



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Exclusiviteit

Houben, I.S.J.

Citation

Houben, I. S. J. (2007). Exclusiviteit. *Bw-Krant Jaarboek*, 23(1), 25-42. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36890>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36890>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

2 Exclusiviteit

I.S.J. Houben[■]

1 INLEIDING

Samenloop wordt door Boukema als volgt omschreven: als op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtsstelsel voor toepassing in aanmerking komen.¹ Ik beperk mij in deze bijdrage tot samenloop van wettelijke rechtsregels en daarbij beperk ik mij dan ook nog tot het BW.

In beginsel is er niets op samenloop tegen. Er is niets op tegen dat meerdere rechtsregels op casus kunnen worden toegepast. Het uitgangspunt bij samenloop is niet voor niets cumulatie van rechtsregels. Problemen ontstaan dan ook pas indien cumulatie niet mogelijk is.²

Bij vragen van samenloop – in de beperkte omschrijving die ik daar in deze bijdrage voor gebruik – gaat het dan ook uiteindelijk om de vraag hoe moet worden bepaald welke wetsbepaling wel in de betreffende casus rechtsgevolg krijgt en welke niet. Snijders spreekt in dit verband over vuistregels, Boukema heeft het over geldingsregels, Brunner noemt ze voorrangregels.³ De algemene regels over samenloop, de vuistregels, zijn jurisprudentiële regels; de wet kent dergelijke vuistregels niet.⁴ Wel spreekt de wetgever zich incidenteel met betrekking tot een bepaald wetsartikel uit over de exclusiviteit daarvan ten opzichte van een ander artikel of juist – en dat is dan eigenlijk ten overvloede – over de toepasselijkheid van beide artikelen.⁵

In deze bijdrage richt ik mij op exclusieve werking van rechtsregels. Op grond waarvan wordt besloten wanneer de ene regeling dwingend voorrang krijgt boven de andere regeling? In welk geval wordt één weg afgesloten? Traditioneel worden om exclusiviteit aan te nemen een vuistregel en een

■ I.S.J. Houben is universitair hoofddocent burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Ik ben Kasper Jansen en Luuk Reurich zeer erkentelijk voor hun commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 1. Vgl. ook Brunner: Van samenloop spreekt men, als op één rechtsfeit verschillende normen van objectief recht van toepassing kunnen zijn. C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1.

2 Vgl. Brunner 1984, p. 1

3 Boukema 1992, p. 4-5; W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 453-454.

4 Brunner 1984, p. 9.

5 Zie Brunner 1984, p. 9 en Snijders 1973, p. 454.

criterium gehanteerd. De vuistregel is dat cumulatie en alternativiteit uitgangspunt zijn en dat exclusiviteit (dus) uitzondering is. Het criterium om exclusieve werking van een wetsbepaling aan te nemen is dat de wet exclusiviteit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.

Ik ben echter van mening dat er nog een andere wijze is om exclusiviteit te bezien. Exclusiviteit kan volgens mij namelijk in twee categorieën worden ingedeeld, waarbij in de eerste categorie een *vordering* exclusief werkt ten opzichte van een andere vordering, terwijl in de tweede categorie *het resultaat*, het rechtsgevolg, exclusief werkt. In de tweede categorie worden vordering en rechtsgevolg ten dele ontkoppeld. Alvorens hier nader op in te gaan, begin ik echter met de uitgangspunten bij samenloop: cumulatie en alternativiteit.

2 CUMULATIE EN ALTERNATIVITEIT

Het uitgangspunt bij samenloop is cumulatie: beide wetsbepalingen zijn van toepassing. Daarmee gaat logischerwijze gepaard het uitgangspunt van alternativiteit: de rechthebbende mag kiezen welke van beide wetsbepalingen hij inroept. Deze keuze is overigens alleen noodzakelijk indien de rechtsgevolgen van de wetsbepalingen elkaar uitsluiten en dus niet allebei tegelijkertijd kunnen worden ingeroepen. Tegelijkertijd vervangende schadevergoeding en nakoming van de overeenkomst vorderen is logischerwijze niet mogelijk en dus zal de rechthebbende een keuze moeten maken tussen deze twee alternatieven. Er doemt hier een T-splitsing op: de chauffeur kan linksaf en rechtsaf slaan en mag zelf kiezen welke weg hij neemt (dus op welke bestemming hij wil arriveren).

De achterliggende gedachte van cumulatie en alternativiteit is dat iedere rechtsregel zoveel mogelijk tot zijn recht dient te komen.⁶

De genoemde vuistregels betreffende cumulatie en alternativiteit zijn afkomstig uit de jurisprudentie. Twee standaardarresten waarin het cumulatiebeginsel wordt benadrukt stammen uit de jaren '50: *Erba/Amsterdamse bank*⁷ en *Bertha/Revenir*.⁸

De vuistregel dat indien sprake is van samenloop en cumulatie niet mogelijk is, de rechthebbende de keuze heeft, werd bevestigd in het arrest *Bramer/Hofman*.⁹ Daarin was de vraag aan de orde of bepalingen in algemene voorwaarden behoren te worden getoetst aan art. 6:233 sub a BW (onredelijk bezwaarendheid van bedingen), of dat daarnaast toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk is.

6 Snijders 1973, p. 454.

7 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514.

8 HR 6 maart 1959, *NJ* 1959, 349.

9 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112.

Cumulatie van artikel 6:233 sub a en 6:248 lid 2 BW is niet mogelijk, omdat de rechtsgevolgen dat uitsluiten: een beding kan niet zowel worden vernietigd als buiten toepassing worden gelaten (waar het in dat laatste geval een geldig beding blijft en derhalve in toekomstige gevallen eventueel wel kan worden toegepast). De hoofdregel is, aldus ook de Hoge Raad, dat cumulatie en alternativiteit de uitgangspunten zijn en exclusiviteit de uitzondering.

Op zichzelf is een arrest waarin de Hoge Raad concludeert tot alternativiteit (en niet tot exclusiviteit), gezien de bovengenoemde vuistregel, niet opmerkelijk. Een opvallend aspect in het geval Bramer/Hofman was evenwel dat in de parlementaire geschiedenis artikel 6:233 sub a BW uitdrukkelijk wel tot *lex specialis* – met exclusieve werking – ten opzichte van 6:248 lid 2 BW werd bestempeld.¹⁰ De Hoge Raad laat hier derhalve de vuistregel uit de jurisprudentie prevaleren boven de parlementaire geschiedenis.

