

OUD EN NIEUW

BW-krant jaarboek nr. 4

redactie:
Mr A.G. Castermans
Mr W.A.K. Rank
Mr F.J. de Vries

Leiden 1988

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Oud

Oud en nieuw / red.: A.G. Castermans, W.A.K. Rank, F.J. de Vries -
Leiden : Rijksuniversiteit Leiden. - (BW-krant jaarboek ; nr. 4)
Uitg. van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, vakgroep Civielrechtelijke vakken, afd. Burgerlijk Recht.
ISBN 90-6385-138-3
SISO 397 UDC 347.1 (492)
Trefw.: Burgerlijk Wetboek

c 1988, mr T.J. Mellema-Kranenburg, mr G.H. Lankhorst, mr B.E. Reinhardt, mr E.B. Berenschot, mr M.M. Olthof, mr M.E. Franke, mr W.L. Valk, mr C.G. Breedveld-de Voogd, mr W.J.G. Oosterveen, mr M.E.L. Fikkers-van der Spek, mr J. van Duijvendijk-Brand, mr A.G. Castermans, mr A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, mr R.A. Dozy, mr Jac. Hijma, mr M.H. Wissink, mr F.J. de Vries, mr W.A.K. Rank, mr J.J. Sturm, mr R.J.B. Boonekamp, mr W.G. Huijgen, M. de Lange en T. Tekstra, mr B.J. Engelen, mr J.F.M. Janssen, mr C.J.J.M. Stolker.

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

VOORWOORD

Het Burgerlijk Wetboek bestaat bijna 150 jaar en al die jaren wordt de studie van het burgerlijk recht beoefend aan de Leidse Juridische Faculteit. Grote namen heeft de Leidse Faculteit in dit verband opgeleverd in het verleden. Men denke in onze eeuw aan Meijers, de gebroeders Drion e.a.

Het huidige Burgerlijk Wetboek begint thans het einde van zijn legaal bestaan te naderen, maar na 150 jaar trouwe dienst is het BW een verdiende rust gegund.

Gezien de korte tijd dat het huidige BW nog te leven heeft, hebben de medewerkers van de Afdeling burgerlijk recht een gereede aanleiding om gezamenlijk het zoeklicht te werpen op dit van ons scheidende maar toch zo vertrouwde Burgerlijk Wetboek.

Dit boek moet dan ook beschouwd worden als een hommage aan het huidige BW dat ons generaties gevoed heeft bij de ontwikkeling in literatuur en jurisprudentie.

Enkele punten uit de rijke historie van ons Burgerlijk Wetboek, in intieme kring bekend als B.W.

Zoals meestal kwam ook BW tot stand door de samenwerking van zijn makers. Eerst moest hij alleen door het leven voornamelijk gevoed door P.G. (Parlementaire Geschiedenis). Maar al spoedig kreeg hij speelkameraadjes, vooral de jurisprudentie en de literatuur. Hier volgen enkele grepen over zijn avonturen voornamelijk met de eerste kameraad, jurisprudentie; welke avonturen niet hebben nagelaten BW tot een op vele punten ander aanzien te geven. We beperken ons tot de 20e eeuw. In 1905 moest BW ervaren, dat niet alle beloften zakelijke werking hebben; de Berlipsstraat werd nooit aangelegd en zo heeft BW moeten meemaken dat rechtvolgwers meer en meer aan de ketting werden gelegd, tengevolge waarvan de Rhedense koe uit 1898 struikelde toen zij op weg was naar de Arena uit 1903, nu de Loosduinse Lantaarnpaal in 1904 moest worden verwijderd.

Na deze belevenis rond de eeuwwisseling moest BW zich rond 1920 oneerlijke concurrentie laten welgevallen die echter gelukkig kon worden afgestraft. BW ontving voorts een delegatie van stromannen, die echter hun bezit niet konden bewijzen en voor niets kwamen.

Tegen 1925 kwamen er ook kledingproblemen. Nadat in 1924 de bontmantel als onzedelijk was gebrandmerkt, moest men zich behelpen met een ouderwetse sarong uit 1916 geweven op een al even ouderwets weefgetouw; tenslotte: contract is contract.

Een poging om het huis van BW te laten verfraaien door f 35.000,- aan de Goudse Bouwmeester te betalen, liet op niets uit, maar het geld werd ook niet teruggegeven. Tegen 1929 kwamen er culinaire problemen; als de intussen volwassen BW zich er niet mee mag bemoeien als zijn vriend Staat de strooppot leegeet, toont hij meer fiducia in de Bierbrouwershoek te hebben, al waren zijn verwachtingen toch te hoog gespannen ten aanzien van het marktcafé.

Het bouwen van een watertoren in de jaren 30 leidt tot niets en veroorzaakte zelfs jaren later nog het uitdrogen van de landen van Jochems bij Den Haag, op zichzelf een rechtmatige daad.

Als in december 1937 de schutting aan de Lentse kant van het huis van BW moet worden afgebroken en de bloembollen een dansje van vreugde maken worden zij diezelfde maand nog bars door de jurisprudentie teruggeroepen, nu zij geen notariële akte kunnen tonen en ook de Unitas-studenten hebben - nog steeds in 1937 - hun vreugde slechts in stilte mogen vieren. Voorwaar een enerverende decembermaand voor BW.

In 1938 ondervindt BW nogal wat overlast van de politie. De Voorburgse agenten komen op weg naar Stompwijk met veel rumoer langs en ook de Haagse politie maakt nogal hardhandig gebruik van zijn beleidsvrijheid als de helden op de kermis komen. Met die beleidsvrijheid krijgt BW op latere leeftijd heel wat te stellen. Een vordering van woonruimte kan BW in Zandvoort gelukkig afwenden, maar alleen met een beroep op détournement de pouvoir; in Landsmeer wordt BW's vertrouwen in het woord van de overheid echter toch ernstig beschaamd. Bij het ophalen van jeugtherinneringen aan de lantaarnpaal ontmoette BW in 1981 in park Ockenburgh twee oude vrienden die ongelijk werden behandeld op grond van overheidsbeleid. Hieraan kwam pas in 1987 een eind toen het beleid geprivatiseerd werd en door Ikon beleidsbureau kon worden uitgevoerd. Ook bij de reizen die BW heeft gemaakt is er veel gebeurd. Bij de Eindhovense Benzinepomp kon BW nog twee wegen nemen; op de weg naar Hoogeloon werd dan tol geheven, maar de weg naar Heesch bleek later tolvrij. Beide wegen mondden tenslotte toch uit in één van kabel voorziene weg in Smilde. Naar Smilde voert trouwens ook

de weg uit Zijpe en Hazepolder, waar BW met de beginselen van behoorlijk bestuur heeft kennism gemaakt, een grotere broer van GT (Goede Trouw). Eenmaal in Smilde aangekomen moest BW kabelgeld betalen overeenkomstig het daar bekende liedje: zo zijn onze Algemene Manieren. Door de bijzondere zorg voor de belangen van de burgers in de gemeente Smilde ontmoette BW ook zijn oude kennis GT zelf in het anticiperend klee d naar de laatste mode. BW had GT al reeds lang bij verschillende uitvoeringen ontmoet en was hem tegengekomen in 1967 met een derogerende wonderlamp. Deze lamp werd eerst alleen gebruikt bij exoneratieclausules, maar in 1981 werd een gescheiden vrouw door een kuur met deze wonderlamp van de Katwijkse Boedelscheiding afgeholpen.

Zo gezien heeft BW dus heel wat meegemaakt met GT; in dit verband sprak BW nog de gedenkw aardige woorden: als je in 1931 nog gelooft dat een mark een mark is, dan komt in 1981 Boontje om zijn van Loontje.

Voor al uit dit laatste blijkt dat BW veel geleerd heeft van de omgang met jurisprudentie, maar toch langzamerhand een leeftijd begint te krijgen, dat hij de fakkel moet overgeven aan de nieuwe generatie van NBW.

We zijn benieuwd of het NBW evenzo zal vergaan of dat MvT (Memorie van Toelichting) het vriendje jurisprudentie voldoende onder de duim zal houden. De toekomst zal het leren.

De Afdeling burgerlijk recht hoopt in elk geval dat deze hommage ook bij de lezer bewondering zal opwekken voor het bouwsel dat door het BW samen met beoefenaars daarvan is opgericht.

Mede namens de redactie wil ik de dames P.M. Braam en T. Gelauff-Veenhof, beiden werkzaam op het secretariaat van de Afdeling burgerlijk recht, en A. Kriek, werkzaam op de afdeling universitaire reproductie, hartelijk danken voor hun hartverwarmende medewerking bij de technische realisering van dit vierde BW-krant jaarboek. Dank verdient ook mr W.L. Valk, docent bij de Afdeling burgerlijk recht, die redactie en secretariaat steeds met raad en daad terzijde stond.

W.M. Kleijn

Leiden, januari 1988

INHOUD

OUDE	blz.
Handelingsonbevoegdheid mevr. mr T.J. Mellema-Kranenburg	1
Uitleg van overeenkomsten mr G.H. Lankhorst	12
Bestendig gebruikelijk beding mevr. mr B.E. Reinhartz	19
De artikelen 1351 en 1376 BW: een siamese tweeling op afscheidstournee? mevr. mr E.B. Berenschot	28
Causaliteit bij wanprestatie mevr. mr M.M. Olthof	37
Over de onderwijzer en een aansprakelijkheid die voorbij gaat mevr. mr M.E. Franke	43
Van handgift en godspenning mr W.L. Valk	52
Vrijwaring wegens uitwinning mevr. mr C.G. Breedveld-de Voogd	59
De verborgen gebreken-regeling mr W.J.G. Oosterveen	68
De relativiteit van een goed huisvader mevr. mr M.E.L. Fikkers-van der Spek	82

Het schenkingsverbod tussen echtgenoten, na invoering van het Nieuw BW meer dan ooit nodig mevr. mr J. van Duijvendijk-Brand	94
Het regt van klaauwengang en stoppelweide mr A.G. Castermans	106
Het recht van grondrente. Is er nog leven voor de dood? mevr. mr A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar	113
De beklemmende meier; opkomst en ondergang(?) van het beklemrecht mevr. mr R.A. Dozy	123
NIEUW	
Bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door een derde: art. 3.2.10 lid 5 NBW mr Jac. Hijma	132
Artikel 6.1.8.5 NBW: anticipatory breach mr M.H. Wissink	141
Artikel 6.1.9.12b en limitering van aansprakelijkheid mr F.J. de Vries	151
Artikel 6.1.10.18 NBW: een bepaling om rekening mee te houden mr W.A.K. Rank	161
Artikel 6.3.1.2b lid 1 NBW: een artikel zonder tekortkoming? mr J.J. Sturm	166

De aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in groepsverband mr R.J.B. Boonekamp	175
De situering van artikel 6.3.1.5b in het burgerlijk recht mr W.G. Huijgen	182
Over waardevergoeding, consumptief bestedingspatroon en relaxen: de artt. 6.4.2.8 en 6.4.2.9 mevr. M. de Lange en T. Tekstra	190
Artikel 6.5.1.2 Nieuw BW: de standaardregeling mevr. mr B.J. Engelen	200
Artikel 6.5.3.4, een Baarle-Nassau? mr J.F.M. Janssen	213
De geneeskundige behandelingsovereenkomst - oud nieuws? mr C.J.J.M. Stolker	231

*De auteurs zijn allen verbonden aan de afdeling
burgerlijk recht van de RU Leiden.*

BESTENDIG GEBRUIKELIJK BEDING

mr B.E. Reinhartz

1383: Bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet zijn uitgedrukt.

