geen (daadwerkelijke) wederprestatie wordt geleverd ontbreekt volgens de Hoge Raad de oorzaak. Van een wederprestatie die niet een werkelijke prestatie inhoudt kan sprake zijn als een wederpartij zich verbindt tot een

m.nt. G. Zie ook: Contractenrecht III (Wuisman), nr. 70.

6. Zie bijvoorbeeld: HR 30 november 1979, NJ 1980, 281 m.nt. GJS; HR 23 mei 1986, NJ 1986, 762 m.nt. G.
7. E.M. Meijers, Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der causa, Verzamelde privaatrechtelijke opstellen deel III, Leiden 1955, blz. 301; J.C. van Oven, De oorzaak der overeenkomst, WPNR 3386 (1934), blz. 495.
8. TM, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, blz. 898.
9. Zie noot 6.

prestatie waartoe hij al op andere grond was verplicht.<sup>10</sup> Deze laatste gedachte is ook in het Anglo-Amerikaanse recht te vinden.

### 3. DE CONSIDERATION-EIS IN HET ANGLO-AMERIKAANSE RECHT

In het Anglo-Amerikaanse recht wordt ook nu nog een soort oorzaakseis gehanteerd, deze staat bekend als de *consideration*. De *consideration* wordt in het Anglo-Amerikaanse recht geplaatst in het kader van de vraag of een belofte, die een partij doet aan zijn wederpartij, bindend is tussen deze partijen.

In het Engelse zowel als in het Amerikaanse recht wordt voor het afdwingbaar achten van een belofte onder andere geëist dat de belover *consideration* heeft voor het doen van de belofte.<sup>11</sup> Ook in het Anglo-Amerikaanse recht leeft derhalve de romeinsrechtelijke gedachte dat een afspraak alleen niet voldoende is om een belofte bindend te achten.

Voor het totstandkomen van een overeenkomst is vereist dat er een onderhandeling is, waarbij beide partijen het eens zijn over de uitwisseling van beloftes.

In de Verenigde Staten hanteert men de *bargain theory of consideration*. Deze theorie houdt in dat als *consideration* wordt beschouwd, alles wat door de belover wordt gevraagd voor zijn belofte en wat door de andere partij wordt gegeven in ruil voor die belofte.<sup>12</sup> Een vergelijkbare opvatting van de *consideration* vindt men in Engeland.

Overigens moet volgens het Engelse recht scherp onderscheid worden gemaakt tussen het motief voor een belofte en de *consideration*.<sup>13</sup> Als een weduwe van haar overleden man — krachtens zijn testament — in zijn huis mag blijven wonen, voor een huur van één pond per jaar (in 1842) en het onderhoud van het huis, zullen de erfgenamen hieraan gebonden zijn.<sup>14</sup> Het motief van de erfgenamen

10. Vgl. HR 23 mei 1986, NJ 1986, 762 m.nt. G.

11. Zie voor het Engelse recht: Chitty on Contracts deel I, bewerkt door A.G. Guest e.a., Londen 1989, nr. 151. Zie voor het Amerikaanse recht: E.A. Farnsworth, Contracts, Boston 1990, blz. 41; Restatement (second) of contracts, §17.

12. Farnsworth, blz. 44; Restatement (second) on contracts, §71.

13. Chitty deel I, nr. 159; Thomas v. Thomas (1842) 2 Q.B. 851.

14. De vrouw had in die tijd krachtens het erfrecht geen aanspraak op (een gedeelte van) de nalatenschap.

zal zijn om aan het verlangen van de man, om zijn weduwe te verzorgen, tegemoet te komen. De *consideration* van de erfgenamen, om gebonden te zijn aan de belofte om de weduwe in het huis te laten wonen, is daarentegen de vergoeding van één pond per jaar en de belofte van de weduwe om het pand te onderhouden.

In Amerika wordt het motief voor de belofte beschouwd als een element van de *consideration*.<sup>15</sup> Het motief is echter op zichzelf niet voldoende *consideration*.

Van gelijkwaardigheid tussen de inhoud van de wederzijdse beloftes hoeft echter geen sprake te zijn. Zo kan het geven van een onbeduidende zaak voldoende *consideration* zijn. Dit wordt ook wel de *peppercorn theory of consideration* genoemd.<sup>16</sup> In het Engelse recht moet de *consideration* enige waarde hebben *in the eye of the law*, maar is een gelijkwaardige belofte niet vereist.<sup>17</sup>

In een aantal gevallen zal, ondanks het feit dat door de wederpartij in ruil voor de belofte iets wordt gepresteerd, geen sprake zijn van (voldoende) *consideration* bij de belover.<sup>18</sup>

Zo zal er onvoldoende *consideration* bij de belover aanwezig zijn als de andere partij datgene, wat door de belover wordt gevraagd, al heeft uitgevoerd op het moment dat de belofte wordt gedaan. In een dergelijke situatie spreekt men van *past consideration*. Hieronder vallen ook die gevallen waarin men op grond van de wet of een andere overeenkomst al tot het gevraagde verplicht was. Ten tweede is het ook niet voldoende als de wederpartij op hetzelfde moment van het doen van de belofte — of later — het gevraagde uitvoert, maar de belofte niet is gedaan om hem tot een dergelijk handelen aan te zetten. Ten slotte is ook geen sprake van *consideration* in die gevallen waarin de andere partij inderdaad het door de belover gevraagde uitvoert, maar niet als reactie op het doen van de belofte. Ook zal een *illusory promise* van de andere partij in ruil voor de belofte niet voldoende zijn.<sup>19</sup> Van een *illusory promise* kan sprake zijn als het aan de beslissing van de wederpartij wordt overgelaten of hij nakomt, zonder dat aan het niet nakomen enige consequenties zijn verbonden.

15. Farnsworth, blz. 62.

16. Farnsworth, blz. 68. Zo ook voor het Engelse recht: Chitty deel I, nr. 163.

17. Chitty deel I, nr. 168.

18. Farnsworth, blz. 52; Chitty deel I, nrs. 169 en 173.

19. Farnsworth, blz. 75; Chitty deel I, nr. 169.

Als een *consideration* afwezig is, betekent dat echter nog niet altijd dat een belofte niet afdwingbaar is. Er kan namelijk, ondanks het feit dat de *consideration* ontbreekt, vertrouwen zijn gewekt bij de andere partij dat er een belofte was gedaan met voldoende *consideration*. Dit kan een reden zijn om, wanneer de vertrouwende partij in een nadeliger positie is gekomen door zijn vertrouwen, de belofte bindend te achten.<sup>20</sup> Deze vertrouwensbescherming wordt gebracht onder het leerstuk van de *change of position* of ook wel *promissory estoppel*.

De *consideration*-eis wordt in het Anglo-Amerikaanse recht echter steeds minder belangrijk; zelfs een onbeduidende tegenbelofte kan al voldoende *consideration* zijn en bovendien kan ook op grond van vertrouwen soms een belofte toch bindend worden geacht, ondanks het feit dat *consideration* ontbreekt. In het Anglo-Amerikaanse recht wordt de *consideration* naar mijn mening, zoals in Nederland ook is gebeurd, van een zeer harde eis tot een meer impliciete.

#### 4. DE CAUSA-EIS IN HET HUIDIGE RECHT

De eis dat een overeenkomst een oorzaak moet hebben is niet meer in een artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek te vinden. De wetgever heeft voor deze wijziging een drietal argumenten aangevoerd.<sup>21</sup> Deze argumenten zijn dat de rechter voor 'delicate beslissingen' zou worden gesteld als hij de bedoelingen van partijen op redelijkheid zou moeten toetsen. Ook wordt de bindende kracht van overeenkomsten nodeloos ondergraven. Ten slotte wordt de rechtszekerheid en het verantwoordelijkheidsgevoel van partijen in gevaar gebracht. Bovendien kunnen problemen die vroeger aan de hand van het oorzaaksbegrip werden opgelost ook worden aangepakt met andere rechtsfiguren, zoals de wilsgebreken.<sup>22</sup> Hartkamp is het eens met deze oplossing van de wetgever.<sup>23</sup> Abas daarentegen meent dat

20. Farnsworth, blz. 92; Chitty deel I, nr. 162.

21. TM, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, blz. 898. Zie ook hierboven §2.

22. TM, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, blz. 897.

23. Asser-Hartkamp II (Verbintenissenrecht), nr. 239. Zo ook Van Dunné, die echter meent dat de oorzaakseis geheel overbodig is; J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, dissertatie Leiden 1971, Deventer 1971, blz. 291.

wel een objectief oorzaaksbegrip in de wet opgenomen had moeten worden.<sup>24</sup>

Hoewel blijkt dat de causa-eis voor de overeenkomst niet meer expliciet in een wetsartikel wordt gesteld, moet hieruit niet de conclusie worden getrokken dat een overeenkomst in het huidige recht geen oorzaak meer hoeft te hebben. Ik zal betogen dat een overeenkomst nog steeds een oorzaak, dat wil zeggen een rechtvaardiging, moet hebben. Deze rechtvaardiging wordt gevonden in het causa-beginsel. Het is echter niet nodig is om het bestaan van een oorzaak als expliciete eis voor de geldigheid van de overeenkomst in de wet op te nemen, zoals onder het oude recht het geval was. Voordat ik echter zal betogen dat de overeenkomst ook in het huidige recht een oorzaak moet hebben, is het goed om de grondslag van deze eis, het causa-beginsel, nader te omlijnen.

Onder het causa-beginsel versta ik het beginsel dat een rechtvaardige verdeling van schaarse goederen nastreeft. Dit beginsel wordt ook wel het beginsel van de ruilrechtvaardigheid genoemd. Vaak wordt in het kader van het causa-beginsel verwezen naar de adagia *quid pro quo* en *do ut des*. Voorkomen moet worden dat er ongegronde verschuivingen van schaarse goederen plaatsvinden.<sup>25</sup>

Zoals ik hierboven al heb gesteld moet de overeenkomst ook in het huidige recht een oorzaak hebben. Ook Nieuwenhuis is deze mening toegedaan.<sup>26</sup> Volgens Nieuwenhuis is de oorzaak, ook onder het huidige recht, het verband tussen de verbintenissen die partijen op zich nemen als zij een overeenkomst sluiten. Deze verbintenissen staan in een middel/doel-relatie tot elkaar. De overeenkomst krijgt een doelloorzakelijke structuur omdat de verbintenissen op elkaar worden betrokken en onderling afhankelijk worden. Zonder dit doelloorzakelijk verband wordt het beginsel van ruilrechtvaardigheid, ik geef opdat jij geeft — *do ut des* —, doorbroken. Dit betekent dat de oorzaak van een overeenkomst nog steeds niet aan betekenis heeft ingeboet; onder het huidige recht bestaat het beginsel van de ruilrechtvaardigheid nog steeds. Nieuwenhuis wijst er op dat ook in

24. P. Abas, a.w, blz. 81.

25. Vgl. B.W.M. Nieskens-Ishording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, dissertatie Tilburg 1991, Deventer 1991, blz. 11; H.C.F. Schoordijk, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, college ter herdenking van de promotie van Marcel Henri Bregstein, Zwolle 1977, blz. 4.

26. J.H. Nieuwenhuis, a.w, blz. 72 en 73.

Duitsland geen oorzaaksvereiste in de wet staat, maar ook daar de rechtvaardiging van een overeenkomst in het causa-beginsel wordt gezocht.

Ik deel de mening van Nieuwenhuis; het is niet juist om te denken dat men alleen door invoering van een nieuw wetboek niet meer zou streven naar een rechtvaardige verdeling van schaarse goederen. Als een overeenkomst de rechtvaardige verdeling van schaarse goederen niet aantast heeft zij een oorzaak; zij wordt in dat geval immers gerechtvaardigd door het causa-beginsel. Als echter de oorzaak ontbreekt dan wordt de overeenkomst niet gerechtvaardigd door het causa-beginsel; deze overeenkomsten worden door de rechtsorde niet geduld. Derhalve is de oorzaak nog steeds van belang voor de geldigheid van een overeenkomst.