3 EXCLUSIVITEIT

3.1 Inleiding

Exclusiviteit wordt op verschillende wijzen omschreven: '(...) dat de bijzondere rechtsnorm de algemene verdringt',¹¹ 'dat de ene regel de andere verdringt', 'dat het toepassingsgebied van de ene rechtsregel door dat van de andere wordt ingeperkt',¹² '(...) dat slechts een van meerdere in aanmerking komende normen toegepast mag worden, (...)',¹³ of 'De ene regel stelt de andere buiten werking'.¹⁴

Exclusiviteit wordt vaak gekoppeld aan het adagium *lex specialis derogat legi generali*, maar dat is ten onrechte, omdat dit adagium eigenlijk door niemand wordt aangehangen. Het is te grof om bruikbaar te kunnen zijn.¹⁵ Er zijn gevallen waarin het wel opgaat, maar die gevallen voldoen aan bepaalde voorwaarden, waarover hierna meer.

In geval van samenloop van wettelijke regelingen kan van exclusieve werking slechts sprake zijn *indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt*. Dit is door de Hoge Raad uitgesproken in het hiervoor reeds genoemde arrest Erba/Amsterdamsche Bank,¹⁶ en nadien nog vele malen bevestigd,¹⁷

10 *Parl. Gesch.* Inv. Boek 6, p. 1596 en 1621.

11 Boukema 1992, p. 13.

12 Snijders 1973, p. 454.

13 Brunner 1984, p. 13.

14 M. Polak, 'Samenloop van rechtsregels bij gebrekkige levering uit koop', *AA* 1983, p. 218 e.v.

15 Vgl. Brunner 1984, p. 14-15.

16 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514.

17 Zie onder meer: HR 6 maart 1959, *NJ* 1959, 349 (Bertha/Revenir); HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 (AVO/Petri).

recent nog in een uitspraak over de verdeling van de gemeenschap.¹⁸ Uit de formulering van het criterium kan al worden opgemaakt dat exclusiviteit niet spoedig wordt aangenomen.¹⁹

Het is niet eenvoudig te bepalen in welk (uitzonderings)geval van exclusiviteit sprake is. In de eerste plaats is het bovengenoemde criterium niet altijd eenvoudig toepasbaar, een punt dat in de volgende paragraaf aan de orde komt. Er is echter nog een punt dat zorgt voor verwarring als het gaat om exclusiviteit.

Verwarrend is dat er ten minste twee vormen van exclusiviteit bestaan, die bij mijn weten niet als afzonderlijke categorieën worden benoemd. De eerste categorie is die waarbij op de T-splitsing bij een van beide routes een verboden in te rijden bord staat. Binnen de tweede categorie mag de chauffeur beide routes nemen, maar kan hij via een van de twee routes niet naar de gewenste eindbestemming komen. Hij wordt omgeleid naar de andere bestemming. Ik signaleer dus twee ‘verkeersregels’ betreffende exclusiviteit: de verkeersregel waarbij een route wordt afgesloten en de verkeersregel waarbij een gewenste bestemming wordt afgesloten. In paragraaf 3.3 ga ik op deze categorisering nader in. Eerst besteed ik aandacht aan het criterium ‘exclusieve werking indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt’.

3.2 Exclusieve werking indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt

Recent nog toetste de Hoge Raad of er sprake was van exclusiviteit aan bovengenoemd criterium.²⁰ In lijn met het uitgangspunt dat exclusiviteit uitzondering is, werd in de betreffende zaak geen exclusiviteit aangenomen. Ik bespreek het arrest hier toch, niet vanwege de uitkomst, maar om de toepassing van het criterium aanschouwelijk te maken.

Voor een goed begrip van de zaak, schets ik kort de feiten. Partijen waren in algehele gemeenschap van goederen getrouwd. Na de echtscheiding moet deze gemeenschap worden verdeeld, waartoe een convenant is gesloten. De verdelingsakte is gepasseerd op 14 oktober 1993. In 2001 laat de vrouw conservatoir beslag leggen op de aan de man toebehorende roerende en onroerende zaken.

De vrouw is namelijk van mening dat de man ten tijde van het sluiten van het convenant over een aanzienlijk vermogen beschikte dat in de huwelijks-goederengemeenschap viel, maar dat hij verborgen heeft gehouden. Zij vordert op grond van artikel 6:162 BW schadevergoeding wegens misleiding, althans misbruik van omstandigheden, bij de totstandkoming van het convenant.

18 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62.

19 Vgl. Brunner 1984, p. 26.

20 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62.

De man verweert zich onder meer met een beroep op artikel 3:200 BW: de bevoegdheid om een gemaakte verdeling te vernietigen vervalt drie jaren na de verdeling. Die termijn is in 2001 reeds lang verstreken.

Rechtbank en hof achten het verweer gebaseerd op artikel 3:200 BW gegrond en bestempelen daarmee in dit geval de vervaltermijn uit die bepaling als exclusief werkend. De Hoge Raad is een andere mening toegedaan en casseert. Hij bepaalt dat de vervaltermijn van artikel 3:200 BW er niet aan in de weg staat dat een vordering op grond van artikel 6:162 BW wordt ingesteld. De Hoge Raad zegt over de vraag of artikel 3:200 BW exclusieve werking heeft ten opzichte van artikel 6:162 BW het volgende:

'4.2 (...) De bewoordingen waarin art. 3:200 is gesteld bieden geen enkele steun aan een bevestigend antwoord daarvan. Bovendien pleit de aard van de desbetreffende bepaling – een vervaltermijn – tegen analoge toepassing of reflexwerking daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7, waarvan deze bepaling onderdeel uitmaakt. Voorts heeft de in art. 3:196 geregelde bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling, waarvan de uitoefening is gebonden aan de vervaltermijn van art. 3:200, een heel andere strekking dan art. 6:162 dat degene die jegens een ander een onrechtmatige daad heeft gepleegd, verplicht tot schadevergoeding. En ten slotte zijn bij de vernietiging van een verdeling niet alleen de belangen van partijen, maar ook die van derden betrokken; in dit licht dient de vervaltermijn van art. 3:200 de rechtszekerheid. Een op art. 6:162 gebaseerde vordering echter raakt in beginsel alleen de belangen van partijen; het belang van de rechtszekerheid is daarbij in mindere mate betrokken. Art. 3:200 moet op grond van dit alles aldus worden uitgelegd dat deze bepaling niet eraan in de weg staat dat na het verstrijken van de daarin genoemde vervaltermijn door de ene deelgenoot tegen de andere alsnog een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld.'