1375: Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik of de wet, wordt gevorderd.

Inleiding

De basis van het Nederlandse contractenrecht is de wil van partijen: omdat zij beiden hetzelfde willen en voorzover zij dat samen willen, zijn zij tot hetgeen gehouden wat zij verklaard hebben te willen (art. 1356 BW en 1374 BW). Afgezien van problemen zoals wilsgebreken, discrepanties e.d., die ik in het bestek van dit artikel buiten beschouwing laat, geldt bovengenoemde regel voor alle contracten. Zoals bekend, komen vele overeenkomsten binnen zeer korte tijd tot stand, zodat partijen geen gelegenheid hebben over alle voorkomende complicaties te onderhandelen, en zelfs dan zal het onmogelijk zijn, daadwerkelijk alle gevallen te voorzien en te regelen. Zelfs als er wel langdurige en uitvoerige onderhandelingen zijn geweest, zal meestal niet alles expliciet vastgesteld zijn. Dit zou vaak ook economisch volstrekt onaanvaardbaar zijn.

De wetgever heeft derhalve in bovenstaande twee artikelen een algemene vuistregel geformuleerd.

In het navolgende zal ik beschrijven, in hoeverre hierbij de wil van partijen het uitgangspunt gebleven is en op welke punten het

bestendig gebruikelijk beding, naast de andere factoren in art. 1375 BW genoemd, een zelfstandige rechtsbron geworden is.

De wil van partijen(?)

In de literatuur en rechtspraak vindt men een groep van gevallen, waarin de wil van beide partijen nog duidelijk de hoofdrol speelt: indien twee partijen altijd eenzelfde afspraak maken of regelmatig op dezelfde expliciet afgesproken voorwaarden contracteren en dan ineens in een soortgelijke overeenkomst deze afspraak niet wordt uitgedrukt, dan kan men ervan uitgaan, dat partijen deze clause als vanzelfsprekend hebben aangenomen en zich eraan gebonden voelen. In dit geval wordt het beding niet expliciet gemaakt, omdat dit als overbodig wordt beschouwd. Het beding heeft immers "altijd" gegolden¹⁾.

Een geheel andere categorie sluit nog duidelijk bij de wil van een partij aan: een beding maakt om technische redenen niet deel uit van een overeenkomst, bijv. omdat het op de factuur is afgedrukt en daardoor pas na sluiting van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij komt. Sluit deze zelfde wederpartij meermalen een gelijksoortige overeenkomst met deze partij dan zal op een gegeven moment de clause wel deel uit gaan maken van de overeenkomst, niet omdat partijen dit overeen zijn gekomen, maar door de werking van 1383 BW. Zou de wederpartij hiertegen bezwaar hebben, moet zij dit uitdrukkelijk kenbaar maken aan haar wederpartij.

Iets verder verwijderd van bovengenoemd uitgangspunt ligt een grote groep van gevallen die men vooral in de rechtspraak veelvuldig tegenkomt. Hierbij behoort een partij, laten we als voorbeeld een

1) Voorbeelden vindt men in Rb Rotterdam 6 december 1940, NJ 1941,396 en Rb 's Hertogenbosch 15 januari 1982, NJ 1984,245

vervoerder nemen, tot een bepaalde groep van ondernemers. Al deze ondernemers plegen steeds dezelfde bedingen in hun vervoersovereenkomsten op te nemen, men denke bijv. aan exoneratieclausules.

Normaliter zal bij de overeenkomst dit beding opgenomen worden. (Ik ga ervan uit, dat dit *niet* in standaardvoorwaarden staat, die de klant nooit te zien krijgt, maar die door verwijzing ernaar deel van de overeenkomst zijn geworden). Zou bij een overeenkomst tussen een vervoerder en een opdrachtgever, die nooit eerder met elkaar zaken hebben gedaan, een dusdanig beding ontbreken, dan neemt de rechtspraak aan, dat de klant ervan uit moest gaan dat ook deze vervoerder een beding met de gebruikelijke inhoud zou maken, en is de klant aan dit beding gebonden; hoewel het naar de "gewone" regels van aanbod en aanvaarding niet tot de overeenkomst zou behoren (1356 BW).

Grof gesteld geeft hier de gebruikelijke wil van één partij de doorslag. Naar mijn mening is dit een uiting van een onderzoeksplicht van de klant, die voortvloeit uit de goede trouw²⁾ die tussen partijen heerst (1374 lid 3 BW).

Hier leidt de wetenschap van de klant dat de wederpartij tot een bepaalde kring behoort, waarbinnen bepaalde bedingen altijd worden gemaakt, tot gebondenheid³⁾ aan een beding, dat hij niet kende. Doorslaggevend is de *wil* van de wederpartij. De gelding in deze gevallen vertoont een zekere gelijkenis met de gebondenheid aan onbekende standaardvoorwaarden, die ergens gedeponeed zijn maar die normaliter nooit worden opgevraagd voor het sluiten van de overeenkomst⁴⁾. Dit geval moet daarom ook duidelijk worden onderscheiden van situaties, waarin geen gebondenheid aan een beding wordt aangenomen:

2) Zie H.J. Pabbruwe, Gebruik en gebruikelijk beding (diss.), Zwolle 1961, p. 123.

3) Zie bijv. HR 26 februari 1960, NJ 1965,373, VR 1960,37 (Bovag III).

4) Zie Asser-Rutten II (1982), p. 84 e.v..

behoort een vervoerder, om bij hetzelfde voorbeeld aan te sluiten, tot een kring van vervoerders, waarbinnen een beding wordt gemaakt, omdat een organisatie in die branche dit aan haar leden oplegt, en behoort deze vervoerder niet tot de organisatie, dan wordt de klant niet aan het beding gebonden, mits de andere vervoerders het beding niet - los van het lidmaatschap - uit vrije wil gebruikten⁵⁾.

Nog verder verwijderd liggen gevallen, waarin beide partijen het beding niet gekend hebben, hoewel het in de branche waarin zij contracteerd hebben, wel bestaat. Deze vraag is in rechtspraak en literatuur verschillend beantwoord, afhankelijk van de betekenis die men aan art. 1383 toekent. Indien men vasthoudt aan de partijwilgedachte, is gebondenheid in dit geval natuurlijk uitgesloten. Indien men de werking van 1383 BW als een aparte rechtsbron ziet, dan vult dit beding zelfstandig de overeenkomst van partijen aan. Dit is in die opvatting te vergelijken met de werking van regeland recht, dat partijen in concreto ook niet altijd precies bekend is. Dit doet dan niet aan de werking van de bepaling af⁶⁾.

In het voorgaande was steeds sprake van een beding, dat *niet* deel uitmaakte van standaardvoorwaarden. Juist in de commerciële kringen, waar de meerderheid van bestendig gebruikelijke bedingen voorkomt, wordt vaak gebruik gemaakt van standaardvoorwaarden.

Talrijke uitspraken met betrekking tot de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden die als geheel op grond van 1383 BW tot de overeenkomst behoren, behandelen dit probleem op gelijke wijze als de laatst genoemde categorie van gevallen. Deze opvatting vindt men ook in de literatuur⁷⁾.

5) vergelijk het bovengenoemde Bovag III arrest.

6) Zie ook Asser-Rutten II (1982) p. 234, 235, Contractenrecht IV nr. 166 en Rb Assen 5 juni 1956, NJ 1957,23, Hof Leeuwarden 23 september 1964, NJ 1966,81 en S&S 1966, nr 19.

7) In EG-verband: Hof van Justitie EG 14 december 1976, NJ 1977,447 (vervolg voetnoot)

Wil de wederpartij niet aan die standaardvoorwaarden gebonden zijn, dan moet zij dit expliciet aangeven⁸⁾.

Beperkingen aan de algemene werking van art. 1383 BW

Zoals ik hierboven heb uitgewerkt leidt de ontwikkeling van het bestendig gebruikelijk beding tot gebondenheid aan - naar de inhoud althans - onbekende bedingen.

In de literatuur komt men veelsoortige beperkingen tegen, die aan deze werking worden gesteld.

Allereerst wordt door Paul Scholten verdedigd dat art. 1383 alleen zou gelden voor schriftelijke bedingen⁹⁾.

De meerderheid der auteurs is het hier niet mee eens, nu hiervoor geen goede reden is aan te geven. Ook mondelinge bedingen die veelvuldig tussen partijen worden gemaakt kunnen onder art. 1383 vallen. Dat dit eventueel bewijsproblemen doet ontstaan, vooral als deze gewoonte slechts tussen deze twee partijen bestond, is geen reden om art. 1383 BW in zijn werking te beperken.

Een andere grens van de werking van 1383 zou daar liggen, waar het beding in kwestie als onbillijk of onredelijk wordt ervaren. Ook onrechtvaardige gebruiken worden onder 1375 BW begrepen, en ook onbillijke standaardvoorwaarden binden beide partijen; dus dit argument wordt algemeen als weinig steekhoudend gezien¹⁰⁾. De grens

(vervolg voetnoot)

(J.C.S.) (Galeries Segura-Rahim Bonakdarian), Rb Rotterdam 13 december 1923, NJ 1924,1224 en verder de rechtspraak in Contractenrecht VII nr 7a.

8) Zie Arb. besl. 16 augustus 1977. S & S 1978, nr 19 ("Adelina"); Scheidsgerecht graanhandelaren Rotterdam 5 juni 1947, AR nr 31a; Rb Leeuwarden 1 april 1982, S&S 1985, nr 68.

9) Asser-Scholten, Alg. Deel, (1974), p. 110 en in zijn annotatie bij HR 7 april 1932, NJ 1932, 1613.

10) zie H.H. Pabbruwe, diss. p. 23.

wordt wel overschreden, wanneer het beding in strijd zou zijn met de goede zeden¹¹⁾.

Algemeen wordt erkend dat indien partijen een andersluidend beding in hun overeenkomst hebben opgenomen, dit de werking van een bestendig gebruikelijk beding uitsluit. De expliciete partijwil prevaleert in ieder geval, hoe men de werking van 1383 BW ook ziet¹²⁾.

Op enkele rechtsgebieden heeft de wet de werking van 1383 BW duidelijk uitgeschakeld, met name ter bescherming van de (economisch) zwakkere partij. Men denke onder andere aan de artt. 1223, 1576b en 1637 BW uit verschillende rechtsgebieden. Meestal wordt dit geformuleerd in de eis, dat een bepaald beding schriftelijk moet worden gemaakt, indien het deel van de overeenkomst moet worden.