Het opnemen van de oorzaakseis voor de overeenkomst in een artikel in het huidige wetboek is echter niet nodig. Er zijn in het huidige Burgerlijk Wetboek voldoende artikelen opgenomen die het doel hebben om ongegronde vermogensverschuivingen door middel van overeenkomsten te voorkomen. Te denken valt aan de bepalingen over wilsgebreken — de artikelen 3:44 en 6:228 — en de redelijkheid en billijkheid — onder andere te vinden in de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW.

De eis van de geoorloofde oorzaak, zoals die in artikel 1356 sub 4° BW (oud) was opgenomen, is in het huidige Burgerlijk Wetboek niet meer in dezelfde vorm teruggekeerd. Het vereiste dat een oorzaak geoorloofd moet zijn, is in enigszins andere vorm teruggekeerd in de regeling ten aanzien van de nietigheid van een rechtshandeling, die te vinden is in artikel 3:40 BW. Het aantal gevallen van nietigheid van een rechtshandeling is echter behoorlijk teruggedrongen. Veel gevallen van nietigheid zoals die onder het oude recht bestonden, worden in het huidige recht onder de vernietigbaarheid gebracht. Een voorbeeld hiervan is misbruik van omstandigheden. Ook in de ingewikkelde regeling van artikel 3:40 BW wordt, zoals onder het oude recht het geval was, onderscheiden tussen een rechtshandeling in strijd met de wet aan de ene kant en een rechtshandeling in strijd met de openbare orde of goede zeden aan de andere kant. Tevens is voor de nietigheid van een rechtshandeling van belang of het gaat om het sluiten, de inhoud of de strekking van deze rechtshandeling. Zo zal bij een verboden strekking alleen nietigheid optreden als beide partijen zich van de verboden strekking bewust

zijn. Op de regeling van artikel 3:40 BW is de nodige kritiek geuit.<sup>27</sup>

Naar mijn mening speelt ook bij de nietigheid van overeenkomsten het hierboven genoemde oorzaaksbegrip een rol. Als namelijk een overeenkomst nietig is zal de rechtvaardiging voor de vermogensverschuiving op grond van deze (ongeldige) overeenkomst ontbreken. De rechtvaardige verdeling van schaarse goederen wordt dan verstoord. De overeenkomst heeft in dat geval geen oorzaak omdat hij niet wordt gerechtvaardigd door het causa-beginsel.

Het causa-beginsel komt echter ook buiten oorzaakseis voor de overeenkomst naar voren. Dit blijkt onder andere uit de bepalingen ten aanzien van de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking — te vinden in de artikelen 6:203 en 6:212 BW. In deze reeks kunnen ook nog worden genoemd de bepalingen ten aanzien van de onrechtmatige daad — geregeld in artikel 6:162 en verder BW.<sup>28</sup>

## 5. HET CAUSA-BEGINSEL BUITEN DE OVEREENKOMST

Het causa-beginsel beperkt zich niet tot de oorzaakseis voor de overeenkomst alleen. Dat was overigens ook onder het oude recht niet het geval. Van de gevallen, waaruit het bestaan van het causa-beginsel in het huidige recht — buiten de oorzaakseis voor de overeenkomst — blijkt, zal ik er twee bespreken.

Deze gevallen zijn de ongerechtvaardigde verrijking en de onverschuldigde betaling.

Betalingen moeten volgens artikel 6:203 BW een 'rechtsgrond', dat wil zeggen een causa, hebben. Onder betaling verstaat artikel 6:203 BW het geven van een zaak, het geven van geld en het verrich-

27. Het voert voor de bespreking van de causa-eis in het kader van deze verhandeling echter te ver om daarop in te gaan. Zie hiervoor met name: Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, dissertatie Leiden 1988, Deventer 1988, blz. 72-110.
28. Voor de onrechtmatige daad gaat dit beginsel echter alleen op als er ongegronde vermogensverschuivingen hebben plaatsgevonden, hetgeen bij de onrechtmatige daad niet altijd het geval hoeft te zijn. Zo zal geen vermogensverschuiving tussen de dader en het slachtoffer hebben plaatsgevonden als verkregen winst, die volgens artikel 6:104 BW inhoud kan zijn van de schadevergoeding, moet worden afgedragen.

ten van een prestatie. Als betalingen ‘zonder rechtsgrond’ zijn verricht moeten zij worden ongedaangemaakt.

De wetgever heeft het begrip ‘zonder rechtsgrond’ gebruikt om aan te geven dat de causa objectief benaderd moet worden; deze is derhalve niet afhankelijk van de bedoelingen van partijen.<sup>29</sup> De wetgever volstaat weliswaar met voorbeelden, maar hieruit blijkt dat het moet gaan om gevallen waarin naar objectieve maatstaven de betaling niet in stand kan blijven. In artikel 6:203 BW komt derhalve de objectieve benadering, zoals die onder het oude recht voor de oorzaak van de overeenkomst bestond, in het kader van de onverschuldigde betaling naar voren.

De vraag is echter of in dit kader wel voor de objectieve benadering moet worden gekozen. Nieuwenhuis voelt er in het kader van de oorzaak van een overeenkomst meer voor om aan te sluiten bij de doelloorzakelijke structuur van verbintenissen.

In het kader van een verbintenis worden betalingen verricht. Nu zou men bij de onverschuldigde betaling dan ook het begrip zonder rechtsgrond subjectief kunnen interpreteren. De betalingen zijn zonder rechtsgrond als het doelloorzakelijke verband niet (meer) bestaat. Meestal zal een betaling geschieden om een schuld te delgen. Als ik een fiets koop voor f 500, zal ik met mijn betaling — die in doelloorzakelijk verband staat met het verkrijgen van de fiets — mijn verbintenis tot betaling willen doen tenietgaan. Als echter, bijvoorbeeld wegens dwaling, de overeenkomst wordt vernietigd zal het doelloorzakelijke verband worden weggenomen. De betaling van de f 500 is dan zonder rechtsgrond omdat het doel, schulddelging of ook wel het tenietgaan van een verbintenis, door de betaling niet wordt bereikt.

Bovendien kan in driepartijenverhoudingen de door de wetgever gekozen objectieve benadering in het kader van de onverschuldigde betaling partijen die niets met elkaar van doen hebben, met elkaar in contact brengen. Partijen kunnen er belang bij hebben niet met anderen in aanraking te komen, waarmee zij geen rechtsverhouding hebben, bijvoorbeeld vanwege het gevaar van insolventie. In driepartijenverhoudingen werkt een dergelijke objectieve benadering van het begrip ‘zonder rechtsgrond’ dan ook niet goed uit.<sup>30</sup>

29. TM, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, blz. 805.

30. Zo ook: R. Zwitser, Onverschuldigde betaling aan een derde, in: Tot persistit!

Het zou in het kader van deze bijdrage echter te ver voeren om het probleem van de betaling zonder rechtsgrond geheel uit te diepen.

Vervolgens zal ik ingaan op het begrip 'ongerechtvaardigd' in het kader van de ongerechtvaardigde verrijking. Ook het begrip 'ongerechtvaardigd' duidt op het causa-beginsel. Verrijkingen die geen oorzaak hebben, die derhalve een ongegronde vermogensverschuiving bewerkstelligen, moeten worden teruggedraaid. In het kader van de ongerechtvaardigde verrijking is er dan ook geen subjectieve benadering mogelijk, aangezien hier niet naar het rechtshandeling-begrip gekeken hoeft te worden; een vermogensverschuiving hoeft geen rechtshandeling te zijn. Voor de subjectieve benadering is een rechtshandeling nodig; er moet een doel van partijen — een op rechtsgevolg gerichte wil — zijn te bespeuren. Een rechtshandeling is voor de actie uit ongerechtvaardigde verrijking echter niet nodig. Voldoende is dat een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, ongeacht of deze verschuiving haar grondslag vindt in een rechtshandeling.

Er moet beoordeeld worden of er een verrijking aan de ene kant en een verarming aan de andere kant heeft plaatsgevonden. Tevens moet er causaal verband bestaan tussen de verrijking en de verarming en moet de vermogensverschuiving 'ongerechtvaardigd' zijn. De term 'ongerechtvaardigd' duidt op een objectieve benadering. Van buiten af moet, zonder de bedoelingen van partijen in ogenschouw te nemen, beoordeeld worden of deze vermogensverschuiving in stand kan blijven. Deze benadering zal ook in driepartijenverhoudingen, waarin geen betaling heeft plaatsgevonden, geen problemen opleveren.<sup>31</sup> Als er immers geen betalingen hebben plaatsgevonden tussen de verrijkte en de verarmde, worden dezen niet ten onrechte geconfronteerd met anderen met wie zij niet in enigerlei rechtsverhouding staan. Alleen als een betaling heeft plaatsgevonden is deze confrontatie met derden wel in strijd met de gerechtvaardigde belangen van partijen, omdat zij een bepaalde rechtsverhouding hebben met degene

Opstellen aangeboden aan H.J. Snijders, Arnhem 1992, blz. 179.

31. De ongerechtvaardigde verrijking zal meestal dienen om andere vermogensverschuivingen terug te draaien dan betalingen zonder rechtsgrond. Als er wel betalingen hebben plaatsgevonden zouden deze naar mijn mening aan de hand van de onverschuldigde betaling moeten worden ongedaangemaakt. In een dergelijk geval is er geen plaats voor de actie uit ongerechtvaardigde verrijking om de betaling terug te draaien.

aan wie zij betalen en zij belang hebben bij ongedaanmaking in die betalingsverhouding.

Derhalve moet bij de ongerechtvaardigde verrijking het begrip 'ongerechtvaardigd' of ook wel 'zonder rechtsgrond' objectief worden benaderd.

## 6. CONCLUSIE

Het wordt tijd om deze beschouwing af te ronden. De causa-eis, zoals die onder het oude recht gold voor de overeenkomst, wordt in het huidige recht niet meer expliciet in de wet gesteld. Toch moet een overeenkomst in het huidige recht nog steeds een oorzaak hebben. Dit blijkt onder andere uit de regeling ten aanzien van de wilsgebreken. Een wilsgebrek kan aanleiding zijn om een overeenkomst te vernietigen. De oorzaak, dat wil zeggen de rechtvaardiging, van een overeenkomst wordt gevonden in het causa-beginsel.

De ongeoorloofde oorzaak is in het huidige recht, in gewijzigde vorm, terug te vinden in artikel 3:40 BW. Ook hier speelt de oorzaak van een overeenkomst en derhalve het causa-beginsel een rol.

Daarnaast blijkt dat het causa-beginsel in het huidige wetboek, hetgeen overigens ook onder het oude recht het geval was, tevens op andere gebieden een rol speelt. Deze andere leerstukken zijn onder andere de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.

Concluderend meen ik dat het causa-beginsel in het huidige Burgerlijk Wetboek, ten aanzien van de oorzaak van een overeenkomst maar ook op andere gebieden, een belangrijke rol speelt.