Artikel 3:200 BW geldt dus alleen voor de vernietiging van de verdeling, niet ook voor een vordering tot schadevergoeding.²¹ Interessanter dan deze uitkomst, is de wijze waarop de Hoge Raad hiertoe komt.²² Hij begint met de *bewoordingen* van artikel 3:200 BW; die geven geen indicatie dat de vervaltermijn ook geldt voor andere vorderingen dan de vordering tot vernietiging. Hij vergelijkt vervolgens artikel 3:200 (en 3:196) BW met artikel 6:162 BW. Daarbij gaat hij in op de aard van artikel 3:200 BW: het is een vervaltermijn. Dit is een vrij verstrekkend instrument en zou daarom niet moeten worden toegepast buiten titel 3.7. En verder is de *strekking* van een vervaltermijn een geheel

21 Meijer ging hier al van uit, haar opvatting is nu bevestigd. W.R. Meijer, *De afwikkeling van een huwelijksgemeenschap*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 128. Nuytinck verdedigt in zijn annotatie bij het onderhavige arrest dat de artikelen 3:195 lid 2 en 3:200 BW slechts mee brengen dat de verdeling in goederenrechtelijke zin onaantastbaar is geworden, maar een obligatoire aanspraak niet uitsluiten. A.J.M. Nuytinck, 'Samenloop in het verdelingsrecht', *AA* 2007, p. 515-519.

22 Zie hierover ook K.J.O. Jansen, 'De vervaltermijn van art. 3:200 BW en een vordering uit onrechtmatige daad', *MvV* 2007, p. 40-42.

andere dan een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Bovendien, een van de redenen dat er een vervaltermijn in 3:200 BW is opgenomen, is dat de vernietiging van een verdeling, onder andere vanwege de goederenrechtelijke consequenties, ook rechten van derden raakt. Daarom is de rechtszekerheid ermee gediend dat de deelgenoten niet ‘eindeloos’ na de verdeling nog zouden kunnen vernietigen. Derden zouden anders tot in lengte van jaren afhankelijk zijn van wat de deelgenoten doen.²³ Bij een vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW zijn in beginsel geen rechten van derden betrokken, zodat dit argument niet opgaat.

De Hoge Raad toetst in dit arrest of artikel 3:200 (en 3:196) BW exclusiviteit onontkoombaar meebrengt, het tweede element van het criterium om exclusiviteit aan te nemen, al noemt hij dit criterium niet. A-G Strikwerda loopt de twee elementen wel met zoveel woorden na:

‘13. Al aangenomen dat in het onderhavige geval de toepassingsgebieden van de regeling van art. 3:196 lid 1 BW en van de regeling van art. 6:162 BW elkaar (gedeeltelijk) overlappen en dus van samenloop sprake is, geeft de wet niet aan dat de regeling van art. 3:196 lid 1 BW bij samenloop ten opzichte van de regeling van art. 6:162 BW exclusieve werking heeft. Dit geldt met name ook voor de vervaltermijn van art. 3:200 BW; de vervaltermijn is volgens de bewoordingen van het artikel slechts van toepassing op een rechtsvordering tot vernietiging van een verdeling.

14. Brengt de wet bij samenloop exclusiviteit van de regeling van art. 3:196 lid 1 BW ten opzichte van art. 6:162 BW onvermijdelijk mee? Of anders gezegd: heeft het toekennen van de rechten in art. 3:196 lid 1 BW aan de bij een verdeling benadeelde partij en de daaraan verbonden vervaltermijn van art. 3:200 BW de strekking haar de rechten te ontnemen die de wet haar elders, meer bepaald in art. 6:162 BW, ook na ommekomst van de termijn van art. 3:200 BW, op grond van onrechtmatig handelen van de andere bij de verdeling betrokken partij(en) toekent?’

Het antwoord op deze laatste vraag luidt ontkennend en er is derhalve geen sprake van exclusiviteit van artikel 3:200 ten opzichte van artikel 6:162 (en 3:310) BW.

Zoals geïllustreerd in het zojuist besproken arrest, dient om te bepalen of een wettelijke regeling exclusief werkt ten opzichte van een andere regeling aan de hand van het criterium ‘dat de wet exclusiviteit onontkoombaar meebrengt’, de strekking van beide regelingen te worden bekeken. Daarbij kan niet zonder meer worden gesteld dat een beperktere regeling exclusief werkt ten opzichte van de algemene regeling. De eerste horde die daarbij moet worden genomen is de kwalificatie: zijn er wel een bijzondere en een algemene regeling te onderscheiden?

Vervolgens is van belang om de reden van de beperking in ogenschouw te nemen. Die reden kan zijn om de belanghebbende *minder* rechten te ver-

23 Lammers (*Vermogensrecht*), art. 200, aant. 2.

lenen. In dat geval zal inderdaad de meer beperkende regeling als *lex specialis* gelden. Gedachte daarvan is dat indien exclusiviteit niet zou worden aangenomen, de beperking nooit zou worden uitgevoerd, omdat de belanghebbende zich dan altijd op de algemene regeling zou beroepen, die hem ruimere mogelijkheden biedt.²⁴ De bijzondere regeling verwordt dan tot een dode letter en de gewenste beperking (dat die gewenst is, is onderzocht bij het onderzoek naar de strekking van de regeling) wordt niet bereikt.

Het is echter ook mogelijk dat de wetgever een bijzondere regeling creëert om de rechthebbende meer specifieke aanspraken te bieden. Dan is de bedoeling dus om de algemene wettelijke regeling aan te vullen met een specifieke regeling. In dat geval is de strekking van de bijzondere regeling nu juist niet om exclusief te zijn.²⁵

Punt hierbij is overigens weer dat vaak de bijzondere regeling ten dele een meer beperkte strekking heeft, maar in ander opzicht weer ruimer is. Dit is bij de regeling van de vernietiging van de gemeenschap bijvoorbeeld het geval bij de uitsluiting van de algemene dwalingsregeling (zie daarover de volgende paragraaf). Het adagium *lex specialis derogat legi generali* is dus alleen juist indien de rechtsgevolgen van de bijzondere regeling in alle opzichten ongunstiger zijn voor degene die daaraan rechten ontleent.²⁶

3.3 Een nadere indeling van gevallen van exclusiviteit

Zoals in de voorgaande paragraaf aan de orde kwam is niet steeds op het eerste gezicht bepaalbaar of een wetsartikel exclusieve werking moet krijgen. Naar mijn mening is een van de oorzaken hiervan, dat er twee te onderscheiden categorieën van exclusiviteit zijn, die niet altijd als zodanig worden herkend. Bovendien zal de tweede hier te bespreken categorie niet door iedereen als exclusiviteit worden beschouwd, maar als analoge toepassing of reflexwerking van een wetsbepaling worden aangemerkt.