Een bijzondere status hebben arbitrale bedingen, nu hierin wordt afgeweken van de door de Grondwet gegarandeerde vrije toegang tot de rechter (art. 17 GW). In dit geval kun je de eis stellen, dat partijen zich tenminste bewust moeten zijn geweest van de inhoud van de clause, en is op grond van de ratio van de bepaling een sterkere nadruk op de toestemming te verdedigen¹³⁾.

In andere gevallen kunnen ook botsingen met wettelijke bepalingen optreden: indien een beding zo apert onbillijk is dat het in strijd komt met de openbare orde of goede zeden dan treedt art. 1373 BW in werking en is het beding nietig. Komt een bestendig gebruikelijk beding in tegenspraak met een bepaling van regelend recht, dan prevaleert volgens de schrijvers met de partijwil-opvatting het bestendig gebruikelijk beding, nu de partijwil boven regelend recht gaat, en het bestendig gebruikelijk beding een stilzwijgend

11) HR 2 februari 1951, NJ 1951,493 (Ph.A.N.H.).

12) Hof 's Gravenhage 18 februari 1969, BR 1969,95.

13) Zie hieromtrent: H.J. Pabbruwe, Het gebruikelijk doch niet uitgedrukt arbitraal beding, NJB 1970, p. 117-124.

uitgedrukte partijwil is. Andere auteurs zien het bestendig gebruikelijk beding als afzonderlijke rechtsbron naast de wet, die daarom moet prevaleren boven een aanvullende wetsbepaling, terwijl ook wordt verdedigd, dat men deze collisie elke keer apart moet bekijken en naar het concrete geval moet oplossen¹⁴⁾.

Uitgaande van de leer van de partijwil, kan deze wil nooit gaan boven dwingendrechtelijke regels; terwijl Asser-Scholten en Pabbruwe voor uitzonderingsgevallen verdedigen, dat een bijzonder vast en sterk bestendig gebruikelijk beding wel boven dwingend recht kan gaan¹⁵⁾.

Heeft art. 1383 BW überhaupt een zelfstandige betekenis naast 1375 BW?

Naast de tot nu toe beschreven opvattingen wordt ook wel verdedigd, dat aan art. 1383 in het geheel geen zelfstandige werking naast 1375 BW meer toekomt. Op wetshistorische gronden wordt aangetoond dat de code civil een regeling bevatte voor de aanvullende werking voor gebruiken en dat art. 1383 een kunstmatige afsplitsing voor bestendig gebruikelijke bedingen inhoudt¹⁶⁾.

In de heersende leer zijn de eisen voor het "gebruik" van 1375 en het "bestendig gebruikelijk beding" van 1383 immers vrijwel gelijk. Voor beide geldt dat zij veelvuldig moeten voorkomen, en ook wordt een zekere continuïteit verlangd. Beide kunnen ook slechts plaatselijk voorkomen, mits de overeenkomst van partijen ook binnen die plaats is te situeren en kan het zelfs een gebruik betreffen, dat slechts tussen de betrokken partijen is aan te treffen.

14) Contractenrecht IV 270 voor literatuur.

15) Zie Asser-Scholten (1974) par. 24 en Pabbruwe, diss. p. 158-160.

16) Zie J.F. Houwing, Billijkheid, wet en gewoonte, WPNR 2501, p. 197 e.v. en J.B. Zeylemaker Jzn, Handelskoop, Zwolle 1939, p. 10 e.v.

Waarom zou men een onderscheid moeten maken tussen deze twee begrippen? O.a. bij Pabbruwe¹⁷⁾ vindt men de opvatting verdedigd dat 1375 en 1383 BW op verschillende fasen van de overeenkomst zien: het bestendig gebruikelijk beding van 1383 heeft betrekking op de totstandkomingsfase: het betreft het gebruik, om iets te bedingen. Het gebruik dat in 1375 wordt genoemd, ziet op de gebruikelijke uitvoering van een contract, waar partijen nooit iets over hebben afgesproken, maar die stilzwijgend altijd op dezelfde wijze plaatsvindt.

Hierdoor kan het voorkomen, dat verschillende rechtsgevolgen aan een bestendig gebruikelijk beding en het gebruik worden toegekend. Bij bijvoorbeeld De Kat¹⁸⁾ wordt verdedigd dat aanvullend recht wel boven het gebruik gaat, maar dat een bestendig gebruikelijk beding wederom boven aanvullend recht zou prevaleren. Dit volgt logisch uit de opvatting dat een bestendig gebruikelijk beding een beding is dat deel uitmaakt van een overeenkomst.

Een andere consequentie is dat men onder bepaalde voorwaarden geen beroep op het beding zou mogen doen, bijvoorbeeld als men zich er wél van bewust was dat de wederpartij het beding niet kende, en men haar op grond van de goede trouw op het beding had moeten wijzen¹⁹⁾. Dit is ook een uitvloeisel van het feit dat een bestendig gebruikelijk beding iets anders is dan het gebruik van 1375 BW, dat wel in de werking wordt beperkt door 1371 en de billijkheid van 1375, die vooral in de uitvoeringsfase speelt²⁰⁾. Daarnaast is het zeer wel denkbaar, dat in bepaalde omstandigheden een gebruik geheel niet mogelijk, terwijl een bestendig gebruikelijk beding met die inhoud zeer wel denkbaar is. Het standaardvoorbeeld is de handelswijze bij oorlogen, terwijl het omgekeerde geval ook mogelijk is; bijvoorbeeld zal een patiënt zich

17) in zijn dissertatie p. 34 en Asser-Rutten II p. 233.

18) WPNR 3893 (1944) e.v.

19) Zie De Kat, WPNR 3894 (1944) p. 168, l.k.

20) Asser-Rutten II, p. 235.

normaliter neerleggen bij de geldende tarieven, die worden vastgesteld door allerlei artsensorganisaties, terwijl dit vrijwel nooit duidelijk was afgesproken.

Samenvatting en conclusie

Na dit overzicht van toepassingsgebieden van art. 1383 zal ik kort aangeven, wat de werking van 1383 BW rechtvaardigt: aan de ene kant de gevallen waarin de werkelijke partijwil de doorslag geeft. Hierin kan men beter geen verwarring en vervreemding veroorzaken door naast de toestemming van 1356 nog een andere basis voor de gebondenheid van partijen aan te nemen. Hier fungeert 1383 als aanvulling op 1356 in de gevallen, waarin partijen gewoon zijn vergeten het beding op te nemen.

Aan het andere einde van de scala liggen gevallen waarin partijen aan hen onbekende bedingen gebonden worden, alleen omdat zij weten dat de wederpartij deel uitmaakt van een "kring" en op hen zelf een onderzoeksplicht rust om eventuele bedingen uit te zoeken, of omdat zij ook een affiniteit met die branche hebben. Waarom zou men hier nog met een fictie van partijwil werken, en niet een zelfstandige werking van 1383 BW als rechtsbron naast die van 1375 aannemen?

Ik ben daarom ook van mening dat - zo vaag en tegenstrijdig uitgelegd het artikel ook moge zijn - art. 1383 BW zeker een nuttige functie in het handelsverkeer vervult.

Naar NBW zullen wij al deze gevallen via uitleg van de overeenkomst moeten oplossen. Ik denk dat dit een onnodige stap terug is naar de fictie van een partijwil. Deze fictie is al lang geleden ontmaskerd en ik acht het een onwenselijke ontwikkeling, die alleen maar versluierend zal werken. Waarom zouden wij niet profiteren van de kennis die in lange jaren is opgebouwd, en het artikel - met alle gebreken, maar in ieder geval met een nuttige functie - handhaven?

DE ARTIKELEN 1351 EN 1376 BW : EEN SIAMESE TWEELING OP AFSCHIEDS-
TOURNEE ?

mr E.B. Berenschot

Het prospectus voor het seizoen '87-'88 van de Leidse Schouwburg is verluchtigd met een beknopt overzicht van de historie van dit oudste theater in ons land. Weinig bezoekers zullen echter beseffen dat de strijd om het bestaan ervan niet alleen gepaard is gegaan met begrippen als ontwerp, renovatie en begroting, maar tevens met een poging tot beteugeling van de concurrentie die uiteindelijk het burgerlijk recht op zijn grondvesten heeft doen schudden.

Het Weekblad van het Regt uit 1840¹⁾ vermeldt dat Huibert van Romburgh, Willem en Abraham Uljee zich in 1809 verenigden om de stadsschouwburg uit zijn vervallen toestand te doen herrijzen. Zij herstelden het daartoe bestemde lokaal en openden een schouwburg voor kunstlievende Leidenaren. Buitendien bestond er binnen Leiden een andere gelegenheid tot het geven van toneelvoorstellingen in koffiehuis "de Eendragt", dat door zijn geschiktheid voor reizende theaters een geduchte concurrent voor de nieuw herstellde schouwburg dreigde te worden. Van Romburgh en de zijnen maakten zich in 1814 meester van dit koffiehuis en verkochten het daarna onder het beding "dat de kooper en zijne successeuren nu noch nimmer het voorz. huis tot een schouwburg of liefhebberij-comedie zouden mogen approprieren of daartoe laten gebruiken". Het gebouw wisselde sedertdien nog enige malen van eigenaar. In 1836 ging het mis : de toenmalige eigenaar, in wiens koopcontract niets van de oude stipulatie vermeld was, engageerde een reizend toneelspeler en richtte een zgn. liefhebberij-comedie op, genaamd Leerzaam Tijdverdrijf. Een vordering tot staking der toneelvertoning vormde de inzet van een procedure die via uitspraken van de Rechtbank

1) Weekblad van het Regt 79 (1840)

Leiden en het Provinciaal Gerechtshof van Holland in 1841 leidde tot een arrest van de Hoge Raad²⁾.

Het hoogste rechtscollege beoordeelde in de eerste plaats de inhoud van het beding en kwam daarbij tot de conclusie dat dit niet in strijd was met het verbod van persoonlijke dienstbaarheden (vgl. art. 721 BW). Belangwekkender is de beschouwing die de Hoge Raad wijdde aan de vraag of het beding kon worden tegengeworpen aan derden-verkrijgers. Centraal stond art. 1165 Cc ofwel art. 1376 BW³⁾ :

"O., ten aanzien der beweerde schending van art. 1165 Wetb. Nap., hetgeen alleen inhoudt, dat de overeenkomsten alleen effect hebben tusschen de contracterende partijen, maar geen nadeel kunnen doen aan derden ; dat in facto vast staat, dat de oorspronkelijke koper van het pand in verschil de beperkte eigendom van dat pand niet alleen heeft verkregen voor zich, maar zich-zelf en zijne successeuren, de verdere verkrijgers van dat pand, aan die beperking heeft onderworpen, en dus alleen eigenaar was en alleen die eigendom kon overdragen met die beperking ; en dat almede in facto is aangenomen, dat de tegenwoordige eigenaar, de eischer in cassatie, bij den koop van het pand die beperking heeft gekend, of immers heeft kunnen of behooren te kennen ; dat hij dus, in de plaats en regten des eersten koopers tredende, is deszelfs verbonden successeur, en geenszins als een derde in den zin van art. 1165 Wetb. Nap. kan worden aangemerkt, en dat alzoo ook dit artikel niet is geschonden ;"

Voorwaar een gedachtengang die de moderne jurist, opgevoed met de scheiding van zaken- en verbintenissenrecht, de ogen doet uitwrijven. Doch ook in de vorige eeuw bleef de uitspraak niet van kritiek verstoken. Vooral de beweerdelijke verkrijging van een door het beding "beperkt" eigendomsrecht moest het ontgelden. De herinnering aan het *nemo plus*-beginsel werd scherp veroordeeld, o.a. omdat men op deze wijze terug zou keren tot de verouderde en lang verworpen opvatting

2) HR 28 januari 1841, W 157 (1841)

3) Van 1811 tot 1838 was hier te lande de Franse Code Civil (Code Napoleon) van toepassing. Art. 1165 Cc luidde : "Les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121"

dat eigendom een som van rechten zou zijn ; een som van rechten waarvan er één (de bevoegdheid om toneel te spelen) zou worden "achtergehouden" bij verkoop onder het litigieuze beding. In de moderne opvatting dat de eigendom niet zozeer een pluraliteit van rechten als wel een totaliteit is, gaat bij vervreemding deze totaliteit ten volle op de verkrijger over ; de verkrijger is door het beding niet minder eigenaar, maar hij heeft zich persoonlijk tot iets verbonden tot nakoming waarvan alleen hij kan worden aangesproken⁴⁾.