# Ieder draagt min of meer zijn eigen schade

LAGERE EN HOGERE DREMPELS VOOR SCHADEVERGOEDING IN HET HERFSTTIJ VAN DE VERZORGINGSSTAAT

*C. C. van Dam\**

## 1. INLEIDING

Ruim een decennium geleden is er diep nagedacht over de waarde van het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt.<sup>1</sup> Dat was in de zomer van de verzorgingsstaat waarin slechts een enkeling het wolkje als eens mans hand zag dat andere tijden aankondigde. Inmiddels is het herfsttij van de verzorgingsstaat aangebroken en is er reden voor een nieuwe overdenking van de betekenis van bovengenoemd beginsel. In 1980 formuleerde Verburgh in zijn inleiding tot de discussie het probleem aldus:

‘...zijn er langzamerhand op de nog steeds in de handboeken (...) als uitgangspunt van ons schade- en aansprakelijkheidsrecht geponeerde regel “in beginsel moet ieder de door hemzelf geleden schade dragen” niet zoveel uitzonderingen dat de regel zelf tot uitzondering is geworden.’<sup>2</sup>

Het kwantitatieve aspect buiten beschouwing latend, zal ik voor een herfsttij-antwoord op deze vraag twee ontwikkelingslijnen in beeld brengen. Indachtig de woorden van Bloembergen dat aansprakelijkheidssystemen goedgeels verzekeringssystemen zijn,<sup>3</sup> zal ik mij vooral richten op het verkrijgen van schadevergoeding door middel

\* Prof. mr. C. C. van Dam is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

1. M.J.P. Verburgh e.a.: Schade lijden en schade dragen. Is het zelf dragen van geleden schade in een sociale rechtsstaat regel of uitzondering?, Boekenreeks NJB nr. 6, Zwolle 1980. Dit is de bundeling van afzonderlijk in het Nederlands Juristenblad gepubliceerde artikelen.
2. M.J.P. Verburgh, Inleiding, a.w. noot 1, p. VIII, met een verwijzing naar Asser-Rutten III, Zwolle 1979, p. 42; zie thans Asser-Hartkamp III, Zwolle 1990, nr. 17.
3. A.R. Bloembergen, De invloed van verzekeringen, a.w. noot 1, p. 19.

van verzekeringen. Allereerst sta ik stil bij enige recente ontwikkelingen op het gebied van de 'first party'-verzekeringen (schadeverzekeringen), met name bij de gevolgen van de (voorgenomen) ingrepen in de sociale zekerheid. Vervolgens besteed ik aandacht aan de recente ontwikkelingen op het gebied van de 'third party'-verzekeringen (aansprakelijkheidsverzekeringen). Aan het slot zal ik beide ontwikkelingslijnen combineren en enige conclusies trekken.

Door dit alles heen loopt als rode draad het noodzakelijke evenwicht tussen de drie doelstellingen van het schadevergoedingsrecht: vergoeding, preventie en spreiding. In 1980 hield het schadevergoedingsrecht voor de meeste schrijvers op bij zo veel mogelijk vergoeding en zo veel mogelijk spreiding. Inmiddels is duidelijk geworden dat het verhaal hiermee niet af is. Het is minstens zo belangrijk om de kosten van bepaalde maatschappelijke activiteiten door middel van gerichte spreiding van de schade in rekening te brengen bij de desbetreffende maatschappelijke groep. Zo kan invloed worden uitgeoefend op het niveau van die activiteiten en dat kan in veel gevallen weer een preventief effect op de schade hebben.<sup>4</sup>

## 2. 'FIRST PARTY'-VERZEKERINGEN

### 2.1 *Oneigenlijke afwenteling*

Afwenteling kan allereerst plaatsvinden op een collectief waar men zelf toe behoort. Te denken valt aan een collectief van premiebetalers (particulier of sociaal verzekerden) of van belastingbetalers (sociale voorzieningen). Deze vorm van afwenteling is oneigenlijk, omdat de benadeelde in de meeste gevallen uiteindelijk zijn schade (althans grotendeels) zelf draagt. Een verzekering of voorziening doet immers in beginsel niet meer dan de schadelast in de tijd en over een bepaald collectief spreiden. Op de lange duur komt de verzekerde zijn eigen schade toch weer tegen. Daarom kan worden gesteld dat voor zover schade langs deze weg wordt vergoed, het beginsel geldt dat ieder zijn schade zelf draagt.

### 2.2 *Drempels voor het verkrijgen van schadevergoeding*

Teneinde een al te voortvarend beroep op verzekeringsuitkeringen door hun eigen verzekerden te vermijden werpen verzekeraars

4. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting mijn diss. *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer 1989, nrs. 149-184.

allerlei drempels op, zoals bonus-malus-systemen, eigen risico's, eigen bijdragen of strikte controle op het recht op uitkering. Dit heeft niet alleen een preventieve functie (ten aanzien van het beroep op een verzekeringsuitkering en daardoor indirect op de schade zelf) maar dient er ook toe om de schade gericht te spreiden binnen het collectief van verzekerden. Op die manier betaalt een verzekerde een premie die globaal overeenkomt met het bij hem horende risico: de premie is afgestemd op het lange termijn-risico van een bepaalde subgroep.<sup>5</sup> Het gaat dus ook bij de 'first party'-verzekeringen niet alleen om vergoeding en spreiding van schade maar tevens om preventie en toerekening van kosten.

De vereisten voor de oneigenlijke afwenteling zijn doorgaans niet streng. Veelal is het aantonen van schade voldoende voor het verkrijgen van een vergoeding. De benadeelde ondervindt weinig last van causaliteitsproblemen, omdat de oorzaak van de schade veelal niet relevant is. Uitzonderingen hierop vormen onder andere ongeval- en verzuimverzekeringen alsmede arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die alleen een 'risque professionnel' dekken. Ook eigen schuldproblemen doen zich bij 'first party'-verzekeringen ter zake van letsel in het algemeen weinig voor, hooguit indien de schade te wijten is aan grove schuld of opzet van de verzekerde.<sup>6</sup>

### *2.3 Verhoging van de drempels*

Inmiddels is gebleken dat de financiële voorzieningen voor de gebeukten en gebukten van de samenleving te weinig prikkels bevatten om de schapen van de bokken te scheiden. Tegen die achtergrond wordt thans gepoogd — zij het met een nogal botte bijl — het stelsel beter aan zijn doel te laten beantwoorden en beheersbaar te houden.

Dat blijkt vooral bij de voorgestelde wijziging van de Wet op de Arbeidsongeschiktheid (WAO), die onder meer voorziet in een beperking van de aan het laatstverdiende loon gerelateerde uitkering tot maximaal 2,5 jaar.<sup>7</sup> Voor het recht op vergoeding hebben deze

5. Zie ook E. Mackaay, Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade. Economische kanttekeningen, a.w. noot 1, pp. 154-155.
6. Zo is art. 276 WvK niet van toepassing op bijv. ongevallen- en levensverzekering en sluit art. 7.17.2.9 alleen dekking uit bij opzet of eigen grove schuld. De ontwikkelingen in het verzekeringsrecht vertonen op dit punt overeenkomst met die in het aansprakelijkheidsrecht; zie de rechtspraak vermeld onder 3.3.2 sub a.
7. Kamerstukken 22 824, nrs. 1-3; zie voor het compromis inzake de bestaande

wijzigingen weinig gevolgen bij schade die voortvloeit uit een kortdurende arbeidsongeschiktheid (een jaar of minder). Dat geldt echter niet voor de schade als gevolg van langdurige arbeidsongeschiktheid. Hiervoor bood de WAO voorheen al geen volledige dekking, met name niet van de top van het inkomen en van gemiste toekomstkansen. De beoogde wijzigingen zullen deze dekking echter verder beperken.

In diverse cao's is inmiddels overeengekomen dat het arbeidsongeschiktheidsrisico tegen de oude WAO-voorwaarden op bedrijfstaks- of ondernemingsniveau al dan niet verplicht zal worden bijverzekerd. Naast deze collectieve reparatie op kleinere schaal zal incidenteel reparatie van het WAO-gat plaatsvinden op individuele basis. Wat in de sfeer van de *sociale* zekerheid verdwijnt, is dus voor een deel in de sfeer van de *particuliere* zekerheid al weer aan het opbloeien.<sup>8</sup>

Een tegengestelde ontwikkeling doet zich voor bij de kosten van medische verzorging. Hoewel er thans nog een scheiding tussen verplicht en vrijwillig verzekerden bestaat, lijkt het nog steeds de bedoeling te zijn om die scheidsmuur te slechten, door de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) uit te bouwen tot een basisverzekering tegen ziektekosten (plan-Simons). Thans is reeds iedereen op grond van deze wet voor onder andere geneesmiddelen verzekerd. Deze operatie zal een verschuiving van particuliere naar sociale verzekering met zich brengen, zij het dat de uitvoering en bijverzekering van het verzekerde pakket mede door particuliere verzekeraars geschiedt.

### 3. 'THIRD PARTY'-VERZEKERINGEN

#### 3.1 *Eigenlijke afwenteling*

Afwenteling kan ook plaatsvinden op een ander individu of op een

gevallen nr. 12 (Tweede Nota van Wijziging), bekend geworden als het bamiakkoord van Bergschenhoek. Overigens moest de Eerste Kamer zich ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog over de voorstellen uitspreken.

8. Voor de volledigheid wijs ik er op dat de WAO als werknemersverzekering geen arbeidsongeschiktheidsschade van zelfstandigen, huisvrouwen en -mannen, scholieren en studenten; zij kunnen slechts een beroep doen op de minder voordelige Algemene Arbeidsongeschiktheidswet. Ambtenaren hebben (nog) recht op een invaliditeitspensioen, dat in een aantal opzichten beter is dan de WAO-regeling.

collectief waar men niet toe behoort; daarbij valt vooral aan het aansprakelijkheidsrecht te denken.<sup>9</sup> Dit kan men de eigenlijke afwenteling noemen: de last wordt uiteindelijk gedragen door een ander individu of — indien deze tegen aansprakelijkheid verzekerd is of zijn eigen schade spreidt — door een collectief waartoe de benadeelde niet behoort.<sup>10</sup>

Eigenlijke afwenteling speelt zich op twee niveaus af. In de eerste plaats kan een *individu* een ander (collectief) aansprakelijk houden voor zijn schade. En ten tweede kan een *collectief* (sociale of particuliere verzekeraar) verhaal of regres nemen ter zake van een aan zijn verzekerde gedane uitkering. Het BW heeft deze twee vormen van eigenlijke afwenteling door middel van de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197) uit elkaar getrokken. Ik kom daar op terug onder 4.1.

### 3.2 Drempels voor het verkrijgen van schadevergoeding

De vereisten voor afwenteling op grond van het aansprakelijkheidsrecht zijn in het algemeen vrij streng: in de eerste plaats dient een ander voor de schade te kunnen worden aangesproken, die ander moet bekend zijn, de feiten moeten kunnen worden aangetoond en het causaal verband tussen de schade en een bepaalde gebeurtenis moet kunnen worden aangetoond. Voorts is doorgaans bewijs nodig van vereisten als onzorgvuldigheid of gebrek, en kan de eigen schuld bij de benadeelde tot een beperkte schadevergoeding leiden. Daarnaast zijn ook de onderhandelingsproblemen met de wederpartij en indien er een vonnis is de tenuitvoerlegging daarvan problemen die zich in het algemeen vaker voordoen bij 'third party'- dan bij 'first party'-verzekeringen. Dit illustreert tevens het belang van een goede rechtsbijstand.<sup>11</sup>

9. Eigenlijke afwenteling komt ook voor bij verzekeringen waarvoor de begunstigde de premie niet zelf betaalt, zoals bij de Schadeverzekering Inzittenden (SVI); zie het commentaar van de NVVA op de notitie Verkeersaansprakelijkheid van de Minister van Justitie, VR 1990, pp. 287-288.
10. Bij een botsing tussen twee motorrijtuigen spreekt dit wat minder, al blijft door de premiedifferentiatie (bonus-malus-systeem) een deel van het afwentelingseffect wel zichtbaar.
11. Ook hier is een ontwikkeling gaande van collectief/ sociaal (inkrimping van Wet op de Rechtsbijstand) naar individueel/ particulier (de groei van het aantal rechtsbijstandverzekeringen). Zie ook E. Blankenburg, Hoe rechtsbijstandverzekeringen de rechter werk kunnen besparen, VR 1991, pp. 57-60.

### 3.3 Verlaging van de drempels

De verscherping van het aansprakelijkheidsrecht is al lange tijd gaande maar lijkt vooral de laatste jaren in een stroomversnelling te zijn gekomen. Die ontwikkeling vond enerzijds plaats door de nieuwe bepalingen in het BW van 1992 en anderzijds door (anticiperende) interpretatie door de Hoge Raad van op het oog soms onschuldige bepalingen.