3.3.1 Eerste categorie van exclusiviteit: route afgesloten

De eerste vorm van exclusiviteit doet zich voor als een wetsbepaling door de wetgever of in de rechtspraak buiten toepassing wordt verklaard. Hier staat op de T-splitsing duidelijk een verboden in te rijden bord bij een van beide routes. Een rechtsvordering die op zichzelf in de betreffende casus had kunnen worden ingesteld, wordt buiten toepassing verklaard. Dit is bijvoorbeeld het

24 Zie ook Brunner 1984, p. 29-30; Boukema 1992, p. 13.

25 Brunner 1984, p. 15. Brunner geeft het voorbeeld van 31 WVV (oud), het huidige art. 185 WVV, dat geldt als extra bescherming voor de voetganger of fietser en daarmee als aanvulling van art. 6:162 BW en niet als beperking daarvan.

26 Brunner 1984, p. 21.

geval in artikel 3:199 BW dat bepaalt dat op een verdeling van de gemeenschap de artikelen 6:228-230 (de ‘algemene’ dwalingsregeling) niet van toepassing zijn.²⁷ Titel 3.7 over de gemeenschap kent namelijk een eigen dwalingsbepaling in artikel 3:196 BW. De bewoordingen *niet van toepassing* geven al aan dat het hier gaat om het verboden in te rijden bord op de kruising. Dit is door de Hoge Raad nog niet zo lang geleden bevestigd in de volgende zaak.²⁸

HR 28 april 2006, over artikel 3:196 BW in verhouding tot artikel 6:228 BW

Het betreffende arrest gaat over de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap na echtscheiding. Tot de huwelijksgemeenschap behoorden aandelen in een BV. Partijen hebben de waarde in onderling overleg vastgesteld op 3 miljoen gulden.

Op 28 februari 2001 is de notariële akte van verdeling verleden. Op 26 februari 2002 roept de vrouw vernietiging van de overeenkomst van verdeling in. De vrouw stelt te hebben gedwaald bij het sluiten van de overeenkomst tot verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en bij die verdeling voor meer dan één vierde te zijn benadeeld. Zij voert daartoe aan dat zij vijf dagen na de ondertekening van de akte van verdeling uit de pers heeft vernomen dat de BV aan de Kennemervis Groep BV is verkocht. Zij heeft de ex-echtgenoot diverse malen gevraagd haar in te lichten over de verkoopprijs, maar hij weigert die informatie aan haar te verschaffen.

Het hof past de maatstaf van artikel 6:228 lid 1 sub b BW toe: heeft de man een mededelingsplicht jegens de vrouw geschonden (specifiek: had hij de vrouw over de verwachte overname moeten inlichten)? Het hof vindt van niet. Volgens de Hoge Raad is de verkeerde maatstaf aangelegd. Het gaat immers niet om artikel 6:228 lid 1 sub b, maar om artikel 3:196 BW:

‘3.4 (...) Bepalend voor die vernietiging is immers slechts of de vrouw toen zij instemde met een verdeling van de gemeenschap waarin de aandelen in de Holding voor een waarde van f 3.000.000 werden opgenomen en aan de man toegeedeeld, heeft gedwaald omtrent de waarde van die aandelen en daardoor voor meer dan een vierde is benadeeld.’

De wetgever heeft voor de vernietiging van een verdeling bewust een afwijking gemaakt van het algemene verbintenissenrecht en een exclusieve regel ingesteld. Het motief hiervoor is te vinden in de parlementaire geschiedenis. Het gaat om de bescherming van een eenmaal gemaakte verdeling.²⁹ De verdeling van een gemeenschap betreft bijvoorbeeld een nalatenschap of, zoals hier, een ontbonden huwelijksgemeenschap. Deze verdeling komt, aldus de parlementari-

27 Via de schakelbepaling artikel 6:216 BW zou artikel 6:228 BW in principe van toepassing kunnen zijn.

28 HR 28 april 2006, *RvdW* 2006, 449.

29 Zie *Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW*, p. 1308-1309.

re stukken, in de praktijk lang niet altijd zonder problemen tot stand en het is dan van belang dat een eenmaal gemaakte verdeling niet te makkelijk kan worden vernietigd. De gedachte is dat na de verdeling de deelgenoten ook niet meer met elkaar te maken moeten hebben.³⁰ Bovendien krijgt de rechtszekerheid veel nadruk vanwege de goederenrechtelijke consequenties van aantasting van een verdeling.

Een ander motief voor de regeling is geweest om recht te doen aan de verhouding tussen de deelgenoten. Zij zijn in beginsel ieder voor gelijke delen gerechtigd in een gemeenschap. Een afwijking van die gerechtigdheid voor gelijke delen is wel toegestaan, maar indien de afwijking meer dan een kwart bedraagt, treedt het wettelijk vermoeden in dat sprake is van benadeling, volgens artikel 3:196 lid 2 BW. Daarbij past de 'grove' maatstaf van een kwantitatief argument: dwaling voor meer dan een vierde van de waarde geeft de mogelijkheid tot vernietiging. De meer subtiele afweging tussen informatie- en onderzoeksplicht, de rol van verkeersopvattingen, en overige wegingsfactoren bij artikel 6:228 BW, doen hier bewust niet ter zake. Bovendien kan een beroep op vernietiging van de gemeenschap wegens dwaling alleen worden gegrond op een dwaling met betrekking tot de waarde van de gemeenschap. Eventuele andere onderwerpen waaromtrent is gedwaald bij de verdeling vallen niet onder de omschrijving van artikel 3:196 BW en kunnen daarom niet tot een beroep op dwaling leiden. Het beroep op dwaling van artikel 3:196 BW is dus enerzijds beperkter dan dat van artikel 6:228 BW, maar anderzijds ook eenvoudiger: er hoeft door de dwalende minder te worden aangetoond.

Het is de vraag of hier van een *lex specialis* moet worden gesproken: de criteria zijn *anders*, niet louter meer beperkt. De wetgever heeft het echter niet op vragen over wel of geen toepassing van het adagium '*lex specialis derogat legi generali*' laten aankomen en heeft de exclusiviteit in de wettekst (3:199 BW) opgenomen.