Dullemond heeft in zijn dissertatie over art. 1354 BW uitgebreid aandacht aan de schouwburgkwestie geschonken. Ongeloof dat de Hoge Raad een arrest zou wijzen dat zò in strijd komt met de beginselen van ons recht brengt hem tot het vermoeden dat de Hoge Raad argumenten van historische aard heeft aangevoerd. Hèt verklarende historische argument wordt z.i. gevormd door de zgn. *lex dicta*, het vermogen van de eigenaar om als het ware de wet over zijn goed te stellen⁵⁾. Volgens Von Jhering, door de schrijver aangehaald, bezag het Romeinse recht contractuele bedingen bij de vervreemding van een zaak primair uit een oogpunt van eigendom⁶⁾ : "...nicht sowohl etwas, was der Gegner mir *einräumt*, als was ich mir selber *vorbehalte*, was ich nicht ihm, sondern mir verdanke. Nicht von ihm kehrt zu mir zurück, was ich mir in Bezug auf die Sache habe zusichern lassen, sondern die Sache kommt von vornherein belastet und beladen in sein Eigenthum, so das also seine Wille nicht zweimal in Thätigkeit tritt, das erste mal, um die Sache zu erwerben, das zweite mal um die Nebenvereinbarung zu genehmigen, sondern so, das ein einziger Willensakt, gerichtet auf beschränktes Erwerb, genügt. Diese Vorstellung drückt das Römische Recht aus durch *legem dicere rei suae*". Zoals ook Dullemond later opmerkt, zou het zeer treffend zijn wanneer hetzelfde (Romeinse) recht waaruit de tegenstelling tussen persoonlijk en zakelijk recht is voortgesproten, reeds een volkomen afgerond instituut zou hebben bevat, lijnrecht met die tegenstelling in strijd. Het zou de bevestiging geven van een

4) Aldus Ph.P.C.H. Everts, Themis 1884, blz. 531

5) W.B. Dullemond, De historische interpretatie van art. 1354 BW, diss. U.v.A. 1920, blz. 11,83

6) Dullemond, a.w. blz. 86

praktische Romeinse blik die de eisen van het rechtsverkeer niet ondergeschikt maakt aan dogma's.

Meijers⁷⁾ heeft het bestaan van deze lex dicta ontkend en de aandacht gericht op een ander aspect : het conflict tussen Romeins en Germaans recht. Dit laatste zou te allen tijde aan bedingen bij onroerend goed ook werking tegen derden hebben toegekend op voorwaarde van publicatie. Het zou niet ondenkbaar zijn dat de praktijk op het Germaanse standpunt is blijven staan en dat het déze gevallen zijn waarop in de door Dullemond aangehaalde vindplaatsen wordt gedoeld. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad in zijn beslissing van 1841 het (kunnen) kennen van het beding door de koper inderdaad relevant achtte. Met dit gegeven heeft men bij de interpretatie van het arrest nooit goed raad geweten⁸⁾ : fungeert het als noodzakelijke voorwaarde of als bewijs van billijkheid ?

Even vernietigend is het oordeel van Feith, wiens betoog van grote invloed is geweest op de moderne interpretatie van art. 1354 BW : wat er ook zij van de aangehaalde vindplaatsen in het Romeinse recht, onze wet kent zeker zo'n beperking van de eigendom door aan het koopcontract toegevoegde pacta niet⁹⁾.

Een laatste stuiptrekking van de nemo plus-gedachte treffen we nog aan in 's Hogen Raads arrest van 24 april 1884, W 5031. Op dat moment was de jurisprudentie inzake doorwerkingsvraagstukken echter al geheel gericht op de interpretatie van art. 1354 BW¹⁰⁾. De Hoge Raad sprak in genoemd arrest uit dat "bedingen" in art. 1354 in het algemeen betekent "contracteren", dus zowel het voor zich bedingen als het zich verbinden. Het verdere verloop van de geschiedenis is bekend : mede door toedoen van het betoog van Feith heeft de Hoge Raad in 1905 de overgang van verbintenissen op rechtverkriggenden beperkt tot de actieve zijde daarvan¹¹⁾.

-
- 7) E.M. Meijers, Een nieuwe studie omtrent art. 1354 BW, VPO III, blz. 61
8) Dullemond, a.w. blz. 16 ; P.R. Feith, Eene oude vraag, Themis 1897, blz. 634, 649
9) Feith, a.w. blz. 648
10) Feith, a.w. blz. 634 vraagt zich af of wellicht ook de beslissing uit 1841 stilzweigend op art. 1354 berust.
11) HR 3 maart 1905, W 8191

Ten tijde van de perikelen rond de Leidse Schouwburg was het doek net opgegaan voor art. 1376 BW. Het maakt deel uit van de Derde Afdeeling ("Van het gevolg der overeenkomsten") van de Tweede Titel ("Van verbindtenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden") van het huidige Vierde, destijds Derde Boek. Titel II werd met algemene stemmen door de Tweede Kamer aangenomen op 26 januari 1825. Zo zeer als wij thans, met het Nieuw BW in zicht, gewend zijn geraakt aan lijvige delen parlementaire geschiedenis, treft het ons dat de parlementaire geschiedenis van het Wetboek van 1838 zo goed als geen melding maakt van art. 1376. In een Memorie van Adstructie schrijft de Minister dat men in art. 28 van het Ontwerp (letterlijke vertaling van art. 1165 Cc , thans art. 1376 BW) de "ware regel" vindt dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen¹²⁾. Afgezien van de aankondiging van enige redactionele wijzigingen¹³⁾ vindt men geen woord aan de bepaling gewijd.

Is het soms inderdaad een "logische en vanzelfsprekende bepaling, waarover eigenlijk maar weinig belangwekkends te vermelden" valt¹⁴⁾ ? Is iedere aandacht voor het artikel werkelijk zo uit den boze als een pessimist wil doen geloven : "Hierdie beelde, (sakelijkheid en persoonlijkheid), het psigiese komplekse geword wat by ons regsgeleerdes geestesafwykings veroorsaak". Is het onderscheid tussen zaken- en verbintenissenrecht inderdaad "het onnodige en uifers onbillike verskil wat nog in die Reg van vandaag soos n gedrog uit die oertye rondplof"¹⁵⁾ of mogen wij het toejuichen als "het groote beginsel" dat contract slechts personele actie doet verkrijgen¹⁶⁾ ?

Zonder al te grote twijfel aan de geestesgesteldheid der juristen mag men toch wel stellen dat het adagium "Res inter alios acta alii neque nocere neque prodesse potest" een redelijke grondslag vindt in het alleszins plausibele streven om in een op individuele vrijheid gebaseerde samenleving derden niet rechtstreeks te confronteren met de

12) Noordziek, 1824-1825, deel II, blz. 56

13) Voorduyn, deel V, blz. 61 ; Noordziek, 1824-1825, deel II, blz. 527

14) Hofmann-Abas, 9e druk 1977, blz. 287

15) A.Hertzog, Die juriste-obsessies ; sakelike reg en meer bepaald eiendom, diss. Leiden 1929, blz. 29

16) Voorduyn, deel V, blz. 5

gevolgen van een overeenkomst zoals die tussen partijen gesloten is¹⁷⁾. Men kan wellicht beter zijn vraagtekens zetten bij de naar mijn smaak dikwijls te zeer benadrukte afstamming uit het Romeinse recht. Zonder te willen beweren dat "oor die teenstelling tussen sakelijke en persoonlijke regte" de Romeinen "nooit eentlik filosofiese bespiegelingen gehou (het) nie"¹⁸⁾ schijnt het mij toe dat het Romeinse onderscheid tussen *actiones* in rem en *actiones* in personam, een onderscheid dus van procesrechtelijken huize, een toevalligheidsfactor vormt die groter is dan in de regel wordt erkend wanneer men het vermeldt als "de" bakermat van het thans vigerende stelsel. Dit klemt temeer als men beseft dat eerst in de 12e eeuw de Glossatoren dit onderscheid in acties gebruikten als basis voor de indeling van subjectieve vermogensrechten¹⁹⁾.

Wat er zij van de oorsprong van art. 1376, over de strekking van de bepaling is men het in grote lijnen eens. Deze wordt, behalve door het bovengenoemde adagium, ook wel kort aangegeven als "alteri stipulari non potest". Verschillen treft men echter wel aan in de plaats die het artikel wordt toegedacht in verhouding tot andere wettelijke bepalingen uit dezelfde titel. Daarbij valt vooral de aandacht op art. 1351 BW²⁰⁾. Diephuis schreef in 1886 dat art. 1351 niet, zoals andere schrijvers wel deden, in verband moet worden gebracht met het toestemmingsvereiste, noch met het onderwerp der overeenkomst ; beide zijn dit bestaanbaarheidsvereisten ex art. 1356 BW. Art. 1351 sluit z.i. slechts uit dat men op eigen naam contracteert voor of ten laste van een ander. Het beginsel van art. 1376, dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen, kan z.i. even goed uit art. 1351 verklaard worden en reikt ook niet verder²¹⁾. In zijn verklaring van het Burgerlijk Wetboek uit 1891 stelt Opzoomer daarentegen dat art. 1351 in de leer van het voorwerp (onderwerp) der overeenkomst moet worden geplaatst. In zijn opinie is het niet mogelijk dat het

17) Asser-Rutten II, 6e dr 1982, blz. 279

18) Hertzog, a.w. blz. 30

19) Kaser-Wubbe, Romeins privaatrecht, 2e dr 1977, blz. 34 ; H.F.W.D. Fischer, Zakelijke en absolute rechten, NJB 1949, blz. 555

20) Art. 1351 BW : "In het algemeen, kan niemand zich op zijnen eigen naam verbinden, of iets bedingen, dan voor zich zelven"

21) Diephuis X, 1886, blz. 421,444

voorwerp van een overeenkomst tussen A en B in een prestatie van of aan een derde bestaat. Het contract van art. 1351 doet noch voor een der contractanten noch voor een derde enig recht ontstaan, m.a.w. er wordt in het geheel geen verbindende overeenkomst tot stand gebracht. De kring van art. 1376 is dan in zijn opvatting ruimer dan die van art. 1351. Laatstgenoemd artikel zou slechts een enkel gevolg der overeenkomst betreffen, namelijk het voortbrengen van een verbintenis, terwijl art. 1376 zich zou uitlaten over ieder gevolg, namelijk - de totstandkoming van een verbindende overeenkomst veronderstellende - de gehele werking dezer overeenkomst, welke het zou beperken tot partijen²²⁾. Dat dit alles in feite op een woordenspel neerkomt, wordt op kernachtige wijze verwoord door Land. "Men twist over de vraag, of art. 1351 hetzelfde bepaalt als art. 1376, of het niet veeleer strekt om ook voor partijen de werking uit te sluiten van de verbintenis, die ten laste of ten behoeve van de derde is aangegaan. Het komt mij voor, dat art. 1351 in het bijzonder doelt op de werking voor derden, en dus overeenkomt met art. 1376; veel gewicht kan ik evenwel aan de vraag niet hechten, daar toch, ook indien dit niet door art. 1351 is bepaald, uit den aard der zaak de partijen tot niets verbonden en tot niets gerechtigd zullen zijn, wanneer zij stellig alleen ten laste of ten behoeve van den derde hebben bedongen"²³⁾.

