

# Paulianeuze gedachten

## over de plaats van het algemene en het bijzondere in het recht

Tijdens werkzaamheden aan de dakgoot van een woonhuis aan de Jordensstraat te Haarlem, breekt op 2 mei 1986 plotseling, ten gevolge van een gebrek, de ladder. Bos, de loodgieter die de werkzaamheden uitvoerde, tuimelt enige meters omlaag en breekt beide benen. Bos had de ladder geleend van Althuisius sr, de vader van de opdrachtgever. Althuisius sr was niet op de hoogte van het gebrek in de ladder.

Ter afwering van de door Bos ingestelde vordering uit onrechtmatige daad, beroepen de erven van de inmiddels overleden Althuisius sr zich op art. 7A:1790 BW, inhoudende dat de uitlener slechts aansprakelijk is, indien hij de gebreken heeft gekend en daarvan aan de gebruiker geen kennis gegeven heeft.

In drie instanties zegeviert het standpunt van de erven. Het Hof heeft overwogen dat voor dit geval 'speciaal is voorzien in de regeling van art. 1790 BW oud'. Het Hof verbindt daaraan de conclusie: 'voor een vordering uit onrechtmatige daad als door Bos gewild, is daarnaast dan geen plaats'. Het tegen dit oordeel gericht cassatieberoep is onlangs door de Hoge Raad verworpen (HR 22 november 1996, RvdW 1996, 233).

Op de achtergrond klinken vertrouwde klanken: *lex specialis derogat legi generali*. Art. 1790 is *lex specialis* ten opzichte van de wettelijke regeling van de onrechtmatige daad omdat de aansprakelijkheid uit art. 1790 alle kenmerken van een onrechtmatige daad omvat, plus nog één meer: de bruikleenverhouding. Toch zijn het niet deze anatomische bijzonderheden, die rechtvaardigen dat art. 1790 de toepasselijkheid van de regeling ter zake van onrechtmatige daad ter zijde stelt.

De gedachte dat in het recht het bijzondere het algemene buiten spel plaatst, gaat terug op Paulus, een Romeins jurist uit de derde eeuw na Chr.: *semper enim species generi derogat* (Dig. 32,99,5). Bij wat van hem nog resteert in ons huidige burgerlijk wetboek, de naar hem genoemde *actio Pauliana* (art. 3:45), loopt zijn theorie reeds vast. Hoewel stellig een *lex specialis* ten opzichte van art. 6:162 (onrechtmatige daad), sluit art. 3:45 de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad geenszins uit.

Over het arrest van 22 november jongstleden (de gebroken ladder) heeft Paulus echter nog heel wat te vertellen.

Hij legt de nadruk erop dat het bij bruikleen (*commodatum*) gaat om een belangeloze vrienden dienst. Hierin vindt de beperking van de aansprakelijkheid van de bruikleengever haar rechtvaardiging. Die aansprakelijkheid is echter wel op haar plaats als

U mij welbewust ondeugdelijke balken in bruikleen geeft om mijn huis te stutten. Door een vrienden dienst behoren wij te worden geholpen, en niet te worden bedrogen (Dig. 13,6,17).

De beperkte aansprakelijkheid vindt haar grond in de gedachte dat de bruikleengever geheel om niet het belang dient van de bruikleennemer.

Stel, mijn buurvrouw vraagt mij: buurman, wees zo goed mijn kat te bevrijden uit haar benarde positie in de dakgoot; neem maar de ladder die in mijn schuur staat. Zou de ladder breken door een gebrek dat mijn buurvrouw onbekend is, en zou ik, met de kat in mijn armen, het er weliswaar levend, maar toch niet zonder kleerscheuren, afbrengen, dan is het alleszins redelijk dat de schade wordt gedragen door (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) mijn buurvrouw.

Een en ander maakt duidelijk dat de Haarlemse ladder een grensgeval betrof. De ladder was ter beschikking gesteld om een karwei te klaren aan het huis van de zoon van de bruikleengever.