#### 3.3.1 Wetgeving

- a. Een geestelijke of lichamelijke tekortkoming is geen beletsel voor aansprakelijkheid (art. 6:165).
- b. Ouders zijn risico-aansprakelijk voor fictieve fouten van kinderen tot 14 jaar (art. 6:164 jo. 6:169 lid 1).
- c. De bezitter/bedrijfsmatige gebruiker van een gebrekkige roerende zaak is aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade (art. 6:173).
- d. De bedrijfsmatige gebruiker van een gevaarlijke stof, stortplaats of boorput wordt aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade (artt. 6:175-178).
- e. De producent is aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een gebrekkig produkt (artt. 6:185 e.v.).
- f. Vergoed worden ook buitenprocessuele kosten en kosten van preventieve maatregelen (art. 6:96).
- g. Over de schadevergoeding is zonder ingebrekestelling rente verschuldigd vanaf de dag van het ongeval (art. 6:83 sub b).

#### 3.3.2 Rechtspraak

a. *Beperking eigen schuld (uitwerking billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1):*

(i) Voor schade aan een voetganger of fietser van 14 jaar of ouder is de automobilist tenminste voor de helft aansprakelijk, tenzij sprake is van overmacht bij de automobilist of van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid bij de voetganger of fietser.<sup>12</sup>

(ii) Bij overtreding van een veiligheidsnorm kan de veroorzaker slechts eigen schuld tegenwerpen aan een kind jonger dan 14 jaar bij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.<sup>13</sup>

12. HR 28 februari 1992, RvdW 1992, 72 — IZA/Vrerink.

13. HR 8 december 1989, NJ 1990, 778 (CJHB) — Lars Ruröde en HR 1 juni

(iii) Een automobilist kan zich bij schade veroorzaakt aan kinderen tot 14 jaar slechts op *overmacht* beroepen bij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.<sup>14</sup>

(iv) Een werkgever kan bij schending van zijn zorgplicht (art. 1638x BW) alleen eigen schuld aan de werknemer tegenwerpen bij opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>15</sup>

(v) Naast onrechtmatigheid en eigen schuld is er geen behoefte aan een afzonderlijke rechtsfiguur risico-aanvaarding.<sup>16</sup>

*b. Verlichting van de bewijslast van de benadeelde.*

(i) Bij schending van een verkeers- of veiligheidsnorm is het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval gegeven, behoudens tegenbewijs van de wederpartij.<sup>17</sup>

(ii) Voldoende is dat feiten worden gesteld en bewezen waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid; de rechter kan dan zonder nader bewijs aannemelijk achten dat schade is geleden en de omvang ervan schatten.<sup>18</sup>

(iii) Een arts moet voldoende feitelijke gegevens verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt, om deze aanknopingspunten voor eventuele bewijsoverlevering te verschaffen.<sup>19</sup>

(iv) De regel van de alternatieve causaliteit (art. 6:99) is ook van toepassing indien er sprake is van een groot aantal benadeelden.<sup>20</sup>

*c. Verruiming van de omvang van de schadevergoeding.*

Verhoging van het maximumbedrag voor de vergoeding van immateriële schade (smartegeld) van f 100.000 naar f 300.000.<sup>21,22</sup>

1990, NJ 1991, 720 (CJHB) — Ingrid Kolkman.

14. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (CJHB) — Marbeth van Uitregt.

15. HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 (PAS) — Morsink/Nebem.

16. HR 28 september 1990, NJ 1992, 619 (CJHB) — Staat/Delta Lloyd; HR 12 oktober 1990, NJ 1992, 620 (CJHB) — Geerts/Ten Dam en HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (CJHB) — Dekker/Van der Heide.

17. HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 — Rebecca Visser.

18. HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746 — Van der Plas/Amsterdam.

19. HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (WLH) — Timmer/Deutman.

20. HR 9 oktober 1992, RvdW 1992, 219 — B e.a./Bayer e.a.

21. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 — AMC/O. Ten aanzien van de overheid kan hier worden gewezen op de aansprakelijkheid voor kosten van juridische bijstand in een administratieve procedure: HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 (JBMV) — Velsen/De Waard; zie ook CRvB 17 december 1991, TvA 1992, nr. 38 — Minister van Defensie/E.

22. Buiten het terrein van de milieu- en ongevallenschade komt veel belang toe aan

### 3.4 Draagt ieder de door een ander veroorzaakte schade zelf?

De centrale vraag in deze overdenking moet voor wat betreft het aansprakelijkheidsrecht worden beperkt tot situaties waarin iemand aan een ander schade toebrengt; op eenzijdige ongevallen is het aansprakelijkheidsrecht immers niet van toepassing. De vraag kan op scherp worden gesteld door haar niet van de passieve maar van de actieve kant te bezien: niemand is gehouden de aan een ander toegebrachte schade te vergoeden, tenzij daar een rechtsgrond voor bestaat. Het aansprakelijkheidsrecht anno 1993 lijkt voor wat betreft de vergoeding van letselschade met dit beginsel op gespannen voet te zijn gekomen. De uit de jaren zestig daterende toelichting bij titel 6.3 was op dit punt voorzichtig:

‘Dat ieder die schade bij een ander veroorzaakt, tot vergoeding daarvan gehouden zou moeten zijn, is niet vol te houden, ook niet als men hierbij onder veroorzaakt “adequaat veroorzaakt” verstaat.’<sup>23</sup>

Door de ontwikkelingen van de laatste decennia in wetgeving en jurisprudentie is het accent duidelijk verschoven ten gunste van de benadeelde. Nieskens-Isphording is echter wel erg optimistisch wanneer zij in haar dissertatie opmerkt:

‘Op grond van bestudering van het recht van de onrechtmatige daad lijkt de opvatting verdedigbaar dat er *twee* beginselen zijn, die elkaar aanvullen. Het eerste luidt dat ieder zijn eigen schade draagt. Het tweede dat de schade *die door een ander dan de rechthebbende is teweeggebracht*, in beginsel door die ander gedragen wordt, namelijk tenzij er aan de zijde van die ander een goede grond aanwezig is om de door hem veroorzaakte schade *niet* voor rekening van de veroorzaker te brengen.’<sup>24</sup>

Met enige welwillendheid ten aanzien van de interpretatie van de elementen ‘teweeggebracht’ en ‘een goede grond’, lijkt mij deze

de verscherpte overheidsaansprakelijkheid inzake vernietigde regelgeving en beschikkingen (laatstelijk HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (CJHB) — Van Gog/Nederweert), opsporingsactiviteiten waarvoor achteraf gezien geen rechtvaardiging bestond (HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 — Joemman/Staat) en schending van het beginsel ‘égalité devant les charges publiques’ (HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (CJHB) — Leffers/Staat).

23. Parl. Gesch. Boek 6, Deventer 1981, p. 605.

24. B. W. M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg, Deventer 1991, pp. 54-55. Op p. 61 schrijft zij: ‘Niet “schuld” of enig ander element blijkt uiteindelijk de aansprakelijkheid te dragen, maar “schade” tout court.’

stelling verdedigbaar voor *situaties waarin bekend is wie op welke wijze letselschade heeft veroorzaakt*. Dat is echter slechts een deel van het probleem want de werkelijkheid van vlees en bloed is anders: in veel gevallen waarin iemand door toedoen van een ander schade lijdt is de dader niet bekend en/of kan de benadeelde de wijze waarop de schade is veroorzaakt niet aantonen. Ondanks de tegemoetkomingen van de rechtspraak op het gebied van de bewijsnood van de benadeelde<sup>25</sup> zijn dit problemen waar het aansprakelijkheidsrecht geen oplossing voor biedt of kan bieden.

#### 4. VERHAAL EN REGRES

##### 4.1 Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten

In verband met de eigenlijke afwentelingsmogelijkheden noopt de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (TRV) van art. 6:197 BW tot enige nuancering. Eigenlijke afwenteling kan immers niet alleen plaatsvinden door een individu maar ook door een collectief, dat verhaal of regres neemt op de aansprakelijke persoon. Wat doet nu het systeem van art. 6:197? Het komt er op neer dat sociale en particuliere verzekeraars niet kunnen profiteren van de verscherping van de aansprakelijkheid die in het Nieuw BW haar beslag heeft gekregen. Hun regres- of verhaalsrecht wordt bevroren op het niveau van eind 1991. Verzekeraars zullen daarom veelal slechts op de veroorzaker verhaal kunnen nemen indien deze een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan.<sup>26</sup>

Inmiddels past de Hoge Raad de gedachte van art. 6:197 ook toe op door hemzelf gecreëerde verscherpingen van de aansprakelijkheid. Zo ontzegde hij in het IZA/Vrerink-arrest de regresnemende ziektekostenverzekeraar een beroep op de 50%-regeling in het kader

25. Zie de jurisprudentie onder 3.3.2 sub b.

26. Zie hierover uitvoerig T. Hartlief en G.E. van Maanen, *Bedrijfsvereniging, verhaal en Nieuw BW*, TvS 1991, pp. 292-302. De Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten is een politiek compromis tussen de voorstanders van afschaffing van de verhaalsrechten enerzijds (zie A.R. Bloembergen, *Het regresrecht van de sociale verzekeraar*, BW-krant jaarboek 1987, pp. 13-36 en Rapport Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, Deel I, Vergoeding van schade door dood en letsel, Den Haag, 1978, pp. 26-29) en de tegenstanders (met name de particuliere en sociale verzekeraars). Zie Parl. Gesch. Boek 6, Deventer 1990, pp. 1403 e.v.

van de billijkheidscorrectie bij eigen schuld (art. 6:101) met de overweging dat dit strookt

‘...met de gedachte die aan art. 6:197 ten grondslag ligt en die erop neerkomt dat uitbreidingen van aansprakelijkheidsgronden met het oog op de belangen van de slachtoffers niet zonder meer ook voor de regresrechten van hun verzekeraars behoren te gelden.’<sup>27</sup>

Uit deze beslissing kan worden afgeleid, dat niet uitgesloten is dat de Hoge Raad ook bij art. 6:162 een onderscheid zal gaan maken tussen een regresvordering van een particuliere of sociale verzekeraar enerzijds en een individuele claim anderzijds. Ten behoeve van de eerste categorie zal dan minder snel toerekening aan de veroorzaker kunnen plaatsvinden (door schuld te eisen) dan ten behoeve van de tweede categorie (door toe te rekenen op grond van de verkeersopvattingen). Evenmin is uitgesloten dat de verhaalnemende verzekeraar in de toekomst geen of minder gebruik zal kunnen maken van het scherpe, door de Hoge Raad met name voor de verkeersslachtoffers ontwikkelde art. 31 WVV. Na een tijdelijke tweesporen-jurisprudentie (één voor verzekeraars en één voor gewone mensen) kan de Hoge Raad dan vanachter het schild van art. 6:197 de individuele regresrechten van sociale en particuliere verzekeraars zachtjes de nek omdraaien. Indien daar geen ander toedelingsmechanisme voor in de plaats komt zou dat een betreuenswaardige ontwikkeling zijn.

#### *4.2 Het verhaalsrecht bij reeds gespreide milieuschade*

Alle collectieven zijn ‘equal’ maar sommige collectieven zijn ‘more equal than others’. Als het collectief overheid heet, staan regres en verhaal niet zelden in een ander perspectief. Dan speelt opeens een beginsel als ‘de vervuiler betaalt’ wel een rol, ook al gebeurt dat mede op grond van budgettaire overwegingen. Een fraai voorbeeld hiervan is het verhaalsrecht van de overheid op grond van (nu nog) art. 21 Interimwet Bodemsanering (IBS) en binnenkort art. 47 Wet Bodembescherming (WBB). In de Memorie van Toelichting bij de uitbreiding van de WBB wordt dit als volgt gemotiveerd:

‘Daarmee wordt primair beoogd het principe “de vervuiler betaalt” op individuele wijze tot uitdrukking te brengen. Een tweede oogmerk is het genereren van baten tegenover de aanzienlijke uitgaven voor bodemsanering. Ten derde is gepoogd een

27. HR 28 februari 1992, RvdW 1992, 72 (r.o. 3.8) — IZA/Vrerink.

financiële prikkel te geven aan het stimuleren van vrijwillige sanering in eigen beheer en het investeren in preventieve voorzieningen ter voorkoming van saneringsituaties in de toekomst.<sup>28</sup>

In casu zijn de saneringskosten van de overheid reeds over het (grootst denkbare) collectief gespreid maar toch is dat hier niet het einde van het verhaal. De overheid krijgt mede om redenen van preventie een verhaalsrecht en sterker nog: de weg naar verhaal wordt door de overheid zelf gesaneerd ten behoeve van dit multifunctionele gebruik.<sup>29</sup>

#### *4.3 Het ontbreken van een verhaalsrecht in de AWBZ*

Aangezien de AWBZ geen verhaalsrecht kent, zou bij een verdere uitbouw tot basisverzekering het verhaalsrecht voor verzekerde ziektekosten — zoals dat nu nog kan worden uitgeoefend door ziekenfondsen en particuliere verzekeraars — verdwijnen. Het lijkt uit een oogpunt van primaire kostenbeheersing gewenst dat de wetgever alsnog een regeling voor collectief of individueel verhaal in de wet opneemt.<sup>30</sup> Dat spreekt wellicht wat minder voor uitkeringen ter zake van schade die geen eenduidige oorzaak heeft (huisarts, geneesmiddelen) maar het wordt zeker gerechtvaardigd voor schade die in een belangrijk aantal gevallen wel aan bepaalde activiteiten van anderen kan worden toegeschreven, zoals de kosten van specialistische hulp, ziekenhuisopnamen, revalidatie en langdurige intramurale zorg.