Maken we een sprong van enige decennia, dan zien we dat Van Brakel²⁴⁾ de artikelen 1351 en 1376 samenvoegt en bestempelt tot een positieve, respectievelijk negatieve formulering van een en hetzelfde beginsel, in de Anglo-Amerikaanse terminologie de "privity of contract". En zo is het ook in moderne handboeken gebleven: "artikel 1376 herhaalt wat in andere woorden reeds te lezen staat in art. 1351"²⁵⁾. Slechts de invalshoek verschilt: art. 1351 beschouwt het beginsel van de zijde van het handelende subject dat in zoverre zijn contractsvrijheid beperkt ziet, terwijl art. 1376 het beginsel ziet in

22) Opzoomer VI, 1891, blz. 38,47,151

23) Land IV, 1907, blz. 196, noot 4

24) Van Brakel I, 1948, blz. 487

25) Hofmann-Abas, a.w. blz. 285

het licht van de verbindende kracht der overeenkomst die alleen partijen tot wet strekt²⁶⁾.

Een onafzienbare rij van verboden (varierend van de verkoop van sterke drank, het houden van logement, herberg, tapperij of slijterij, tot het zetten van schuttingen), verplichtingen (het dulden van overpad, het verrichten van onderhoud, etc.) en meer curieuze contractsbepalingen zoals het abonnement tot zuivering van een gebouw van wandluizen, heeft gedurende 150 jaar de jurisprudentie rond art. 1376 gekenmerkt²⁷⁾. Na de beperkte interpretatie van art. 1354 door de Hoge Raad in 1905 is het beginsel vooral gaan fungeren als hinderpaal bij het streven van gemeenten om bepaalde contractuele verplichtingen bij de uitgifte van onroerend goed blijvend aan de achtereenvolgende eigenaren daarvan op te leggen²⁸⁾. Een heel ander terrein waarop art. 1376 daarnaast een belangrijke rol is gaan spelen, betreft de doorwerking van exoneratiebedingen jegens derden. Het is vooral op dit gebied dat de moderne schrijvers een schijnbare doorbreking van het beginsel trachten te verklaren door hetzij het partij-begrip op te rekken, hetzij de gebondenheid van derden buiten art. 1376 om van een fundament te voorzien²⁹⁾. Bij de Hoge Raad staat art. 1376 BW nog steeds hoog in het vaandel. In het meest recente arrest³⁰⁾ omtrent de doorwerking van exoneratieclausules heet het dat moet worden gezocht naar "omstandigheden die een uitzondering rechtvaardigen op het beginsel van art. 1376 BW".

Zouden de nazaten van Huibert van Romburgh c.s. onder vigeur van het Nieuw BW met dezelfde vraag geconfronteerd kunnen worden bij hun streven het Leidse culturele leven van een extra impuls te voorzien? Stellig: hoewel een bepaling als art. 1376 BW in het komende wetboek vergeefs zal worden gezocht, gaat de wetgever er vanuit dat het beginsel ook naar komend recht ten grondslag ligt aan de regeling van de overeenkomst. Hij noemt het echter een beginsel dat niet zonder

26) Asser-Rutten II, a.w. blz. 279

27) Dullemond, a.w. blz. 150

28) J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte, diss. Utrecht 1984

29) Asser-Rutten-Hartkamp II, 7e dr 1985, nrs 381,386

30) HR 20 juni 1986, NJ 1987,35 m.n. G

uitzonderingen is en waarvan de werking in het huidige recht door rechtspraak en doctrine nader wordt bepaald. De wet geeft daarom zelf enige gevallen aan waarin werking jegens derden zeker behoort te bestaan, zonder in de niet genoemde gevallen derdenwerking uit te sluiten³¹⁾.

Artikel 1376 BW staat in de toekomst niet langer zelf voor het voetlicht ; het trekt zich terug achter de coulissen, maar regisseert van daaruit gedeeltelijk hetgeen er zich op het toneel van het contractenrecht afspeelt.

31) Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, blz. 917

CAUSALITEIT BIJ WANPRESTATIE

mr M.M. Olthof

1. Inleiding

Het causaliteitsvraagstuk gaat niet gebukt onder een gebrek aan aandacht. Bij nadere beschouwing blijkt die belangstelling evenwel voornamelijk op de onrechtmatige daad te zijn gericht. Het oorzakelijk verband tussen wanprestatie en schade, dat in tegenstelling tot de overeenkomstige eis bij onrechtmatige daad in de wet is geregeld, blijft veelal buiten beeld. Jurisprudentie en literatuur ter zake zijn schaars. Naar de oorzaken voor deze geringe aandacht valt slechts te gissen. Van Schellen noemt als mogelijke redenen: het feit dat de wanprestatie steeds vaststaat, zodat het slechts om omvangsproblemen - meestal met betrekking tot vermogensschade - gaat, het vaker aanwezig zijn van de mogelijkheid de schade te beperken, de methode van abstracte schadeberekening en het gegeven dat veel zaken worden geschikt¹⁾. Mogelijkerwijs moet de oorzaak deels ook hierin worden gezocht dat de wettelijke bepalingen bevredigend werken. Nu de bijzondere regeling van de causaliteit bij wanprestatie ter gelegenheid van de invoering van het NBW het veld zal ruimen, lijkt het dienstig na te gaan welke rol zij in het BW speelt en op welke wijze het NBW in haar afwezigheid zal voorzien.

1) J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht, blz. 127.

2. De artikelen 1283 en 1284 BW

Het vereiste causale verband tussen wanprestatie en schade is, naar men aanneemt, geregeld in de artikelen 1283 en 1284 BW. Deze artikelen luiden als volgt:

Art. 1283. De schuldenaar is slechts gehouden tot vergoeding der kosten, schaden en interessen, welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien, ten tijde van het aangaan der verbindtenis, ten ware het aan zijne arglist te wijten zij dat de verbindtenis niet is nagekomen.

Art. 1284. Zelfs indien het niet nakomen der verbindtenis te wijten is aan de arglist van den schuldenaar, moet de vergoeding van kosten, schaden en interessen, ten opzichte van de door den schuldeischer geledene schade en de winstderving, alleenlijk datgene bevatten, hetwelk een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet nakomen der verbindtenis.

Sinds de jaren twintig leest de Hoge Raad de woorden "onmiddellijk en dadelijk gevolg" als "het naar ervaringsregelen te verwachten gevolg", dus doende het adequatie- of voorzienbaarheids criterium in artikel 1284 incorporerend²⁾. Hieruit heeft men afgeleid dat de artikelen 1283 en 1284 een gelijk geaard voorzienbaarheids criterium stellen, waarbij het verschil tussen beide bepalingen werd gezocht in het tijdstip waarop de door de wanprestatie veroorzaakte schade voorzienbaar dient te zijn geweest³⁾. Voor de arglistige debiteur geldt op grond van artikel 1284 het tijdstip der wanprestatie, krachtens artikel 1283 is bij ontbreken van arglist het tijdstip van het totstandkomen van de verbindtenis doorslaggevend.

2) HR 18 februari 1927, NJ 1927,658, HR 18 november 1927, NJ 1928,123.

3) Asser-Rutten I blz. 216, Hofmann-Van Opstail blz. 224.

3. De verhouding tussen de artikelen 1283 en 1284 BW nader beschouwd

De bovenomschreven benadering, die het verschil tussen de artikelen 1283 en 1284 niet zoekt in de aard van het aan te leggen criterium maar uitsluitend in het tijdstip waarop het criterium moet worden betrokken, strookt m.i. noch met de tekst der beide bepalingen noch met de aard van het adequatiecriterium.

De verschillende formulering der artikelen suggereert allerminst dat de wetgever in beide bepalingen een causaliteitsmaatstaf heeft neergelegd. Wanneer dat zijn bedoeling was geweest, zou hij immers gelijkkluidender bewoordingen hebben gebezigd. Zoals de tekst nu luidt verwijst alleen artikel 1284 naar de causaliteitsproblematiek: "datgene ... hetwelk een ... gevolg is van het niet nakomen der verbindtenis". Artikel 1283 is veeleer geformuleerd vanuit een redelijk geachte beperking van aansprakelijkheid: "slechts gehouden tot vergoeding". Ook de ratio van dit artikel, hierin gelegen dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst hun risico's moeten kunnen overzien⁴⁾, duidt eerder op aansprakelijkheidsbeperkende dan op causaliteitsmotieven.

Dit verschil tussen beide bepalingen is versluierd door de gelijkenis tussen de door de Hoge Raad op het causaliteitsterrein geïntroduceerde voorzienbaarheidseis - door het college terecht in artikel 1284 ondergebracht - en de term "voorzien" in artikel 1283. Deze overeenkomst in woorden voerde tot de conclusie dat artikel 1283 hetzelfde criterium met een ander tijdstip aanlegde. In deze visie gaat men er ten onrechte aan voorbij dat de voorzienbaarheidseis als causaliteitsmaatstaf naar haar aard slechts één tijdstip kent: het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. Wanneer de voorzienbaarheid in artikel 1283 aan een ander tijdstip wordt gekoppeld is reeds hierdoor sprake van een inhoudelijk ander criterium dat, losstaande van causaliteitsvragen, gericht is op vaststelling van ingecalculerde risico's, schadeposten waarmee men rekening behoort te houden, die men pleegt te verzekeren of in de prijs te verdisconteren.

4) Vgl. G.H.A. Schut, R.M. Themis 1978, blz. 396.

Aldus beschouwd is artikel 1283 slechts min of meer toevallig in termen van voorzienbaarheid vervat.