Een gevalstype dat eveneens in deze eerste categorie van exclusiviteit valt, is de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad. Daarbij speelt een belangrijke jurisprudentiële vuistregel een rol. Dit betreft een tweede jurisprudentiële vuistregel wat betreft exclusiviteit, naast de vuistregel dat exclusiviteit uitzondering is. Voorop gesteld wordt dat een vordering op grond van wanprestatie niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is gehandeld. Ofschoon deze regel wordt geformuleerd als: '*cumulatie mogelijk, tenzij*', is de uitwerking net andersom. Alleen indien de gedraging los van de schending van de contractuele verplichting als onrechtmatig kan worden beschouwd, is een vordering ex artikel 6:162 BW mogelijk. In alle andere gevallen, waar de vordering uit wanprestatie en onrechtmatige

30 W.R. Meijer, *Kiezen of delen. Enkele beschouwingen over de boedelscheiding* (oratie Heerlen), Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1986, p. 32-33; Lammers (*Vermogensrecht*), art. 196, aant 3.

daad 'over elkaar vallen', is de buitencontractuele route afgesloten: er staat een stopbord op de kruising. In de volgende paragraaf zal dat ook blijken.

3.3.2 Tweede categorie van exclusiviteit: gewenste bestemming niet bereikbaar

De tweede categorie van exclusiviteit is die waarin een bepaalde bestemming en niet de route wordt afgesloten. De eiser mag kiezen op welke grondslag hij zijn vordering wil baseren, maar het door hem gewenste rechtsgevolg (bijvoorbeeld het hoogste bedrag aan schadevergoeding) kan niet worden bereikt. De casus uit het arrest gebrekkige ladder Althuisius vormt hiervan een voorbeeld.³¹

Bos leent een ladder van Althuisius. Terwijl Bos langs de ladder naar beneden klimt, breken de bomen van het bovenste deel van de ladder. Bos breekt beide hielbenen en raakt hierdoor arbeidsongeschikt.

De vraag was nu of artikel 7A:1790 BW exclusief op de aansprakelijkheid van Althuisius van toepassing was, of dat de vordering ook op artikel 6:173 BW (gebrekkige zaken) kon worden gegrond. Dit was van belang omdat artikel 7A:1790 BW bepaalt dat de uitlener slechts aansprakelijk is voor het geval dat hij het gebrek heeft gekend en de gebruiker daarvan niet in kennis heeft gesteld. Artikel 6:173 BW legt een risicoaansprakelijkheid op de bezitter van een gebrekkige zaak, ook indien de bezitter niet van het gebrek af wist. Althuisius kende het gebrek niet en is dus op grond van artikel 7A:1790 BW niet aansprakelijk, maar zou dat op grond van artikel 6:173 BW wel zijn.

In cassatie werd aangevoerd dat artikel 7A:1790 BW niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is gehandeld.

Dit middel slaagt niet. De Hoge Raad oordeelt:

'3.3 (...) De strekking van het bepaalde in art. 1790 brengt mee dat, nu – zoals het Hof heeft overwogen – door Bos niet is gesteld en evenmin is gebleken dat enig ander feit dan juist een gebrek van de uitgeleende zaak oorzaak van het ongeval is geweest, die bepaling hier bij uitsluiting van toepassing is. Art. 1790 strekt immers ertoe de uitlener die een zaak om niet aan een ander ten gebruike geeft, alleen aansprakelijk te houden voor de schadelijke gevolgen van een gebrek van de zaak, indien hij dat gebrek kende maar de gebruiker van het bestaan ervan niet in kennis heeft gesteld. Die strekking verzet zich tegen de toepasselijkheid van de bepalingen ter zake van onrechtmatige daad, voor zover deze uitgaan van een verdergaande aansprakelijkheid voor gebreken van een zaak.'

Brunner vermeldt in zijn noot bij dit arrest – instemmend – dat de Hoge Raad zijns inziens niet zegt dat de lener niet uit onrechtmatige daad kan ageren, maar alleen dat de aansprakelijkheid van de uitlener ook dan niet verder gaat

31 HR 22 november 1996, NJ 1998, 567.

dan die uit artikel 7A:1790 BW. De betreffende passage uit het arrest heb ik hier gecursiveerd.

Dat de beperking uit de ene regel ook geldt indien een beroep wordt gedaan op de andere regel, komt echter pas aan de orde, indien is vastgesteld dat in beginsel beide regels mogen worden toegepast. Met andere woorden: er moet sprake zijn van een exclusiviteitsregel die valt onder het casustype: route toegestaan, gewenste bestemming niet. Indien op de T-splitsing een 'verboden in te rijden' bord staat, wordt aan de vraag of de beperkingen van de ene regel ook gelden voor de andere regel niet toegekomen.

Ook dit kan weer worden geïllustreerd aan de hand van een recent arrest van de Hoge Raad.³²

HR 2 maart 2007, over artikel 7:661 BW in verhouding tot artikel 6:162 BW

Werknemers van het bedrijf NBW plegen fraude. Zij worden met onmiddellijke ingang ontslagen. NBW vordert vergoeding van de schade die zij door de fraude heeft geleden. Volgens NBW moet de vordering worden gebaseerd op onrechtmatige daad en niet op de – beëindigde – arbeidsovereenkomst. In dat laatste geval gelden respectievelijk artikel 2:9 en 7:661 BW. Een bestuurder is pas aansprakelijk ex artikel 2:9 BW indien hem van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt.³³ Artikel 7:661 BW bepaalt dat pas indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, hij jegens de werkgever aansprakelijk is voor de door hem toegebrachte schade. Deze contractenrechtelijke bepalingen leiden in dit geval derhalve minder snel tot aansprakelijkheid dan artikel 6:162 BW.

De rechtbank wijst de vordering af: het handelen van de ex-werknemers kan niet los worden gezien van hun hoedanigheid (werknemers respectievelijk bestuurder) en dus van de contractuele relatie tussen hen en NBW. Dit zijn daden die verband houden met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De grondslag voor schadevergoeding is dan contractenrechtelijk. De vordering is echter exclusief gegrond op onrechtmatige daad en daarom niet toewijsbaar, aldus de rechtbank.

Het hof redeneert dat nu de maatstaf van de contractenrechtelijke bepalingen aanzienlijk stringenter is dan de algemene onrechtmatige daadsvordering, de contractenrechtelijke bepalingen het karakter hebben van een *lex specialis* die niet omzeild mag worden door op ruimere grondslag te procederen. Daarbij komt dat de vordering gebaseerd op 6:162 BW – letterlijk – in eerste instantie door de rechtbank wordt behandeld, terwijl de vordering gegrond op de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter thuis hoort.