### 5. CONCLUSIE

Hoewel de opkomst van het aansprakelijkheidsrecht en de opbouw van de verzorgingsstaat zich aanvankelijk parallel ontwikkelden — beide leidden in de jaren zestig en zeventig tot steeds ruimere mogelijkheden voor schadeafwenteling<sup>31</sup> — is het aansprakelijk-

28. Kamerstukken 21 556, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 28.

29. Zie de voorgestelde schrapping van het relativiteitsvereiste (art.47 lid 5) en de 'verlenging' van de verjaringstermijn voor milieuschade van twintig naar dertig jaar (wet van 24 december 1992, Stb. 691). Zie hierover ook mijn bijdrage in NJB 1992, pp.932-934.

30. Zie hierover ook J.O. Möller, Erosie van het verhaalsrecht bij ziektekostenverzekeringen, NJB 1992, pp. 1109-1111.

31. Zie a.w. noot 1 Bloembergen, pp. 1-21; L.J.M. de Leede, Sociale verzekering en aansprakelijkheid, pp. 41-58 en A.J. Hoekema, Rechts-sociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht, pp. 175-228.

heidsrecht na een voorzichtig begin in de jaren zestig in de jaren negentig nog volop in ontwikkeling, terwijl de sanering van de verzorgingsstaat reeds in de jaren tachtig is ingezet en de drempels voor een beroep op die voorzieningen thans (verder) worden verhoogd.

Bij de 'first party'-verzekeringen is er sprake van een verschuiving van sociale naar particuliere verzekering. Door een verlaging van het verzekerde volume (zowel het aantal verzekerden als de verzekerde sommen nemen af) zal het belang van het aansprakelijkheidsrecht als bron voor schadevergoeding verder kunnen toenemen. Dat geldt vooral voor gevallen van langdurige arbeidsongeschiktheid. Voor lichtere gevallen blijft het aansprakelijkheidsrecht voornamelijk van belang voor het verkrijgen van smartegeld. Dit alles uiteraard onder de voorwaarde dat er geen sprake is van een eenzijdig ongeval. Ten aanzien van het te toetsen beginsel kan worden opgemerkt dat bij een 'first party'-verzekering niet van echte afwenteling sprake is en de benadeelde zijn eigen schade in wezen uiteindelijk steeds zelf draagt.

Echte afwenteling geschiedt op een enkele uitzondering na slechts in het kader van het aansprakelijkheidsrecht. Hier vindt een aantal tegengestelde ontwikkelingen plaats. Enerzijds creëert de verscheping van de aansprakelijkheid in wetgeving en rechtspraak grotere afwentelingsmogelijkheden. Anderzijds leidt de (tijdelijke) beperking van de regres- en verhaalsrechten in art. 6:197 BW tot een voorlopig gelijkblijvende maar in de toekomst wellicht onder invloed van de rechtspraak verder afnemende afwenteling van schade. Dit effect zal nog worden versterkt indien de AWBZ zonder verhaalsrecht tot een basisverzekering tegen ziektekosten wordt uitgebouwd.

Deze beperking van de verhaalsrechten vormt een contrast met de gronden die zijn aangevoerd voor een verhaalsrecht van de Staat inzake de kosten van bodemsanering. De daar aangevoerde argumenten kunnen in beginsel ook naar andere terreinen worden getransponeerd, bijvoorbeeld naar het verkeersschaderecht:

'De prijs die automobilisten betalen voor hun mobiliteit ligt beneden de maatschappelijke kosten doordat diverse externe effecten niet, of niet volledig worden doorberekend. Alleen al de kans dat men een ander in een al dan niet dodelijk verkeersongeval betreft zou, als men dat in geld tracht uit te drukken kunnen oplopen tot meer dan een dubbeltje per kilometer.'<sup>32</sup>

32. P. Rietveld, *Infrastructuur, mobiliteit en economie*, Rede VU-Amsterdam 1990, p. 7.

Het verdient daarom de voorkeur om het verhaalsrecht in enigerlei vorm te handhaven ten behoeve van een meer gerichte spreiding van de schade. Eerder dan bij milieuschade kunnen echter, vooral op terreinen waar zich jaarlijks veel schadegevallen voordoen (zoals in bedrijven en in het verkeer), de tertiaire kosten van een individueel verhaalsrecht prohibitief hoog zijn. In die gevallen verdient een collectief verhaal wellicht de voorkeur, bijvoorbeeld door periodieke afrekening tussen verzekeraars op basis van een aantal nader vast te stellen criteria.<sup>33</sup>

In de Parlementaire Geschiedenis werd voor art. 6:197 onder andere als argument aangevoerd dat de belangen van de verzekeraars van andere aard zijn dan die van het slachtoffer.<sup>34</sup> Dat moge vanuit een oogpunt van schadevergoeding juist zijn, vanuit een oogpunt van kostenbeheersing is dat minder relevant. Het gaat niet om de aard van de (belangen van) de eiser (verzekeraar of particulier) maar om de aard van de activiteit van de gedaagde en de door hem veroorzaakte schade.<sup>35</sup>

In het verlengde hiervan ligt het probleem van de omvang van het verhaal, volgens cijfers uit 1983 bedraagt die rond de 100 miljoen gulden.<sup>36</sup> Dat is inderdaad weinig in verhouding tot de tientallen miljarden guldens van de *'first party'*-verzekeringen. Maar daar gaat het dan ook niet om. Wel van belang is dat die 100 miljoen gulden (of een verhoging ervan) van substantiële betekenis is op het totaal van de *'third party'*-verzekeringen. Bevriezing of zelfs afschaffing van de verhaalsrechten wordt immers steeds als argument gebruikt om te hoge premies voor de *'third party'*-verzekeringen te vermijden. Dat bleek bij de risico-aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2, het blijkt keer op keer bij pogingen om een nieuw systeem voor de vergoeding van verkeersschade te ontwikkelen.<sup>37</sup> Dat betekent dat

33. Zie ook Hartlief en Van Maanen, a.w., p. 302, alsmede Bloembergen, zoals aangehaald in Parl. Gesch. Boek 6, p. 1411.

34. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1404.

35. Zie ook mijn annotaties bij het Lars Ruröde- en het Ingrid Kolkman-arrest in KwNBW 1990, pp. 94 en 129-130.

36. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1409 noot 1.

37. Zie recentelijk de Notitie Verkeersaansprakelijkheid van de Minister van Justitie, Kamerstukken 21 528, nr. 1, pp. 33-35; zie ook reeds Rapport Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, deel I, pp. 26-29. Het is overigens opmerkelijk dat wel wordt overwogen om autokosten te verhogen ter bestrijding van milieuvervuiling en congestieproblemen maar niet ter bestrijding van schade

het verhaalsrecht in relatie tot de aansprakelijkheidsverzekering dus wel degelijk van belang is en dat er prikkels vanuit kunnen gaan op de verzekerde activiteit. Dit mes snijdt aan twee kanten: want het bevordert tevens dat iemand zijn schade die door een ander is veroorzaakt werkelijk kan afwentelen op een ander en niet via zijn eigen verzekering uiteindelijk zelf hoeft te dragen.

door dood en letsel. Vermoedelijk heeft dit te maken met het feit dat we aan dood en letsel in het verkeer al lang gewend zijn en aan uitlaatgassen en files nog niet.

# Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen

*J.M. van Dunné\**

1. INLEIDING. DE VISIE VAN EEN ROTTERDAMMER OP HET VERKEER  
Het gaat goed met slachtoffers, ook in het recht. Althans met de aandacht die zij krijgen, niet altijd met de oplossingen voor hun problemen, zoals schadevergoeding. Het beginsel van 'slachtofferbescherming' begint in het jargon van juristen door te dringen; in het spraakmakende arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 1992 inzake de DES-dochters wordt het zelfs met zoveel woorden gehanteerd, hetgeen grote gevolgen gehad heeft voor het bereikte resultaat.<sup>1</sup> De Hoge Raad wijst marktaandeel-aansprakelijkheid van de DES-producenten af — in afwijking van de conclusie van a-g Hartkamp — en aanvaardt hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 6:99 BW, alternatieve causaliteit; in zijn motivatie wijst de Raad op de 'niet bevredigende' en 'bezwaarlijke' aspecten van marktaandeel-aansprakelijkheid, namelijk het risico van geldelijk onvermogen van producenten dat op de slachtoffers gelegd zou worden, alsook het probleem om veel producenten aan te spreken en hun marktaandeel vast te stellen. Dan volgt de zin: 'Bovendien is er in een situatie als de onderhavige *uit het oogpunt van slachtofferbescherming* geen behoefte aan een marktaandeel-aansprakelijkheid, nu elk der producenten, zoals hiervoor is beslist, in beginsel voor het geheel aansprakelijk is' (mijn curs.). Eerder had het college zich bij de redelijke uitleg van art. 6:99 laten leiden door de ratio van het artikel: het lenigen van de bewijsnood van de benadeelden, op grond van de billijkheid.

\* Prof. mr. J.M. van Dunné is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

1. HR 9 okt. 1992, RvdW 1992, nr 219; NTBR 1992, p. 193, nt Spier; TMA 1993, p. 15, nt Van Dunné; AA 1993, p. 123, nt Hijma.

Voilà, slachtofferbescherming in optima forma, nog wel in handen van de hoogste rechter. Het ging hier om produktenaansprakelijkheid, voor gebrekkige medicijnen, maar is dit een novum in het aansprakelijkheidsrecht? Als men de samenstelling van de kamer beziet die dit arrest gewezen heeft, komt men al op de gedachte dat het hier oude wijn in nieuwe zakken betreft: de president van de kamer, Bloembergen, heeft in de jaren zestig en zeventig naam gemaakt als pleitbezorger van verkeersslachtoffers, met raadsheer Neleman in diens voetspoor. Op dat terrein is het denken over slachtofferbescherming al geruime tijd bij juristen ingeburgerd, zij het dat de vooruitgang niet door snelheid gekenmerkt wordt. Er zijn nog andere rechtsgebieden te noemen waar slachtofferbescherming accepté is, zoals de bescherming van werknemers tegen bedrijfsongevallen, maar alvorens daarop in te gaan, wil ik eerst even stilstaan bij de problematiek van de verkeersslachtoffers. Men zal zich wel realiseren dat deze problematiek niet van vandaag of gisteren is, maar minder bekend zal zijn dat de vragen waarvoor de jurist gesteld wordt, al zo'n eeuw geleden heel helder gesteld zijn, evenals mogelijke oplossingen.

Ik denk hierbij aan de bijdrage van de Rotterdamse advocaat Th.A. Fruin aan het debat van de NJV in 1913, dat gewijd was aan de preadviezen van H.J. van Leeuwen en I.H. Hijmans over aansprakelijkheid voor gevaarscheppend handelen, waarbij Hijmans de term 'gevaarzetting' in roulatie bracht (als vertaling van het in Duitsland rond 1880 ontwikkelde begrip 'Gefährdungshaftung').<sup>2</sup> Eén van de terreinen van gevaarlijk handelen was het verkeer, met name de uitwerking van het 'automobil' in het verkeer, waarbij vooral voetgangers het haasje werden.