De hier verdedigde lezing brengt mee dat alleen artikel 1284 als werkelijke causaliteitsbepaling kan worden aangemerkt. Artikel 1283 dient veeleer te worden gezien als een op grond van de aanwezigheid van een contractuele verhouding redelijk geachte beperking van de aansprakelijkheid tot de gevolgen die men ten tijde van het totstandkomen van die verhouding kon overzien.

4. Causaliteit bij wanprestatie in het NBW

In het NBW wordt het vereiste causale verband tussen wanprestatie en schade niet langer afzonderlijk geregeld. De materie van de artikelen 1283 en 1284 BW is ondergebracht in artikel 6.1.9.4, dat gelijkelijk geldt voor alle verplichtingen tot schadevergoeding.

In de parlementaire geschiedenis wordt opvallend weinig aandacht geschonken aan de wijze waarop artikel 6.1.9.4 bij wanprestatie dient te worden toegepast. In de toelichting op het O.O. - waarin conform de toen vigerende causaliteitsleer het adequatiecriterium was neergelegd - wordt het tijdstip van voorzienbaarheid zowel voor onrechtmatige daad als voor wanprestatie uitdrukkelijk gesteld op het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvond⁵⁾. Bij G.O. wordt het adequatiecriterium vervangen door de toerekening naar redelijkheid. De toerekening dient te geschieden aan de hand van objectieve factoren. In de wet worden als zodanig alleen de aard van de aansprakelijkheid en van de schade vermeld; uit de Memorie van Antwoord blijkt dat in dit kader ook de voorzienbaarheid een rol kan spelen⁶⁾. Op welk tijdstip de voorzienbaarheid moet worden beoordeeld wordt niet aangegeven. Van een koerswijziging ten opzichte van het O.O. blijkt evenwel niet. Het feit dat het hier de oude adequatienorm betreft, versterkt de indruk dat het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt, beslissend blijft. In de uitvoerige Memorie

5) Parl. Gesch. Boek 6, blz. 341.

6) Parl. Gesch. Boek 6, blz. 345.

van Antwoord op art. 6.1.9.4 is merkwaardigerwijze geen enkele passage aan de wanprestatie gewijd, zodat de invloed van de aanwezigheid van een contractuele relatie op de toerekeningsvraag in het midden blijft⁷⁾.

5. De aard van de aansprakelijkheid en van de schade

De leer van de toerekening naar redelijkheid is inmiddels in de doctrine nader uitgewerkt, waarbij ook aandacht is geschonken aan de wijze waarop deze leer bij contractuele aansprakelijkheid zou moeten worden ingevuld. Hartkamp⁸⁾ verwacht dat met name bij wanprestatie de voorzienbaarheid ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis de belangrijkste factor voor toerekening zal worden. Schut⁹⁾, daarin gesteund door Bloembergen¹⁰⁾, acht het mogelijk om via de aard van de aansprakelijkheid en van de schade rekening te houden met hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst hebben voorzien.

Het gelijk ligt mijns inziens aan de zijde van Schut en Bloembergen. Aan Hartkamp kan worden toegegeven dat de voorzienbaarheidseis als causaliteitsmaatstaf steeds op het moment van de wanprestatie moet worden beoordeeld. In het kader van de toerekening naar redelijkheid vormt de voorzienbaarheid evenwel niet het enige criterium ter vaststelling van aansprakelijkheid. Tevens dient te worden gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Anders dan de voorzienbaarheid zijn deze factoren niet aan een tijdstip gebonden. Zij dwingen rekening te houden met ten opzichte van andere aansprakelijkheden en schades bijzondere kenmerken. Het ten opzichte van buitencontractuele aansprakelijkheden onderscheidende kenmerk van de aansprakelijkheid wegens wanprestatie is hierin gelegen, dat tussen partijen een contractuele verhouding bestaat. Deze bijzondere

7) In de MvA op art. 6.1.9.12a, Parl. Gesch. Boek 6 blz. 450, wordt de aansprakelijkheid uit contract meegewogen in het kader van de aard van de aansprakelijkheid.

8) Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 435.

9) G.H.A. Schut, R.M. Themis 1978, blz. 396/7.

10) A.R. Bloembergen, Mon. Nieuw BW B-34, blz. 45/46.

omstandigheid dient derhalve in de toerekeningsvraag te worden betrokken. Men zou het aldus kunnen formuleren dat op grond van de aard der aansprakelijkheid - uit contract - alleen "typische wanprestatieschade" voor vergoeding in aanmerking komt. Welke schade tot de typische wanprestatieschade behoort kan slechts aan de hand van het contract worden bepaald: welke risico's pleegt men te verdisconteren, te verzekeren of in de prijs door te berekenen? Dit betekent niet dat de schadevergoedingsplicht steeds gering zal zijn. De omvang van de ingecalculerde risico's varieert per contract. De medicus die zich verbindt tot een operatie dient met omvangrijker gevolgen van zijn wanprestatie te rekenen dan de krantenbezorger en pleegt dat blijkens de gesloten verzekeringen ook te doen.

Aldus beschouwd leidt de leer van de toerekening naar redelijkheid ten aanzien van de contractuele aansprakelijkheid tot resultaten die niet ver afstaan van de in artikel 1283 neergelegde regel. Dit behoeft niet te verbazen wanneer men met mij aanneemt dat deze bepaling - evenals de toerekeningsleer - geen werkelijke causaliteitsregel, maar een aansprakelijkheidsregel geeft.

6. Besluit

Vrij algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad bij wanprestatie nog aan de adequatieleer vasthoudt. Als reden voor het veronderstelde niet omgaan van het college wordt aangevoerd dat het adequatiecriterium bij wanprestatie in de wet is verankerd, en wel in artikel 1283¹¹⁾. Uit het voorgaande moge blijken dat ik die opvatting niet deel. Mijns inziens vormt artikel 1283 als aansprakelijkheidsbeperkende bepaling juist een toepassing van de toerekening naar redelijkheid avant la lettre. Zo bezien staat niets aan doorvoering van die leer op het terrein der wanprestatie in de weg.

11) Asser-Rutten I, blz. 211.

OVER DE ONDERWIJZER EN EEN AANSPRAKELIJKHEID DIE VOORBIJ GAAT

mr M.E. Franke

1. Inleiding

"O Neêrland! stuur toch, blij te moe,
Uw kroost naar mijn collézie toe",

zo dichtte De Schoolmeester¹⁾ bijna anderhalve eeuw geleden. Bij het schrijven van deze wervende woorden zal hij zich wel niet hebben bekommerd om het feit dat het toen juist verschenen Burgerlijk Wetboek iedere schoolmeester aansprakelijk stelde voor onrechtmatige daden, door zijn leerlingen begaan. Met het "kroost" haalde De Schoolmeester dus een niet geringe verantwoordelijkheid binnen.

Aan deze verantwoordelijkheid en de eraan gekoppelde civielrechtelijke aansprakelijkheid, geregeld in artikel 1403 lid 4 BW, is onderstaande beschouwing gewijd. Gekeken wordt allereerst naar de geschiedenis van deze bepaling. Daarna wordt aandacht besteed aan achtereenvolgens de grond van de aansprakelijkheid en de omvang ervan. Tot slot wordt kort stilgestaan bij de treurige toekomst die lid 4 van artikel 1403 wacht.

2. Geschiedenis van de aansprakelijkheid

In het oud-vaderlands recht bestond reeds de verplichting tot vergoeding van de schade die men door zijn eigen onrechtmatige daden veroorzaakte. Daarnaast was ook de kwalitatieve aansprakelijkheid geen onbekende figuur; binnen zekere grenzen kon men aansprakelijk zijn voor de schade door anderen aan derden toegebracht. Fockema Andreae noemt als voorbeelden de aansprakelijkheid voor daden van

1) Uit: Advertentie van den Schoolmeester (Gedichten van Den Schoolmeester, uitgegeven door J. van Lennep, Amsterdam 1859).

vreemdelingen die men herbergde, van dienstboden en van kinderen²⁾. Bij de aansprakelijkheid voor kinderen betreft het een aansprakelijkheid van de *ouders* en dan nog slechts als "zulcks by keuren uitdruckelick is belast", aldus Hugo de Groot³⁾. Naar een aansprakelijkheid van onderwijzers zoekt men bij hem en in andere bronnen vergeefs.

Dat wij de aansprakelijkheid van de onderwijzer tóch kennen is te danken aan de invloed van het Franse recht. De Code Civil bevat in artikel 1384 een bepaling die vrijwel letterlijk is overgenomen in ons artikel 1403 lid 4 BW⁴⁾.

De bepaling van de Code Civil wordt toegeschreven aan Pothier, die bepaalde personen aansprakelijk hield voor daden van anderen, "sous leur puissance" - die onder hun gezag stonden. Naast ouders en voogden noemt Pothier de "précepteurs", wat het best als huisonderwijzers of leermeesters kan worden vertaald. Pothier houdt hen aansprakelijk in geval de daad is begaan "en leur présence, et généralement lorsque pouvant l'empêcher elles ne l'ont pas fait"⁵⁾. Volgens hem zijn onderwijzers slechts aansprakelijk voor daden, welke zij "kunnende verhinderen"⁶⁾, toch lieten plegen. Pothier dacht kennelijk aan een schuldaansprakelijkheid van de onderwijzer, wat ook volgt uit de twee Digestenteksten die hij aanhaalt⁷⁾. Uit deze verwijzing mag overigens niet worden afgeleid dat het Romeinse recht reeds een bijzondere aansprakelijkheid van de leermeester voor zijn leerlingen kende. Integendeel, een dergelijke regeling ontbrak geheel⁸⁾.

-
- 2) Fockema Andreae, Oud-Nederlands Burgerlijk recht, 1906, blz. 113. Zie ook A.S. de Blécourt (bew. Fischer) 1967, blz. 313/314.
 - 3) Hugo de Groot, Inleidinghe in de Hollandtse Regtsgeleertheyt III, 1, 34.
 - 4) Voor een overzicht van de tekstuele verschillen in de ontwerpen die aan het Burgerlijk Wetboek van 1838 vooraf gingen, zie H.C. Gall, Bronnen van de Nederlandse codificatie, diss.. Leiden 1980, blz. CV-CVI.
 - 5) Pothier, Traité des obligations, no. 121.
 - 6) Zoals Moens het hem later zou nazeggen (P.L. Moens, Verantwoordelijkheid voor schade door anderen veroorzaakt, diss. Utrecht 1886, blz. 107).
 - 7) D 50, 17, 109 Nullum crimen partituris, qui non prohibet, cum non prohibere potest; D 50, 17, 50 Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.
 - 8) Zie ook Le Gall, die over dit feit zijn verwondering uitspreekt (Vervolg Voetnoot)

Het Nederlandse recht kent zo'n regeling dus wel. Nu wij ons hebben bezonnen op haar oorsprong, kunnen wij op zoek naar haar doel en zin.

3. Grondslag van de aansprakelijkheid

"Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is (...)", zo luidt lid 1 van artikel 1403. Volgens de Hoge Raad moet deze bepaling worden gezien als een inleiding tot de volgende leden van het artikel⁹⁾. De aansprakelijkheid waartoe wij ons hier zullen beperken, is geregeld in lid 4; "De schoolonderwijzers (...) zijn verantwoordelijk voor de schade door hunne leerlingen (...) veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezigt staan".