Volgens de Hoge Raad dient echter eerst de vraag te worden beantwoord of onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een

32 HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240.

33 Zo is in de rechtspraak uitgemaakt, zie punt 2.11 conclusie A-G Timmerman met verwijzingen.

verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst, sprake was van een onrechtmatige daad. Voor het antwoord op die vraag is het feit dat artikel 2:9 of 7:661 BW een stringenter maatstaf bevat dan artikel 6:162 BW niet beslissend.

‘3.4.5 Op grond van het voorgaande en in het licht van de grieven van NBW, meer in het bijzonder grief II (zie hierboven in 3.4.1), diende het hof, afgezien van de voor de aansprakelijkheid van S. als bestuurder in hoger beroep primair gekozen arbeidsrechtelijke grondslag, op de door NBW aangevoerde grondslag onrechtmatige daad, de vraag te beantwoorden

(a) of onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst, sprake was van een onrechtmatige daad van S. c.s. en, zo ja,

(b) wat ter bepaling van de aansprakelijkheid van S. c.s., de in art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW neergelegde maatstaven meebrengen.

3.4.6 Uit het vorenoverwogene volgt dat het hof, gesteld voor de zojuist genoemde vraag, in rov. 7 heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting. Dat art. 2:9 BW of art. 7:661 BW een ‘stringenter’ maatstaf bevat dan art. 6:162 BW is immers, anders dan het hof oordeelde, niet beslissend voor het antwoord op de vraag onder (a) terwijl het heeft miskend dat eerst nadat die vraag zou zijn beantwoord, de vraag onder (b), betreffende de aan te leggen maatstaven, aan de orde zou komen.’

De Hoge Raad zegt dus dat eerst moet worden vastgesteld of beide regelingen van toepassing zijn. De vraag die daartoe moet worden beantwoord is hier (bij samenloop van onrechtmatige daad en contract) niet: geldt de ene regeling als specialis van de andere regeling, maar is de gedraging ook los van het contract onrechtmatig.³⁴ Die vraag moet eerst worden beantwoord; dan is duidelijk of artikel 6:162 BW ‘überhaupt’ van toepassing is. Pas daarna wordt naar de strekking van de twee regelingen gekeken, om een eventuele exclusieve werking vast te stellen.

De regeling op grond van de arbeidsovereenkomst leidt in minder gevallen tot aansprakelijkheid (is in die zin beperkter) dan artikel 6:162 BW. Dit brengt het hof tot de redenering dat er sprake is van exclusiviteit. Die gedachtegang is niet vreemd, omdat soms uit het feit dat de ene regeling beperkingen kent, die de andere regeling niet heeft, wel degelijk moet worden afgeleid dat deze

34 HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, 476 (de Surinaamse postbode); HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157 (Boogaard/Vesta). Vgl. de omschrijving van art. 6:162 BW: onder strijd met een recht laat men de subjectieve, althans contractuele, rechten bewust niet vallen. *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 615: ‘Uit het stelsel van het ontwerp volgt dat met de woorden ‘wettelijke plicht’ in de artikelen 1 en 2 alleen bedoeld wordt op een rechtsplicht, waarmee niet een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat. Indien immers krachtens de wet een verbintenis bestaat tussen twee personen, zijn de rechtsgevolgen van gedragingen van de schuldenaar in strijd met zijn verplichtingen, niet in de onderhavige titel maar in afdeling 6.1.8 geregeld.’

regeling exclusieve werking heeft. Dat is echter een ander type exclusiviteit dan zich hier voordeed. In het geval dat het hof voor ogen had, kan de chauffeur beide routes nemen, maar wordt hij teruggedleid naar één bestemming: die met de meest beperkte aansprakelijkheid. De Hoge Raad vraagt zich echter af – in mijn terminologie althans – of er geen stopbord op de T-splitsing staat, dat de delictuele route verbiedt en alleen de contractenrechtelijke weg toestaat.

De Hoge Raad is in dit arrest mijns inziens wel veel duidelijker dan in gebrekkige ladder *Althuisius*. Daar werd door het cassatiemiddel aangevoerd dat artikel 7A:1790 BW (slechts dan) niet in de weg staat aan een vordering uit onrechtmatige daad, wanneer onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is gehandeld. De Hoge Raad gaat op die eerste vuistregel niet in en ook A-G De Vries Lentsch-Kostense doet dat niet, al noemt zij deze regel wel als voorwaarde. Impliciet wordt de horde genomen dat de delictuele weg openstaat. Het hof lijkt in de zaak NBW de overweging van de Hoge Raad in gebrekkige ladder *Althuisius* te volgen, maar omdat dáár kennelijk het openstaan van de delictuele weg zo voor de hand liggend werd geacht dat daar geen melding meer van wordt gemaakt, kan die overweging niet zonder meer worden gevolgd.

Overigens vind ik het openstaan van de delictuele weg in de casus die ten grondslag lag aan het arrest gebrekkige ladder *Althuisius* niet zo voor de hand liggend. Is de gedraging (het ter beschikking stellen van een gebrekkige ladder) ook los van de bruikleenovereenkomst onrechtmatig? Daar zou ik over twijfelen, ware het niet dat het niet om de verhouding tot 6:162, maar om de verhouding tot 6:173 BW ging. De risicoaansprakelijkheid van de bezitter is inderdaad los van het contract te bepalen.³⁵

De gedachte dat de beperkingen van de ene regeling (meestal de contractuele) ook gelden bij toepassing van de andere regeling, is op meer plaatsen terug te vinden, vooral waar het exoneratieclausules betreft. Over het algemeen wordt aangenomen dat contractuele bedingen tot beperking van aansprakelijkheid als regel strekken tot beperking van zowel de contractuele als de buitencontractuele aansprakelijkheid.³⁶

Ook wat betreft verjaringstermijnen zijn er meerdere gevallen bekend waarin de beperkingen van de ene regeling ook gelden bij toepassing van de andere regeling en waarin dus sprake is van exclusiviteit in die zin dat de route wel is toegestaan, maar de gewenste bestemming niet mag worden bereikt.

Ik noem hier als voorbeeld in de eerste plaats het veelbesproken arrest *Inno/Sluis*.³⁷ Daarin is aangenomen dat de korte, contractenrechtelijke, verjaringstermijn uit artikel 7:23 lid 2 BW gold en niet de verjaringstermijn van

35 Waarbij ik me afvraag of de vuistregel dan niet te veel wordt opgerekt.

36 Zie o.a. G.J. Rijken, *Exoneratieclausules* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1983, p. 26; Kritisch: Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 11.