De preadviseurs van 1913 hadden risico-aansprakelijkheid aanbevolen voor gevaarscheppend handelen, ook van automobilisten in het verkeer. De omringende landen hadden overigens vrijwel alle wetgeving in die zin, hetgeen bij ons nog tot 1925 zou duren, de voorloper van art. 31 WWV.<sup>3</sup> De voorstellen gingen Fruin niet ver

2. Hand. NJV 1913 I (2e stuk), p. 151 v.; II, p. 1 v. (debat). De vraagstelling was: 'Is het gewenst, hem, die door zijn niet onrechtmatig handelen gevaar voor schade doet ontstaan, aansprakelijk te stellen, indien de schade werkelijk intreedt? Zo ja, welke beginselen behoren daarbij richtsnoer te zijn; moet de regeling zijn algemeen, of is het verkieslijk haar te beperken tot bepaalde onderwerpen?'

3. Denemarken en Zweden hadden in 1906 al een automobielwet, Oostenrijk in

genoeg, ze zouden het rechtsgevoel onbevredigd laten: 'Het vraagstuk zal slechts ten halve worden opgelost, wanneer men het automobielverkeer als zodanig niet aansprakelijk stelt ook voor ongevallen die ontstaan door de schuld van dengene die de schade lijdt, van de man die door de automobiel aangereden wordt' (p. 21). Dat wordt vaak door kleine fouten van de voetganger veroorzaakt. Kleine fouten met grote gevolgen.

Deze opmerking heeft nog weinig aan aktualiteit ingeboet. André Tunc, het illustere voorbeeld voor Bloembergen en de zijnen in ons land, heeft dezelfde kwestie verschillende keren aangesneden. In 1965, in zijn voorwoord bij het proefschrift van Geneviève Viney, 'Le déclin de la responsabilité individuelle', geeft hij het voorbeeld van de man die plotseling van de stoep afstapt en door een auto gegrepen wordt. Het geval dient als illustratie van de onjuistheid van de opvatting dat de schuldleer op een morele waarde gebaseerd is: het is immers immoreel om als automobilist de familie van de man die plotseling van de stoep op de weg stapt zonder schadeloosstelling achter te laten? Tunc vindt het recht verkeren in 'un état de surprenante barbarie'.<sup>4</sup> Enkele jaren geleden kwam hij wederom op dit voorbeeld terug. De voetganger die van het volle trottoir even op de weg stapt — hetgeen in een stad als Parijs een dagelijks beeld is — en vergeet achterom te kijken, verdient niet de dood door schuld, als hij door een auto overreden wordt. De civiele aansprakelijkheid schiet hier tekort; maar het behoort ook niet onder die categorie te vallen: 'c'est un problème de *solidarité*'.<sup>5</sup> De oplossing ligt volgens

1908 en Duitsland in 1909. Zie voor deze problematiek verder mijn Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Supplement 1990, Deventer, p. 84 v.

4. Opgenomen in: Jalons, Dits et Ecrits d'André Tunc, Soc. de Législation Comparée, Parijs 1991, p. 150. Een dergelijk plotseling handelen van een voetganger geldt naar Frans recht als overmachtsgrond ('fait de la victime'), indien dit voor de automobilist ('gardien' ex art. 1384 CC) 'imprévisible et irrésistible' was. Vgl. ons overmachtsbegrip van art. 31 WWV, zoals in de rechtspraak nader verrijnd (rekening houden met fouten van anderen, e.d.). Tunc had in 1975 bepleit om alleen in geval van een 'faute inexcusable de la victime' overmacht aan te nemen, D. 1975, ch. p. 84. Vgl. voor overmacht bij art. 1384 CC: E.H. Hulst, Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid, diss. Rotterdam 1993, Arnhem, p. 425-477.
5. Pour un droit des accidents, in: Jalons, etc., p. 272, rapport colloquium Genève 1991. Tunc wijst erop dat voor de Loi Badinter van 1985, waarbij de risico-aansprakelijkheid van automobilisten wettelijk geregeld werd, per jaar 100.000 procedures gevoerd werden over kwesties als overmacht en schuld van het

Tunc, hamerend op hetzelfde aambeeld sinds de jaren zestig, in het combineren van de civiele aansprakelijkheid, niet alleen met verzekering, maar ook met sociale verzekering, als 'ménage à trois'. Ik veronderstel bekend op welke wijze Tunc, en bij ons Bloembergen c.s., voorgesteld hebben de verkeersaansprakelijkheid te hervormen, tot dusver zonder succes. In het buitenland hebben dergelijke plannen de wetgever wél overtuigd, met name in Noord-Amerika en Nieuw-Zeeland.<sup>6</sup> Het is eigenlijk meer een kwestie van de verzekeringslobby buiten de deur houden, als wetgever.

In het voorbeeld ging het om een kleine fout van de voetganger; hij keek 'per ongeluk' een keer niet om alvorens opzij te stappen, voor een charmante dame, stel ik mij zo voor. Men kan dit benaderen vanuit de optiek dat het maken van kleine fouten, net als vergissen, menselijk is, en niet als 'schuld' gekwalificeerd zou moeten worden, met enorme gevolgen: het uitblijven van schadevergoeding door de dader. Vandaar dat Tunc slechts bij grove schuld ('faute inexcusable') die consequentie wil trekken, te vergelijken met opzet en roekeloosheid in de zin van onze Ongevallenwet. Men kan nog een stap verder doen: iedereen maakt fouten in het verkeer, ook — in ons voorbeeld — de automobilist. Over de fouten van die verkeersdeelnemer bestaan opmerkelijke cijfers: uit een Amerikaans onderzoek uit de jaren zeventig blijkt dat de gemiddelde goede chauffeur (die in geen vier jaar een ongeluk gehad heeft) iedere vijf minuten ongeveer negen rij-fouten maakt in vier verschillende categorieën.<sup>7</sup> Ik zou niet willen volstaan met de constatering dat het een wonder is dat er niet meer ongelukken gebeuren (iedere automobilist weet dat trouwens uit eigen ervaring); de les die hieruit te trekken is, is dat het verkeer een gevarengemeenschap is, met gedeelde risico's en een gedeeld fouten-patroon bij de deelnemers. Dat zou een les in solidariteit kunnen zijn, solidariteit met de tegenligger die het wat tegen ligt, op die dag gewoon iets meer pech heeft dan jijzelf. De geluksvogel en de pechvogel, etend uit hetzelfde voerbakje. Voer voor *social engineers*?

In deze casus van de voetganger-stoepganger vindt men in een

slachtoffer in het verkeer.

6. Voor een overzicht van deze stelsels, verkeersschadeverzekering (als 'first-party insurance') en de afschaffing van aansprakelijkheid in combinatie met sociale verzekering, zie mijn Supplement 1990, p. 101 v.
7. Ontleend aan Dias and Markesinis, Tort law, 2e dr. 1989, Oxford, p. 16.

notedop de problematiek van slachtofferbescherming: het civiele aansprakelijkheidsrecht schiet hier tekort bij het zoeken naar een bevredigende oplossing, het accent moet verlegd worden van schuld naar risico, en vervolgens naar solidariteit, en dit alles in het licht van de verzekeringsmogelijkheden, in de particuliere en sociale sfeer. Ik kom later nog op deze materie terug; eerst zou ik willen inventariseren op welke manier het privaatrecht op de positie van slachtoffers gereageerd heeft. In een 'helicopter view', zoals gebruikelijk is, wanneer er slachtoffers vallen.

## 2. VERSCHIJNINGSVORMEN VAN SLACHTOFFERBESCHERMING

Een klassieke manier om een slachtoffer te hulp te komen wanneer deze met zijn schade dreigt te blijven zitten, is de overgang van schuld- naar risico-aansprakelijkheid. Niet iedereen zal beseffen hoe 'klassiek' deze methode is: ze is al heel oud, ze stamt uit de vorige eeuw, en gaat bij nader inzien via de middeleeuwen tot de klassieke oudheid, en nog eerder terug.<sup>8</sup> Risico-aansprakelijkheid, en daarmee bescherming van slachtoffers die geen onzorgvuldigheid van de eigenaar hoeven te bewijzen, vindt men al in het Romeinse recht, het Griekse recht, de joodse wetgeving en de Codex Hammurabi (ong. 1750 v. Chr.), ten aanzien van dieren en gebouwen.

Slachtofferbescherming is dus zo oud als de weg naar Rome, om van oudere beschavingscentra maar te zwijgen. De schuldleer, in onze tijd voor velen nog het uitgangspunt voor aansprakelijkheid, is eigenlijk pas in de eerste helft van de 19e eeuw tot ontwikkeling gekomen, een tijdperk waarin het liberalisme en individualisme hoogtij vierden, en de laissez-faire economie leidde tot bescherming van ondernemers die de wielen van de industriële revolutie lieten draaien. Vooruitgang kan niet zonder ongelukken gebeuren, en de gangbare gedachte in het wetgevend circuit was dat eventuele schade niet op de ondernemers afgewenteld kon worden, dat zou niet goed voor de maatschappelijke vooruitgang zijn. Beschadigde werknemers hadden gewoon geen geluk gehad (het woord on-geluk zegt dat trouwens al).

In de laatste decennia van de vorige eeuw komen in Frankrijk, België en Duitsland academische schrijvers steeds meer in opstand tegen deze visie, en vinden daarbij steun van de rechters. De inzet

8. Vgl. daarvoor mijn Supplement 1990, pp. 6-18; 56 v.

was de positie van de arbeiders, die onder romantische omstandigheden, althans op het doek van de impressionisten, maar in vaak levensgevaarlijke situaties hun werk moesten doen. Als de machine uit de hand liep, of de ketel ontplofte, was het vrijwel onmogelijk om schuld van de werkgever vast te stellen. De Franse rechtsoptwikkeling op dit terrein is nog steeds leerzaam; de lezer zal wel opgemerkt hebben dat de discussie van toen nog uitermate aktueel is, als men de produkten- en milieu-aansprakelijkheid van onze tijd in ogenschouw neemt. De bescherming van de werknemer werd door de Franse rechter aanvankelijk gezocht in een contractuele 'obligation de securité', maar als reactie namen de werkgevers exoneratie-clausules op. Toen bracht de rechter defecte machines en apparaten onder het begrip 'gebouw' (en risico-aansprakelijkheid), maar dat was vaak een te grote aanslag op het voorstellingsvermogen. Tenslotte greep de Cour de Cassation in 1896 in met het arrest *Teffaine* en introduceerde de aansprakelijkheid voor zaken ex art. 1384 CC (ons art 1403, lid 1 oud BW), het zgn. 'fait de la chose'. De aansprakelijkheid van automobilisten die eerder ter sprake kwam, werd tot voor kort eveneens op dit artikel gebaseerd. De Franse wetgever liet dit niet op zich zitten en kwam kort daarop met een Ongevallenwet, gecombineerd met een stelsel van sociale verzekering (in Nederland volgden wij in 1901; Duitsland had al geruime tijd zo'n wet).

Zoals bekend heeft onze hoogste rechter het creatieve voorbeeld van de Franse cassatierechter niet gevolgd, evenmin als op vele andere terreinen het geval was. Onder het regime van het oude BW heeft de Hoge Raad vastgehouden aan de schuldleer bij aansprakelijkheid voor zaken, in afwijking van de opvatting van een overgrote meerderheid van de schrijvers. Geen goede zaak dus voor slachtoffers op dit gebied. En onder het nieuwe BW, zal men vragen, is het toch wel beter gesteld? Helaas is dat niet het geval, de wetgever heeft met art. 6:173 BW de stap naar risico-aansprakelijkheid niet con amore willen maken, en met de 'tenzij... indien'-formule slagen om de arm gehouden, waardoor de regeling bovendien uiterst ingewikkeld geworden is (de wetgever wilde geen overmachtberoep opnemen, zoals in omringende landen gangbaar is). Het artikel is aan Nederlandse juristen niet goed uit te leggen, laat staan aan buitenlandse.<sup>9</sup> De stevige oppositie van vrijwel alle schrijvers heeft niet

9. Zie voor deze materie mijn Supplement 1990, pp. 40-55, waar verdere lit.

mogen baten; een eenzame Hartkamp verdedigt het artikel (evenals het overeenkomstige inzake dieren) in zijn Asser-bewerking tegen de rest van Nederland (de wereld), en heeft daar zeventien bladzijden voor nodig. Ook als men geen slachtoffer is, wordt men hier niet opgewekt van.