's Hofs arrest bevat nog een interessante overweging ten overvloede. Aan de constatering dat naast art. 1790 voor een vordering uit onrechtmatige daad geen plaats is, wordt toegevoegd: 'De door Bos voorgestane anticipatie op art. 6:173 BW zou dit overigens niet anders maken'.

Wat indien de fatale val had plaatsgevonden na 1 januari 1992?

De voortgang van het recht wordt gekenmerkt door een ononderbroken golfslag van veralgemening en verbijzondering. De bijzondere aansprakelijkheden in de *lex Aquilia* (voor schade aan slaven en viervoetig vee, verbranding en vernieling van zaken) is sterk veralgemeend in art. 1401 van het burgerlijk wetboek van 1838 ('elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht'). Bij de inwerkingtreding van zijn opvolger in 1992 hebben zich weer bijzondere aansprakelijkheden afgesplitst, zoals de risico-aansprakelijkheid van de bezitter van een gebrekkige zaak (art. 6:173). Toch heeft deze nieuwe regel een aanmerkelijk ruimere reikwijdte dan de oude bepaling van art. 1790; (vrijwel) iedere bruikleengever is bezitter, maar het omgekeerde geldt niet: lang niet iedere bezitter geeft de zaak in bruikleen.

Zo krijgt het samenloopprobleem een intertemporele dimensie: wat indien na een oude *lex specialis* een nieuwe bepaling in werking treedt, die ten opzichte van de oude moet worden aangemerkt als een *lex generalis*?

Dit vraagstuk heeft reeds in de zestiende eeuw de aandacht getrokken. De Franse humanist Muret(us)

houdt het ervoor dat de oude, speciale bepaling moet wijken voor de nieuwe, algemene ('crediderim speciale tolli'; aangehaald door Kamphuisen in dit tijdschrift, 1942, p. 315). De kwestie blijft onstreden. Kamphuisen beantwoordt haar 'zonder enig voorbehoud' in tegengestelde zin (p. 336).

Zo algemeen gesteld, leent de vraag zich niet voor beantwoording met een zonder voorbehoud uitgesproken ja of nee. Het gaat erom te bepalen of de grond waarop de oude, speciale regel rust, zijn funderende kracht heeft behouden, ook nadat een nieuwe algemenere regel in werking is getreden, zonder dat de oude uitdrukkelijk is afgeschaft. Is de moderne regel dat we, ook zonder dat ons verwijt treft, moeten opkomen voor de schade die derden lijden doordat de zaken waarmee we ons omringen onveilig blijken te zijn, verenigbaar met de oude, aan art. 1790 ten grondslag liggende, gedachte dat wie belangeloos, bij wege van vriendendienst aan een ander een zaak ter beschikking stelt, niet aansprakelijk behoort te zijn, wanneer hij niet op de hoogte was van het gebrek in de door hem ter beschikking gestelde zaak?

*Semper enim species generali derogat?*

Het recht wordt gevonden door in het bijzondere het algemene te zien, en in het algemene het bijzondere te ontwaren.

De beperking van de aansprakelijkheid in art. 1790 vindt haar rechtvaardiging in een grond (belangeloosheid) die een veel ruimer draagvlak biedt, en die bijvoorbeeld ook bij schenking van een – naar achteraf blijkt – gebrekkige zaak een vergelijkbare beperking van de aansprakelijkheid wettigt (vgl. art. 7.3.9 ontwerp NBW).

In het algemene het bijzondere ontwaren. Bruikleen is bruikleen? Kan de hotelhouder die zijn gasten op hun verzoek een fiets in bruikleen geeft, onder verwijzing naar art. 1790, volstaan met de stelling dat de gast die letsel heeft opgelopen doordat bij het afdalen van de Lochemse berg de remmen plotseling faalden, maar moet bewijzen dat hij – de hotelhouder – op de hoogte was van het gebrek?

We stuiten hier op een oude gedachte, ook stammend uit de dagen van Paulus: *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*. Als de grond voor de beperking van de aansprakelijkheid in art. 1790 verdwijnt, verliest die bepaling haar exclusieve werking en verschijnen de algemene aansprakelijkheidsregels wederom aan de horizon.

JHN  
december 1996