De reden waarom onderwijzers zijn belast met deze bijzondere verantwoordelijkheid is, denk ik, gelegen in het feit dat zij leerlingen onder zich hebben die de gevolgen van hun daden vaak zelf nog niet goed kunnen overzien en daarom een zeker toezicht nodig hebben. Dat toezicht berust gedurende een deel van de dag bij de onderwijzer die de gevolgen van de daden van zijn leerlingen wel kan overzien en die, naar we hopen, toegerust met een zeker gezag, in staat is die leerlingen te beletten daden te begaan met kwalijke gevolgen voor hunzelf of voor anderen¹⁰⁾

De aansprakelijkheid van onderwijzers berust dan ook op "eigen tekortkomingen"¹¹⁾, naar men algemeen aanneemt. Volgens Land gaat het

(Vervolg Voetnoot)

(J.P. le Gall, International Encyclopedia of comparative law, Volume XI, Torts ch. 3, Parijs 1976, blz. 3). Wel zijn teksten bekend over een leermeester die aansprakelijk is *jegens* zijn leerling, door hem met te harde hand het vak te willen leren (D 9.2.5.3, 9.2.6 en 9.2.7).

9) HR 20 juni 1980, NJ 1980,622. Of lid 1 zelfstandige betekenis heeft of niet, is overigens een niet onomstreden kwestie. Hier zij verwezen naar Onrechtmatige daad IV (Brunner), nr. 74-79.

10) W. Thorbecke spreekt in dit verband van een met de "vaderlijke magt" gelijkstaand toezicht (Iets over de verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, diss. Leiden 1867, blz. 103-105).

11) Hofmann-Drion-Wlersma, blz. 261.

daarbij om "nalatigheid in het toezicht, dat zij op den dader behoorden te houden"¹²⁾. Ook Suijling grondt de aansprakelijkheid van de onderwijzer eenvoudig op zijn "gehoudenheid tot contrôle" en stelt de onderwijzer aansprakelijk als "zijn contrôle gebrekkig is geweest"¹³⁾.

De bewijslastverdeling ten aanzien van de aansprakelijkheid op grond van 1403 lid 4 is een andere dan die van art. 1401. De onderwijzer die op grond van art. 1403 wordt aangesproken, is in principe aansprakelijk voor de schade¹⁴⁾. Om aan die aansprakelijkheid te ontkomen, zal hij volgens lid 5 moeten bewijzen dat hij de daad van zijn leerling niet heeft kunnen beletten. Een schuldaansprakelijkheid met een omgekeerde bewijslast, dus¹⁵⁾. Doel van deze omkering van de bewijslast zal zijn de bewijspositie van het slachtoffer te vergemakkelijken¹⁶⁾.

Overigens wordt de aansprakelijkheid van de schoolonderwijzer niet door alle auteurs als een schuldaansprakelijkheid gekarakteriseerd. Volgens Schut schept de verantwoordelijkheid van de onderwijzer "een zekere 'risico'-aansprakelijkheid". Dit betekent volgens hem dat de onderwijzer in bepaalde gevallen ook aansprakelijk is te stellen wanneer hij redelijkerwijs geen of geen behoorlijk toezicht kan uitoefenen. Schut wil een beroep op de disculpatiemogelijkheid van lid 5 slechts toestaan als de schade niet valt binnen de sfeer van de "verantwoordelijkheid als onderwijzer". Valt het wel binnen die sfeer

12) Land, vierde deel 1907, blz. 320/321. Vgl. Opzoomer, die onderwijzers ook wil laten "boeten", wanneer zij falen in het "uitoefenen van dien zedelijken invloed (...) waarvan men aanneemt dat hij groot en machtig genoeg was om het plegen dier daden te beletten" (deel VI, 1891, blz. 328-329).

13) Suijling II, 2 nr. 541. Zie ook Scholten in zijn noot onder HR 20 november 1936, NJ 1937, 451. En: J.H.A.M. Anten, Rondom artikel 1403 BW, WPNR 3207 (1931), blz. 305.

14) In Asser-Rutten wordt gesproken van een "vermoeden van schuld" (4, III blz. 154).

15) Zie bijvoorbeeld: A. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, Leiden 1946, blz. 256.

16) Wat betreft deze bewijspositie: zie Mazeaud/Tunc I, blz. 899 over het Franse equivalent van art. 1403.

dan lijkt het hem niet onredelijk de onderwijzer ook buiten persoonlijke schuld aansprakelijk te houden¹⁷⁾.

De lagere rechtspraak gaat ten aanzien van art. 1403 uit van een vermoeden van schuld, met de mogelijkheid van tegenbewijs van de onderwijzer¹⁸⁾. Een uitspraak van de Hoge Raad ontbreekt op dit punt.

Tenslotte zij hier opgemerkt dat de onderwijzer uiteraard ook op grond van een eigen onrechtmatige daad (ex art. 1401) kan worden aangesproken. In de recente jurisprudentie is de tendens waar te nemen dat juist op deze grond tegen onderwijzers wordt geageerd en de mogelijkheid van art. 1403 lid 3 onbenut blijft¹⁹⁾. De zin van een aparte aansprakelijkheid van de onderwijzer lijkt tamelijk gering te worden.

4. Omvang van de aansprakelijkheid

Om te bepalen hoever de aansprakelijkheid uit art. 1403 lid 4 strekt, is het antwoord op een drietal vragen van belang;

I Aansprakelijkheid van wie?

Blijkens de tekst van art. 1403 lid 4 betreft het hier schoolonderwijzers. Diephuis meent "dat wij daarbij niet zoo zeer aan schoolonderwijzers moeten denken, in tegenstelling tot huisonderwijzers enz.; maar veelmeer aan hen die onderwijs geven, zoo als dat in onze scholen van verschillenden aard pleegt gegeven te worden"²⁰⁾. De jurisprudentie helpt ons in deze kwestie niet verder.

17) G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. Amsterdam 1963, blz. 274/275. Zie ook: S.J. Pit, *De aansprakelijkheid voor schade toegebracht door ondergeschikten, kinderen, dieren en door zaken die men onder zijn opzicht heeft*, R.M. Themis 1931, blz. 46. En: Pitlo 3, blz. 347/348.

18) Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 9 december 1958, NJ 1959,385. Hof Arnhem 23 juni 1959 en 31 mei 1960, NJ 1960,568. En: Rb. Rotterdam 30 juni 1961, NJ 1961,533.

19) Zoals in de volgende gevallen gebeurde: Hof Den Bosch 24 februari 1981, NJ 1982,313; Rb Alkmaar 19 augustus 1982 en 9 juni 1983, NJ 1984,215 en HR 14 juni 1985, NJ 1985,736 (idem VR 1986,79).

20) Diephuis XI, blz. 99. Vgl. Moens t.a.p. blz. 63.

II Aansprakelijkheid voor wie?

Voor hunne leerlingen, geeft de wettekst als antwoord. Van der Grinten lijkt het verdedigbaar dat hierbij aan minderjarigen is gedacht²¹⁾. Omdat de aansprakelijkheid uit lid 4 van art. 1403 niet, zoals die uit lid 2, uitdrukkelijk tot minderjarigen is beperkt, meent het merendeel der schrijvers echter dat zowel minderjarigen als meerderjarigen onder de bepaling vallen²²⁾. Volgens Hofmann-Drion-Wiersma moet het criterium niet zozeer in de leeftijd worden gezocht, maar gaat het om "dat soort leerlingen, dat onder toezicht moet worden gehouden"²³⁾. Gezien de hierboven omschreven ratio van artikel 1403 lid 4, lijkt mij deze laatste maatstaf de beste.

III Aansprakelijkheid gedurende welke tijd?

Volgens de tekst van lid 4 van art. 1403 is de onderwijzer slechts aansprakelijk gedurende de tijd dat de leerling onder zijn toezicht staat. Daarbij moet worden gedacht aan werkelijk toezicht. Zie bijvoorbeeld de overweging van het Hof Arnhem, "dat de aan het toezicht verbonden verantwoordelijkheid slechts kan worden aanvaard naarmate feitelijk in het toezicht is (kan worden) voorzien"²⁴⁾.

Dit betekent dat voor aanvang van de schooltijd in beginsel geen sprake is van toezicht. De ouder die zijn kind zonder toezicht naar school laat gaan, neemt het risico op zich voor door het kind te plegen onrechtmatige daden²⁵⁾, ook al worden ze gepleegd voor het schoolgebouw, als het kind daar moet wachten²⁶⁾. Het enkele feit dat het kind zich voor schooltijd voor het schoolgebouw bevindt, brengt dus niet mee dat het onder toezicht staat²⁷⁾. Dit zou slechts anders

21) W.C.L. van der Grinten, Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden, Preadvies Thijmgenootschap, Nijmegen 1968, blz. 18.

22) Zie bijvoorbeeld: Land t.a.p. blz. 321, Diephuis XI, blz. 99/100. Vgl. ook Schut t.a.p. blz. 270/271 en Pitlo 3, blz. 348.

23) Hofmann-Drion-Wiersma t.a.p. blz. 264. Zie ook G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad, Zwolle 1985, blz. 137.

24) Hof Arnhem 31 mei 1960, NJ 1960, 568.

25) Vgl. ook: Rb. Assen 25 februari 1941, NJ 1941, 768; Ktg. Delft 25 september 1958, NJ 1959, 340.

26) Aldus Hof Amsterdam 29 april 1937, NJ 1938, 564.

27) De onmogelijkheid het schoolgebouw binnen te gaan, brengt daarin (Vervolg Voetnoot)

kunnen zijn als de ouder mocht vertrouwen dat het onderwijzend personeel toezicht zou uitoefenen²⁸⁾ of wanneer de onderwijzer zichzelf al voor schooltijd tot "toezichthoudend onderwijzer" had gemaakt, door een leerling een opdracht te verstrekken²⁹⁾.

Met het binnengaan in de school, komen de leerlingen onder het toezicht en daarmee onder de verantwoordelijkheid van de onderwijzer. Welke mate van toezicht van deze kan worden geveerd, zal afhangen van de omstandigheden. Van belang daarbij kunnen zijn de soort school (lager dan wel middelbaar onderwijs)³⁰⁾, de leeftijd³¹⁾, of de persoon van de desbetreffende leerling³²⁾. Ook de "usance"³³⁾ kan bepalend zijn voor het vereiste toezicht.

Wat betreft de normale onderbrekingen van de schooltijd: tijdens het speelkwartier staan de leerlingen onder toezicht van de surveillerende onderwijzer³⁴⁾. Tijdens de middagpauze hoeft de onderwijzer geen toezicht te houden³⁵⁾. Of er tijdens het wisselen van de lessen op middelbare scholen sprake is (of zou moeten zijn), van toezicht moet mijns inziens aan de hand van de omstandigheden worden beoordeeld³⁶⁾. Zie hetgeen daarover hierboven is opgemerkt.