Het beroep op overmacht werd zoëven genoemd, en kwam hierboven al vrij uitvoerig ter sprake bij de verkeersaansprakelijkheid. Bij risico-aansprakelijkheid is het normaal dat de aansprakelijk gestelde persoon een beroep op overmacht heeft; dat was ook het geval in het oude BW, wanneer de wetgever met vooruitziende blik risico-aansprakelijkheid aanvaard had (of de wetstoepasser dit op die wijze interpreteerde). Indien een dergelijk verweer niet gegeven zou zijn, zouden wij met *absolute* aansprakelijkheid, en niet met *risico*-aansprakelijkheid te doen hebben (die eerste vorm is zeer zeldzaam, denk bijv. aan nucleaire aansprakelijkheid). Nu kan men, uit het oogpunt van slachtofferbescherming, het beroep op overmacht van de dader beperken. Goede voorbeelden zijn te vinden in de sfeer van art. 31 WWV: het intern gebrek aan de auto dat geen overmacht oplevert (*torenbout*-arrest uit 1942), en het rekening houden met fouten van de mede-weggebruiker (*Jan de Waard*-arrest uit 1971, en wat erop gevolgd is).

Een andere, vermoedelijk even klassieke manier om een slachtoffer hulp te bieden om uit zijn netelige positie te komen is het versoepelen van de eisen van causaal verband. Als men met de brokken of scherven zit, veelal letterlijk, is het meestal niet eenvoudig om vast te stellen wat er gebeurd is en evenmin of de dader onzorgvuldig gehandeld heeft. In primitieve rechtsstelsels had men veelal nog geen duidelijk onderscheid tussen onrechtmatigheid en causaal verband aangebracht; het 'oog om oog, tand om tand' biedt ook weinig ruimte voor genuanceerd denken. Zoals John Fleming opmerkt, heeft dit waarschijnlijk minder te maken met het niet willen verbinden van een moreel oordeel aan juridische sancties, maar met het niet willen of kunnen aanvaarden van 'unintentional infliction of harm'.<sup>10</sup> Het aardige is, dat wij in de rechtsontwikkeling van onze tijd — zij het om andere redenen — weer teruggaan naar deze oervorm van aansprakelijkheid: causaliteit gaat steeds meer op in onrechtmatigheid, dankzij de figuur van toerekening naar redelijk-

10. J.F. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney, 7th ed. 1987, p. 302, met verdere lit.

heid (TNR, in universitair jargon), en nog belangrijker, met de invoering van 'Kausalhaftung' ('causaliteitsaansprakelijkheid', Braams) zitten wij geheel op de lijn van het recht uit de oudheid.

Nu is dat laatste een vrij extreme vorm van causaal verband, die voornamelijk in moderne wetten te vinden is (zoals de Zwitserse Gewässerschutzgesetz), maar ook met de intussen 'gewone' TNR-causaliteit hebben wij in wezen met slachtofferbescherming te maken. Het slachtoffer, dat voor een zware opgave staat om aan te tonen dat zijn schade voor de dader naar ervaringsregels voorzienbaar was, kan nu betogen dat de schade aan deze redelijkerwijze toegerekend moet worden. Bijvoorbeeld, omdat deze in zijn risicosfeer ligt, hij de breedste schouders heeft om de schade te dragen (uit eigen zak of via verzekering). Het geeft te denken dat de Hoge Raad de TNR-leer in de jaren zeventig overnam in enkele milieu-zaken (*waterwingebied, Rijksweg 12*); op dat terrein ziet men tegenwoordig rechters weer moeizaam opereren met causaliteit, door het relativiteitsvereiste op het verkeerde been gezet.<sup>11</sup> Het is te hopen dat de cassatierechter hier weer orde op zaken zal stellen, zoals ook bij de DES-zaak gebeurd is, tot ieders verrassing, overigens.

Intussen is Kausalhaftung niet meer zo'n uitzonderlijke vorm van aansprakelijkheid als velen bereid zijn te denken; de Hoge Raad heeft haar in het *Versluis*-arrest (1980) aanvaard voor de schending van verkeers- en veiligheidsnormen (waarbij steeds een verzekeraar op de achtergrond aanwezig zal zijn). Er zijn stemmen opgegaan dit regime ook voor de milieu-aansprakelijkheid te aanvaarden (Van Schellen en schrijver dezes); in wezen heeft de Hoge Raad dat in de mini-milieuzaak van het Dorpshuis Kamerik (1982) gedaan: het 'doet er niet toe' of de veroorzaking van schade voorzienbaar was voor de dader.

Een derde vorm van causaal verband ten gunste van slachtoffers gehanteerd, is het toelaten van statistisch bewijs in ruime zin. Dat geldt allereerst voor het vaststellen van causaal verband in de medische sfeer, bij enge ziektes en zo. In de Verenigde Staten is dit met succes gebeurd in procedures die betrekking hadden op Agent Orange (het ontbladeringsmiddel dat in Vietnam gebruikt werd en dat dioxine bevat), Swine flu, nucleaire straling, formaldehyde, as-

11. Zie o.m. het Haagse hof in de Shell Gouderak-zaak en het Amsterdamse hof in de Volgermeer-zaak, vgl. mijn noot in TMA 1993, no 4.

best.<sup>12</sup> Het gebied is echter veel ruimer: ook de marktaandeel-aansprakelijkheid is in wezen 'probable causation'. Slachtoffers kunnen volstaan met het aangeven van het marktaandeel van de mogelijke dader als producent van het gewraakte geneesmiddel. Zoals bekend is dit de weg die in veel Amerikaanse Staten door de rechter gevolgd wordt in DES-zaken. Op het terrein van milieuschade wordt in de Amerikaanse rechtspraak al veel gebruik gemaakt van schade die forfaitair met computer-modellen opgesteld wordt, bijvoorbeeld ook in de Exxon Valdez-zaak. De gedaagde vervuiler kan tegenbewijs leveren van de werkelijke schade, maar daar is in de praktijk geen beginnen aan, vanwege de tijd en kosten die ermee gemoeid zijn. Ik kom hieronder nog terug op de vraag wie bij milieuschade eigenlijk slachtoffer is, in rechte.

Een typische variant van slachtofferbescherming via causaliteit is natuurlijk de figuur van alternatieve causaliteit, het archetype van de twee jagers die gelijktijdig schieten, en een slachtoffer (dit keer echt het haasje) dat niet weet welke jager hem geraakt heeft. Art. 6:99 BW komt hem te hulp: hij mag naar keuze één van de jagers hoofdelijk aansprakelijk stellen. De Hoge Raad gaf in de DES-zaak een voor de dochters gunstige uitleg aan dat artikel, aan de hand van redelijke wetstoepassing (zoals dat vroeger in standaard-arresten heette); de dochters hoeven niet alle mogelijke daders te dagvaarden en aansprakelijk te stellen (de 'kring van daders', zoals rechtbank en hof het wat in jagerstermen noemden) en evenmin de concrete onrechtmatige gedraging vast te stellen. Dat was in casu een uiterst moeilijke, zo niet onmogelijke opgave.<sup>13</sup> Ook verwierp de Raad de visie van sommige schrijvers, waaronder a-g Hartkamp, dat wanneer één der daders een rechtvaardigingsgrond had voor zijn handelen, de gehele groep vrijuit zou gaan. Terecht, dat zou 'dadersbescherming' zijn, en de noodzaak daarvan is nog niet afdoende aangetoond, n'en déplaie de vele geluiden uit het bedrijfsleven van die strekking. De cassatierechter liet zich, anders dan de lagere rechters, leiden door

12. Zie voor dit onderwerp o.m. J.Makdisi, *Proportional Liability: a Comprehensive rule to apportion tort damages based on probability*, 67 *North Carolina Law Review* (1989), p. 1063.

13. Zie het arrest, en de in noot 1 genoemde noten. Overigens is in de V.S. het probleem van de derde generatie DES-slachtoffers ontstaan, waarbij de rechtsvragen weer van voren af aan beginnen. Vgl. J.B. Maynard, *Third-generation-DES claims*, 27 *New England Law Review* (1992), p. 241.

de ratio van art. 6:99: het vinden van een remedie voor de bewijsnood van de slachtoffers, op grond van de billijkheid.

Overigens werd de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW niet door de Hoge Raad gehanteerd; bedoeld om eveneens slachtoffers ter wille te zijn, is het artikel slecht geredigeerd en volgens de toelichting niet echt op het recht der werkelijkheid gericht. In de huidige maatschappij is schade veroorzaakt door baldadige jongeren, al of niet in demonstratie bijeen, een randverschijnsel. Er moet de nodige redelijke uitleg aan te pas komen om het artikel toe te passen op de echte kwalen van deze tijd: in groepsverband toegebrachte schade in de sfeer van produkten-, milieu-, bestuurs- en medische aansprakelijkheid. In het buitenland heeft de rechtspraak in dergelijke gevallen al hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen, ter bescherming van slachtoffers van een dergelijk handelen van personen die in een moeilijk ontwarbare verhouding tot elkaar staan.<sup>14</sup>

Daarnet kwam de bewijsnood waarin slachtoffers verkeren aan de orde, en de wijze waarop de Hoge Raad daarop reageerde in de DES-zaak. De bewijslastverdeling is nog een verborgen vorm van slachtofferbescherming; het soepel hanteren van de bewijslast is een belangrijk middel om slachtoffers tegemoet te komen in een schade-procedure. Het bewijsrecht kent hier vloeiende grenzen met het materiële recht; al sinds de jaren twintig heeft de *res ipsa loquitur* ('sprekende feiten') benadering een steun betekend voor de gelaedeerde, indien de toedracht van het ongeval met een gevaarlijke zaak niet meer te reconstrueren viel. 'Een goed onderhouden hijskraan valt niet om'. Het is geen toeval dat in Duitsland bepleit is de bewijslast naar gevarenkringen te verdelen ('Gefahrenbereich', Larenz), hetgeen Schoordijk voor ons recht overgenomen heeft.<sup>15</sup>

Eveneens sinds de jaren twintig, kennen wij de medewerkingsplicht van de partij die niet met de bewijsvoering belast is, namelijk om het de wederpartij mogelijk te maken zijn bewijs rond te krijgen, bijvoorbeeld door het geven van informatie. Ons recht kent geen 'discovery', zoals de common law landen, maar de Hoge Raad gaat de laatste jaren een eind in die richting (vgl. o.m. *Maxis* en *Janssen/*

14. Zie voor die problematiek mijn beantwoording van Rechtsvraag 217 (onrechtmatige daad), in AA 1992, p. 639.

15. Vgl. Inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis, BR 1969, in: Verspreid werk, Deventer, 1991, p. 153; vgl. ook p. 569 v. (WPNR 1989).

*Nefabas*).<sup>16</sup> Het belang van een dergelijk gebruik van het bewijsrecht door de rechter voor de rechtspositie van het slachtoffer kan moeilijk overschat worden. Veel alledaagser, en even efficiënt, is de procespraktijk dat de rechter het verweer van de wederpartij van het slachtoffer kan 'passeren' als dit hem te vaag of onvoldoende gemotiveerd voorkomt.