37 HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272.

de onrechtmatige daad. De verjaringstermijn uit artikel 7:23 lid 2 BW heeft dus exclusieve werking ten opzichte van de verjaring van de onrechtmatige daadvordering. De exclusiviteit staat niet met zoveel woorden in de wetbepaling zelf, maar dient uit de strekking van de wet te worden afgeleid, waarbij de parlementaire geschiedenis een belangrijke bron vormt. Daarin valt te lezen dat de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW bedoeld is: 'voor iedere vordering en ieder verweer van de koper gegrond op het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst, dus ook voor een verweer of vordering op grond van dwaling. De grens tussen dwaling en wanprestatie is in de praktijk vaak moeilijk te trekken. Het bovenstaande brengt mee dat lid 2 voor de daardoor bestreken dwalingsgevallen bij koop een *lex specialis* inhoudt.'³⁸ De exclusiviteit van de korte verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW lijkt dus niet alleen te gelden ten opzichte van de verjaringstermijn van de onrechtmatige daad, maar ook ten opzichte van de verjaringstermijnen van alle andere wetsartikelen waarmee artikel 7:17 BW (non-conformiteit) samenloopt.³⁹

Een tweede voorbeeld van de exclusieve werking van een verjaringstermijn wordt gevormd door een ander recent arrest van de Hoge Raad.⁴⁰ Het ging, net als in het klassieke *Bertha/Revenir*, over een aanvaring, zij het niet tussen twee schepen, maar tussen een schip en een kabel. Een motorkraanschip verrichtte baggerwerkzaamheden in de IJssel en raakte daarbij met de kraan de in de bodem gelegen gasleiding van Essent. Essent stelt een vordering in op grond van artikel 6:162 BW. De baggeraar verweert zich met een beroep op verjaring op grond van artikel 8:1793 BW, de tweejarige verjaringstermijn voor schadevergoeding wegens aanvaring. De termijn van een vordering op grond van artikel 6:162 BW, vijf jaar, is nog niet verlopen, maar deze kortere termijn wel. De Hoge Raad oordeelt dat deze kortere termijn inderdaad exclusieve werking heeft: '4.2 (...) Een andere opvatting zou immers leiden tot onaanvaardbare doorkruising van laatstbedoelde, korte, verjaringstermijn omdat die dan in de praktijk als ongeschreven kan worden beschouwd.'

In beide genoemde gevallen zijn de routes wel toegestaan, maar wordt de gewenste bestemming geblokkeerd. Indien er in een contractuele verhouding sprake is van non-conformiteit, dan is het onder omstandigheden wel toegestaan om een vordering tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW in te stellen, of een vordering tot vernietiging op grond van artikel 6:228 of 3:44 BW, maar

38 *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 146-147.

39 Zie over dit arrest – mijns inziens terecht – kritisch: J. Hijma, 'Verjaring bij nonconformiteit en onrechtmatige daad', *WPNR* 2006, p. 557-558. Hij geeft aan dat het arrest ook beperkter kan worden opgevat, namelijk in die zin dat de exclusiviteit van artikel 7:23 lid 2 alleen geldt voor samenloop met andere vorderingen die inhoudelijk niet of nauwelijks van nonconformiteitsklachten zijn te onderscheiden.

40 HR 15 juni 2007, *LJN* BA1414.

de verjaringstermijn is in alle gevallen die van artikel 7:23 lid 2 BW.⁴¹ En bij aanvaring mag de algemene route van artikel 6:162 BW best worden verkozen boven die van boek 8, maar de verjaringstermijn blijft die van artikel 8:1793 BW.⁴²

3.4 WAARTOE LEIDT DEZE CATEGORISERING?

Wat levert de indeling in gevallen van exclusiviteit waarin de route is afgesloten enerzijds en gevallen waarin (louter) de gewenste bestemming is afgesloten anderzijds op?

De eerste categorie van exclusiviteit (waarbij de route is afgesloten), levert voor de begripsbepaling volgens mij geen onduidelijkheden op. De gehele regeling is buiten toepassing verklaard. Het probleem ontstaat bij de tweede categorie. Niet iedereen denkt bij die tweede categorie aan exclusiviteit of zelfs maar aan samenloop. Sommige juristen zullen dit eerder analoge toepassing van een wetsbepaling op een casus waarvoor de bepaling strikt genomen niet is geschreven noemen,⁴³ of zullen dit als reflexwerking aanduiden.⁴⁴ Ook de Hoge Raad bedient zich wel van deze terminologie, getuige de volgende passage uit het eerder besproken arrest over de al dan niet exclusieve werking van de vervaltermijn van artikel 3:200 (met betrekking tot de vernietiging van een verdeling van een gemeenschap) ten opzichte van artikel 6:162 BW:

‘4.2 (...) De bewoordingen waarin art. 3:200 is gesteld bieden geen enkele steun aan een bevestigend antwoord daarvan. Bovendien pleit de aard van de desbetreffende bepaling – een vervaltermijn – *tegen analoge toepassing of reflexwerking daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7*, waarvan deze bepaling onderdeel uitmaakt. (...)’ (cursivering IH).

Reflexwerking is het mijns inziens niet, hoewel dat een kwestie van definitie is. Bij reflexwerking denk ik bijvoorbeeld aan reflexwerking van artikel 185 WvW. Artikel 185 WvW heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de automobilist, die betrokken is bij een ongeval met een ongemotoriseerde (een voetganger of fietser). Die aansprakelijkheid van de automobilist gaat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad vrij ver: de voetganger of fietser (van

41 Althans in de ‘ruime’ interpretatie van Inno/Sluis en de parlementaire geschiedenis van artikel 7:23 BW.

42 Vgl. Van der Wiel, ofschoon zijn voorkeur – in het door hem beschreven geval van samenloop bij aanvaring – uitgaat naar exclusiviteit van rechtsgevolgen, B.T.M. van der Wiel, ‘Samenloop van termijnen’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Termijnen*, BWKJ 20 (2004), p. 144.

43 Vgl. Van der Wiel 2004, p. 141-146.

44 Zie recent W.M. Kleyn, ‘Reflexwerking van beperkende bepalingen op een actie met onrechtmatige daad’, *ftV* 2007, mei, p. 4-7.