Tenslotte zou ik nog willen wijzen op de figuur van class actions die dankzij het arrest *De Nieuwe Meer* (1986) geen academische figuur meer is. De wetgever is druk doende het netjes in een wet neer te leggen, maar de praktijk zal leren of deze mogelijkheid voor slachtoffers om gezamenlijk in rechte op te treden bij ons een grote vlucht zal nemen. Het is in ieder geval goed om kennis te nemen van de uitwassen en problemen die men in de V.S. op dit gebied kent. Bij grote milieurampen nemen advocaten (type: 'shark') de procedure van het slachtoffer over, waardoor zij belanghebbende geworden zijn. Bij de schikkingsonderhandelingen met het gedaagde bedrijf, zoals bijvoorbeeld in de Bhopal-zaak, waarover in de V.S. geprocedeerd is, laten zij zich door eigenbelang leiden. Ook het 'contingency-fee' systeem, waarbij de advocaat een percentage van de toegewezen schadevergoeding krijgt — hetgeen tot 40% kan oplopen — is hier een storende factor. In de Bhopal-zaak werd een schikkingsvoorstel van \$ 300 miljoen afgewezen, omdat de advocaten het dubbele bedrag wilden. Of de Indiase slachtoffers met het voorgestelde bedrag genoeg zouden nemen, was niet aan de orde.

Een ander verschijnsel is de vraag of de collectieve actie verplicht gesteld moet worden, om te voorkomen dat de gedaagde na enkele succesvolle procedures (met astronomische schadebedragen) kaalgeplukt is, zodat niets meer over blijft voor andere slachtoffers. De keerzijde hiervan is de bescherming van gedaagde, doordat de rechter gedwongen wordt alle claims tegelijk te behandelen, en de verhoudingen minder gauw zoek raken.<sup>17</sup> In sommige branches, zoals de asbest-industrie, zijn alle producenten als gevolg van procedures failliet gegaan. Hoezo, 'tort crisis'? Wij staan in ons land nog

16. Voor rechtspraak en literatuur, zie mijn Supplement 1990, p. 25 v.

17. Vgl. hierover: K.H. Hudson, Catch-23(b)(1)(B): the dilemma of using the mandatory class action to resolve the problem of the mass tort case, 40 *Emory Law Journal* (1991), p. 665. Vgl. ook I.R.M. Irving and Th.E. Patton, Utilizing the class action device in mass tort litigation, 21 *Tort & Insurance Law Journal* (1986), p. 560.

aan de vooravond van de asbest-problematiek, omdat de industriële toepassing in ons land later op gang gekomen is dan in het buitenland, en de incubatietijd voor asbestose en andere longziekten ongeveer 40 jaar bedraagt. Er is dus nog tijd om van het Amerikaanse voorbeeld te leren.<sup>18</sup>

De Amerikaanse rechtspraktijk ten aanzien van 'mass torts' wordt aardig omschreven in het volgende citaat:

'Traditionally, tort (personal injury) cases were generally regarded as essentially isolated disputes in which the law's role was simply to allocate losses between putative injurers and victims... Today the court and jury in mass tort cases do not simply prescribe and apply familiar norms to discrete actions; they function as policy-oriented risk regulators, as self-conscious allocators of hard-to-measure benefits and risks, and as social problem solvers'.<sup>19</sup>

Zoals gezegd, dit beleid van de Amerikaanse rechters is niet altijd om over naar huis te schrijven, gezien de wijze waarop de belangen van de slachtoffers overmatig gewicht toegekend is en bedrijven tot de bedelstaf gebracht zijn, en sommige producten en diensten, ook maatschappelijk wenselijke, vrijwel van de markt verdwenen zijn. Maar het kan ook anders.

### 3. KENMERKEN VAN SLACHTOFFERBESCHERMING. CONCLUSIES

Het wordt tijd dit overzicht van slachtofferbescherming, *ex Tunc, ex nunc*, af te ronden. Ik zou enkele algemene beschouwingen aan deze figuur willen wijden, zonder meer te pretenderen dan de mogelijkheden die het bestek van dit artikel biedt.

Kenmerkend voor slachtofferbescherming is naar mijn mening dat men het slachtoffer boven de eigen, individuele positie uittilt, en op het vlak van zijn mede-slachtoffers plaatst. Het van de micro-sfeer naar de macro-sfeer gaan, kan zeer verhelderend werken bij het vaststellen van aansprakelijkheid op grond van een risico-verdeling. Het klassieke rechtssysteem kraakt dan in al zijn voegen: het is gebaseerd op het modale geval van één slachtoffer dat voor één dader staat. De maatschappelijke verhoudingen zijn aanzienlijk gecompliceerder dan dat romantische beeld: schade heeft, net als succes, vele

18. Zie voor de asbest-problematiek, J.M. van Dunné en E.E.I. Snijder, *Asbest en aansprakelijkheid*, TMA 1991, p. 60.

19. P. Schuck, *Agent Orange on trial: mass toxic disasters in the courts*, 1986, p. 4; ontleend aan Hudson, t.a.p., p. 666.

vaders. Zowel het vaststellen van de toedracht van de schade als van de onzorgvuldigheid die de schade veroorzaakt heeft, stelt het individuele slachtoffer voor onoverkomelijke problemen. Het schuld-beginsel is zoals wij zagen daarbij een groot obstakel; de vervanging door risico bleek niet altijd voldoende, het komt tenslotte neer op solidariteit tussen de toevallige dader en het toevallige slachtoffer. De afwenteling van de schade is een chapter apart, ik kom daarop nog terug. Een goede voedingsbodem voor een moderne aanpak van de slachtoffer-problematiek is de opvatting in de vaste jurisprudentie dat onrechtmatige daadsrecht gebaseerd is op belangenafweging. Ook bij nieuwe vormen van schade, zoals milieuschade, ziet men de cassatie-rechter die benadering volgen (vergelijk de Franse Kalimijnen-zaak, 1988).

Een tweede kanttekening betreft het preventie-karakter van het tegenwoordige onrechtmatige daadsrecht; het gaat niet langer enkel om de vergoeding van toegebrachte schade, de rechter kijkt met een schuin oog ook naar het voorkomen van soortgelijke schade in de toekomst, zowel door de dader in kwestie als door mogelijke andere daders. In common law landen kent men de 'punitive damages' die daartoe gebruikt worden; een strijdpunt is daarbij of een dergelijke boete-schadevergoeding door verzekering gedekt mag zijn, vgl. bij ons een dergelijke discussie ten aanzien van strafrechtelijke boetes, bijvoorbeeld in de milieu-sfeer.<sup>20</sup> In ons recht ligt de 'deterrence' er minder dik bovenop, maar zal vaak een rol spelen; de spanning tussen de oplossing voor het concrete geval en de regel die voor de toekomst gesteld wordt.

De preventie in het concrete geval speelt een grote rol in de rechtsvinding. Dit gebeurt ook in de vorm van een belangenafweging: hoeveel inspanning en kosten zouden ermee voor de dader gemoeid zijn om de schade te voorkomen, en weegt dit op tegen de daadwerkelijk geleden schade? In de kelderluik-zaak (NJ 1965, 136) bijvoorbeeld, was het antwoord positief; in de bloedprik-zaak (NJ 1982, 567) was dit negatief. Het eerste geval betrof de Coca-Cola-employé Sjouwerman die kratten via een openstaand keldergat versjouwde, waarin de café-bezoeker Duchateau tuimelde; het tweede

20. Vgl. J.A. Maya, Punitive damages and the mass tort: an insurance alternative to the consequences of multiple liability, 42 Syracuse Law Review (1991), p. 1241.

een ziekenhuis dat geen extra verpleeghulp had klaarstaan om bij een bloedprik in een zeldzaam geval de patient in een appelflauwte op te vangen. De kosten van deze voorzorgsmaatregelen waren respectievelijk: gering en aanzienlijk.

Wij hebben hier met rechtseconomie-avant la lettre te maken. Dat viel mij op toen ik het bij rechtseconomen veel besproken criterium van de Amerikaanse rechter Learned Hand tegen kwam, dat uit een arrest van 1947 stamt. De zorgvuldigheidsplicht wordt bepaald door: 1. de waarschijnlijkheid dat het ongeluk zal plaatsvinden; 2. de ernst van de verwonding die opgelopen kan worden; 3. de kosten om voorzorgsmaatregelen te nemen ter voorkoming van een dergelijk ongeval.<sup>21</sup> Het is of men het *kelderluik*-arrest leest!

Bij het in kaart brengen van gevarenkringen en het vaststellen of er sprake is van een gevarengemeenschap spelen de verhaalsmogelijkheden een belangrijke rol. Daarbij is het 'richesse oblige' vervangen door 'assurance oblige'. Niet alleen in het contractenrecht, ook in het onrechtmatige daadsrecht is de hamvraag: wie is de meest gereede partij om zich tegen het gevaar en de daaruit voortvloeiende mogelijke schade te verzekeren? Er is onder rechtseconomen in het internationale circuit een levendige discussie ontstaan wat wijsheid is: particuliere verzekering, sociale verzekering, combinaties daarvan, fondsvorming, etc. Sommige schrijvers gaan zelfs zover te betogen dat schuld-aansprakelijkheid beter voor slachtoffers is dan risico-aansprakelijkheid.<sup>22</sup> Dat lijkt mij weinig aannemelijk, maar dat kan hier niet uitgewerkt worden.

Hetzelfde geldt voor kritische kanttekeningen op de Posnerschool, die ook in Nederland een groeiende aanhang heeft. Men is daar overigens al verder gekomen in de gedachtenontwikkeling dan de figuur van de 'cheapest cost avoider', uit de eerste dagen van deze stroming.

De slachtofferbescherming heeft de laatste decennia baat gevonden bij de algemene ontwikkeling in het onrechtmatige daadsrecht, dat men het stellen van de schuldvraag de rug toekeerde en overging

21. Vgl. de geschriften van Posner en Calabresi, opgenomen in: R.L. Rabin, *Perspectives of tort law*, Boston/Toronto, 1976, p. 19; 179 v.; M. Faure en R. van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen/Apeldoorn, 1989, p. 56 v.

22. Vgl. in die zin: Faure en Van den Bergh, t.a.p., p. 530 v.; vgl. ook hun preadviezen *Ver.v. Burgerlijk recht* 1990, pp. 15 v.; 36 v.

tot het toerekenen van aansprakelijkheid, en eigenlijk: toedelen van aansprakelijkheid, op grond van maatschappelijke opvattingen hoe gevaren in de samenleving en de schadelijke gevolgen ervan gealloceerd moeten worden. Het rechtssysteem wordt voor het probleem gesteld hoe de figuur van 'mass tort' op te vangen; dat kan zowel een groot aantal slachtoffers bij één gebeurtenis betreffen, als bij een aantal, in de tijd gescheiden, soortgelijke gebeurtenissen.

Het is te verwachten dat het rechtssysteem de soepelheid heeft om bevredigende oplossingen voor deze problemen van onze tijd te vinden, die in wezen problemen van alle tijden geweest zijn. Daarbij zal ook de vraag gesteld moeten worden, wat onder 'slachtoffer' verstaan moet worden, of dit altijd een persoon of rechtspersoon moet zijn? In de V.S. is de vraag al opgekomen of bomen 'standing to sue' hebben; meer in het algemeen doet de vraag zich voor, wie voor het milieu en de natuur mag opkomen, en in dit verband, of ecologische schade ook schade is. Het gaan interessante tijden worden, zoals altijd, ook voor de slachtoffers.

Ik gaf aan het begin van dit verhaal al aan, dat de slachtofferbescherming een nieuw fenomeen lijkt te zijn, maar dat bij nader inzien niet is. Naar Kralingen en Rome werd al verwezen, tot slot een citaat dat bijna een eeuw oud is, en nog steeds up-to-date:

'Het zal de taak zijn van het recht, niet om bij elke ramp, die intreedt, alle schade die iemand lijdt, na te gaan of die misschien aan een onrechtmatig of onvoorzichtig gedrag is te wijten, maar voortdurend te zoeken, wie naar billijkheid met haar moet worden belast, welke regels vastgesteld kunnen worden tot aanwijzing van hem als drager, die ethische overtuigingen en sociaal-economische verhoudingen daartoe aanwijzen.

Enge dogma's, voor een vroegere maatschappij vastgesteld, zullen daarbij niet kunnen helpen'.

Paul Scholten, diss. Amsterdam 1899, p. 153.