14 jaar en ouder) krijgt 50% van zijn schade vergoed, behoudens de beperkte mogelijkheid van een beroep op overmacht door de bestuurder. Indien nu (ook) de automobilist schade heeft en een vordering tot schadevergoeding instelt jegens de fietser, dan is artikel 185 wvw daarop niet van toepassing. De vordering zal dus worden gebaseerd op artikel 6:162 BW. De reflexwerking van artikel 185 wvw brengt echter met zich mee dat de omvang van de aansprakelijkheid van de fietser wordt beperkt.⁴⁵ Dit is volgens mij wat ook Boukema als reflexwerking aanmerkt: het toepassingsgebied van een rechtsregel wordt beperkt door een andere rechtsregel waarvan het toepassingsgebied in het geheel niet samenvalt met dat van de eerste rechtsregel.⁴⁶ Bij die definiëring van reflexwerking gaat reflexwerking over een situatie waarin er nu juist geen samenloop van vorderingen bestaat. De 'reflexwerking' die eventueel gezien kan worden in 'mijn' tweede categorie is de 'reflexwerking' van een rechtsgevolg verbonden aan de ene vordering op een andere vordering. Beide rechtsvorderingen zijn echter wel in beginsel in te stellen en dat is een wezenlijk verschil met reflexwerking zoals ik dat begrip versta.

Mijns inziens is ook in deze tweede categorie dus sprake van samenloop, maar het is wel nuttig dat men zich realiseert dat het niet gaat om exclusiviteit van de ene regeling ten opzichte van de andere regeling, zoals in de eerste categorie, maar dat het gaat over slechts één element daaruit. Anders gesteld: de vorderingen lopen wel samen (alternatief of cumulerend), maar de sancties, de rechtsgevolgen, cumuleren of alterneren niet.

Met betrekking tot deze gevallen van exclusiviteit, dus waar alleen het resultaat exclusief is, kan denk ik het *criterium* om exclusieve werking te bepalen worden gespecificeerd. Het criterium dat wordt gehanteerd is dat de wet exclusiviteit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt. Dit criterium blijkt nu dus betrekking te hebben op het resultaat, op het wenselijke rechtsgevolg. Het eerste gedeelte van het criterium lijkt me verder geen nadere specificatie te behoeven. Indien de wet exclusiviteit met zoveel woorden voorschrijft, is dat duidelijk genoeg. Het tweede gedeelte van het criterium, dat de wet exclusiviteit onontkoombaar meebrengt, is echter niet zo duidelijk. Daarvan kan nu worden gezegd dat in een flink aantal gevallen het criterium kennelijk is dat de onontkoombaarheid van de exclusiviteit betrekking heeft op de onontkoombaarheid van het exclusieve resultaat. Het is niet zo dat de vorderingen onontkoombaar niet kunnen samenlopen, nee het gaat louter om het rechtsgevolg. Deze constatering is natuurlijk niet nieuw: bekend is dat problemen bij samenloop juist ontstaan als cumulatie *van rechtsgevolgen* niet mogelijk is. Wat denk ik echter wel meer kan worden benadrukt, is dat de koppeling van rechtsvordering en rechtsgevolg in deze gevallen van exclusiviteit wordt los gelaten. In de tweede door mij onderscheiden categorie wordt een rechtsgevolg gekoppeld aan een *andere* vordering, of vanuit het perspectief van de

45 Zij het dat die beperking niet inhoudt dat de 50% regel als zodanig reflexwerking heeft.

46 Boukema 1992, p. 19.

eiser: een rechtsgevolg van een andere vordering dan de vordering die is ingesteld wordt toegewezen. Ook deze omschrijving is echter nog te grof: slechts *een gedeelte* van het rechtsgevolg dat is gekoppeld aan een andere vordering wordt toegewezen; ‘alleen’ het gedeelte over de verjaringstermijn, of ‘alleen’ de exoneratie. Ik plaats het woord alleen hier tussen aanhalingstekens, omdat het natuurlijk de elementen zijn die het uiteindelijke resultaat bepalen; wel of geen (volledige) schadevergoeding bijvoorbeeld.

4 CONCLUSIE

Wanneer is exclusiviteit van een wettelijke regeling ten opzichte van een andere wettelijke regeling aangewezen?

Bij de beantwoording van deze vraag moet om te beginnen een aantal uitgangspunten in acht worden genomen. In de eerste plaats het uitgangspunt (ook wel vuistregel genoemd) dat exclusiviteit uitzondering is. Ten tweede het uitgangspunt dat ‘de’ exclusiviteit van een wettelijke regeling niet bestaat. Een regeling kan exclusief werken ten opzichte van een andere regeling, maar daarmee is niet alles gezegd: in samenloop met een derde wettelijke regeling hoeft in het geheel geen exclusiviteit te worden aangenomen.

Ik onderscheid twee categorieën van exclusiviteit: een waarbij de route is afgesloten en een waarbij (alleen) de gewenste bestemming is afgesloten. Het nut van het benoemen van dit onderscheid is het volgende.

Wanneer één van beide regelingen beperkingen kent, bestaat de neiging om die regeling als exclusief te bestempelen⁴⁷ (waarschijnlijk met het adagium *lex specialis derogat legi generali* in het achterhoofd). Het is echter mogelijk dat aan deze redenering in het geheel niet wordt toegekomen, omdat de regelingen niet tegen elkaar moeten worden afgewogen. Dat kan voorkomen als de wetgever één van beide regelingen in de wettekst exclusief van toepassing heeft verklaard (of buiten toepassing heeft verklaard). Het kan ook voorkomen dat er een jurisprudentiële vuistregel is die maakt dat een route wordt afgesloten. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de vuistregel dat bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor toepassing in aanmerking kan komen, indien de gedraging onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is. Is dat niet het geval, dan levert dat een stopbord op de kruising op: de delictuele route is afgesloten en tot een nadere afweging van de strekking van de contractrechtelijke regeling versus de delictuele regeling komt het dan niet. Er vindt wel een afweging plaats, maar dat is de afweging volgens de bovengenoemde vuistregel.

⁴⁷ Vgl. het in paragraaf 3.3.2 besproken arrest inzake de frauderende (ex)-werknemers, HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240.

Ten tweede kan worden verduidelijkt dat begrippen als reflexwerking en analoge toepassing van wetsbepalingen op verschillende wijzen worden gebruikt, zowel voor gevallen die wel samenloop behelzen als voor gevallen waarin juist geen sprake is van samenloop. In mijn visie is in ieder geval het begrip reflexwerking gereserveerd voor gevallen die geen samenloop behelzen, en is de door mij gesignaleerde tweede categorie van exclusiviteit juist wel een geval van samenloop (en dus geen reflexwerking).

Ten derde kan door het benoemen van het onderscheid tussen de twee categorieën het criterium om te bepalen of sprake is of moet zijn van exclusieve werking worden aangescherpt of op zijn minst verduidelijkt. In de tweede categorie van exclusiviteit gaat het om de exclusiviteit van het rechtsgevolg. De vordering en het rechtsgevolg worden losgekoppeld, waarbij een gedeelte van het rechtsgevolg wordt gekoppeld aan een andere vordering.