De verantwoordelijkheid van de onderwijzer is niet beperkt tot "de korte tijd van binnengaan en verlaten der school door de leerlingen", maar strekt zich ook uit over "de tijd dat onder leiding en toezicht

(Vervolg Voetnoot)

geen verandering, aldus Rb. Amsterdam 17 november 1930, NJ 1931, 518 (bevestigd door Hof Amsterdam, zie noot 26).

28) Hof Amsterdam 29 april 1937, t.a.p.

29) Rb. Amsterdam 9 december 1958, NJ 1959, 385. Anders echter de Hoge Raad, 20 november 1936, t.a.p.

30) Het Hof Amsterdam (15 maart 1961) meende dat het normaal en verantwoord was dat "op een school voor U.L.O., en met name in het derde leerjaar van zodanige school" de leerlingen gedurende het wisselen der lessen even alleen worden gelaten (NJ 1961, 341).

31) Zie bijvoorbeeld: HR 14 januari 1972, NJ 1972, 145 en: Rb. Zutphen 6 april 1961, NJ 1961, 419.

32) Zie Rb. Amsterdam 9 december 1958, t.a.p.

33) Vgl. Hof Arnhem 23 juni 1959, NJ 1960, 568.

34) HR 20 november 1936, t.a.p.

35) Tenzij het tegendeel is afgesproken, Hof Arnhem 23 juni 1959 en 31 mei 1960, NJ 1960, 568.

36) Het Hof Amsterdam besliste dat het *schoolhoofd* in ieder geval niet gedacht kan worden op de, tijdens de wisseltijd even alleen gelaten, leerlingen het in art. 1403 bedoelde toezicht uit te oefenen (zie verder noot 30).

van de onderwijzer als zodanig, excursies worden gehouden", aldus het reeds geciteerde Hof Arnhem³⁷⁾. Ook in die gevallen is de onderwijzer die is belast met het *werkelijke* toezicht aansprakelijk³⁸⁾.

5. Besluit

"Hier ligt Poot,
hy is dood",

om nog eenmaal De Schoolmeester³⁹⁾ aan te halen. Weldra deelt artikel 1403 lid 4 het lot van de bezongene. De aansprakelijkheid van de onderwijzer voor zijn leerlingen wordt in het Nieuw BW niet opgenomen. Naar de reden hiervan kan men slechts gissen; de toelichting op het ontwerp vermeldt niet waarom de bepaling is weggelaten. Waarschijnlijk ligt de reden van schrapping in het hierboven reeds gesignaleerde geringe nut van de bepaling voor de praktijk⁴⁰⁾. De rechtzoekende bleek het in procedures tegen de onderwijzer ook zonder de (in zijn voordeel) omgekeerde bewijslast te kunnen stellen.

De vraag rest, wie naar komend recht aansprakelijk zal zijn voor onrechtmatige daden door leerlingen begaan. Als de onderwijzer ten aanzien van zo'n daad een verwijt kan worden gemaakt, zal hij op grond van art. 6.3.1.1 kunnen worden aangesproken voor de uit de daad voortvloeiende schade. Wanneer in dat geval de ouders waren aangesproken op grond van art. 6.3.2.1⁴¹⁾, dan zullen zij in principe regres kunnen nemen op de onderwijzer⁴²⁾.

37) Zie noot 33.

38) Ktg. Heerenveen, 4 juni 1957, VR 1959, 119; HR 14 januari 1972, NJ 1972, 145.

39) Graftschrift op Poot, uit: Gedichten van Den Schoolmeester (zie noot 1).

40) Zie ook Schut, Onrechtmatige daad 1985, blz. 138.

41) Voor kinderen jonger dan 14 jaar rust op hen een risico-aansprakelijkheid (6.3.2.1 lid 1). Voor kinderen tussen de 14 en 16 jaar zijn zij slechts aansprakelijk (naast het kind zelf, zie 6.3.1.2a j^o 6.3.1.1) wanneer hun kan worden verweten de daad van het kind niet te hebben belet (6.3.2.1 lid 2).

42) Vgl. F.T. Oldenhuis, Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen, diss. Groningen 1985, blz. 45. Zie ook J.C.M. Leyten, Preadvies Thijmgenootschap (zie noot 21), blz. 65.

Straks zal art. 1403 lid 4 en daarmee de kwalitatieve aansprakelijkheid van de onderwijzer niet meer bestaan. Voor de praktijk zal dit echter weinig uitmaken. In de toekomst kan de onderwijzer slechts voor eigen onrechtmatige daden worden aansproken. Maar ook nu reeds wordt hij juist op die grond aansprakelijk gesteld. De aansprakelijkheid van de onderwijzer is straks dood. Leve de aansprakelijkheid van de onderwijzer.

VAN HANDGIFT EN GODSPENNING^{*)}

mr W.L. Valk

I

Ons nu 150 jaar oude Burgerlijk Wetboek spreekt slechts tweemaal van *handgift* (of *handpenning*) en *godspenning*, en wel bij koop en arbeids-overeenkomst, de artikelen 1500 en 1637e. Rechtspraak met betrekking tot deze bepalingen is schaars; voor wat betreft de laatste decennia ontbreekt zij zelfs geheel. Met de literatuur is het al niet anders gesteld. En het nieuwe wetboek laat handgift en godspenning geheel ongeregeld. Kortom, de artikelen 1500 en 1637e zijn de fossiele resten van gebruiken welke, althans in ons land, reeds lang zijn uitgestorven. Fossiele overblijfselen uit vervlogen tijden -, maar daarom nog niet minder belangwekkend. Veelkleurig en bewogen is de geschiedenis van handgift en godspenning. Die geschiedenis hangt ten nauwste samen met de opkomst van een voornaam beginsel van het moderne contractenrecht: het consensualisme.

II

Vóórdat het contract was uitgevonden, volstond men in het handelsverkeer waarschijnlijk met het direct uitruilen van de prestaties. Voor de waar van de één trad die van de ander in de plaats, en de gedachte dat deze vermogensverschuivingen hun rechtvaardiging vinden in bij partij-afspraken in het leven geroepen verbintenissen, zal aan deze

*) Prof. mr. J.M.J. Chorus, hoogleraar Historische ontwikkeling van het recht aan de RU Leiden, voorzag een eerdere versie van dit artikel van commentaar. Van zijn aanwijzingen maakte ik dankbaar gebruik.

fase van de rechtsgeschiedenis wel geheel vreemd zijn geweest¹⁾. Zij komt slechts òns vanzelfsprekend voor.

Een zich meer en meer ontwikkelend handelsverkeer behoeft echter reeds in een relatief vroeg stadium (civielrechtelijke) bescherming van het handelskrediet. Alsdan wordt het contract - gedacht als een obligatoire verhouding tussen partijen - geboren. Consensueel is het contract daarmee allerminst. Het Germaanse contractenrecht werd beheerst door een streng formalisme. De vorm was primair; of er werkelijk consensus tussen partijen bestond, was minder relevant. De zegswijze *een man een man, een woord een woord*, zal oorspronkelijk deze betekenis hebben gehad, dat men met zijn woorden voorzichtig moest zijn, omdat ook het onbedachtzaam gesproken woord bond²⁾. Andere dan formele en reële overeenkomsten kenden de Germanen niet³⁾.

Maar op den duur doen zich de beperkingen van een niet-consensueel contractenrecht toch te zeer gevoelen. En wel met name bij koop. Zolang de verkoper niet behoeft te presteren, zal zijn wederpartij niet graag de koopprijs voldoen, terwijl het gebruiken van een formeel contract veelal als te omslachtig zal zijn ervaren. De emptio-venditio van het Romeinse recht ontwikkelde zich waarschijnlijk reeds in de derde eeuw vóór Christus tot een consensueel contract⁴⁾. De overgang naar een zuiver consensuele koop heeft echter in het *inheemse* recht, eerst in de zeventiende eeuw definitief zijn beslag gekregen. Maar op een andere wijze is het inheemse recht reeds veel eerder aan de belangen van het rechtsverkeer tegemoetgekomen. Reeds vroeg erkende men de gedeeltelijke prestatie (*arra*) als voldoende om de koop afdwingbaar te doen zijn⁵⁾; terwijl deze gedeeltelijke tegenprestatie

-
- 1) Heinrich Mitteis, Rechtsfolgen des Leistungsverzugs beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des Mittelalters, Deutsch-rechtliche Beiträge, Band VIII, Heft 2, Heidelberg 1913, p. 73.
 - 2) A.S. de Blécourt/H.F.W.D. Fischer, Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht, Groningen 1959, p. 271.
 - 3) Aldus de heersende opvatting onder de rechtshistorici, welke teruggaat op Rudolf Sohm, Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt, Weimar 1875, p. 24.
 - 4) R. Feenstra, Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, Leiden 1984, nr. 330.
 - 5) Reeds in de Instituten van Justinianus 3.23 komt de *arra* nog in (vervolg voetnoot)

op den duur versmalt tot een pure schijnprestatie. Handgift en godspenning doen hun intrede.

Veelsoortig zijn de vormen waarin de arra zich voordeed. Afhanke-lijk van tijd en plaats ontmoeten wij met name: *handgeld*, *handgift*⁶⁾ of *handpenning* (een eerste aanbetaling welke meestal met de te betalen koopprijs wordt verrekend); *godspenning* (de arra wordt bestemd voor een godsdienstig of liefdadig doel)⁷⁾; en *wijnkoop* (het handgeld wordt door partijen in een herberg verteerd). Waar de arra niet op de koopprijs in mindering komt - zoals steeds bij godspenning en wijnkoop - ontstaat in feite een nieuw *formeel* contract: op de inachtgenomen vorm komt het aan.

III

De ontwikkeling van een formalistisch naar een zuiver consensueel contractenrecht geraakt in de zestiende en zeventiende eeuw in een stroomversnelling. Onder invloed van het Kanonieke recht en de gebruiken in het internationale handelsverkeer komt een beweging op gang, welke de gebondenheid (ook in rechte) aan het enkele gegeven woord vooropstelt⁸⁾. Aan het einde van de zeventiende eeuw is het

(vervolg voetnoot)

een andere betekenis voor: de arra wordt gegeven vóór het sluiten der koopovereenkomst ter bevestiging van de bereikte overeenstemming over een bepaald onderhandelingspunt. Deze betekenis van de arra speelde bij de totstandkoming van de artt. 1500 en 1637e echter geen rol, en zij kan hieronder dan ook verder buiten beschouwing blijven.

Zie voor de rechtshistorische literatuur over handgift en godspenning met name het in noot 1 aangehaalde werk, p. 74 e.v.; alsmede het in noot 2 aangehaalde werk, p. 275 e.v. en p. 302.

- 6) *Gift* betekent hier niet anders dan overhandiging, overgave. Vergelijk het moderne *afgifte*. Met schenking heeft de handgift niets van doen (ook niet met de gift van hand tot hand, art. 1724 BW!).
- 7) In later tijd wordt de term *godspenning* echter gebruikt als synoniem voor handgeld. Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandse Rechts-geleerdheid*, 3.14.27, is de oorspronkelijke betekenis blijkbaar niet bekend: "...welck handgift by ons oock genoemt werd een godspenning, om dat het gemeenelick niet veel meer en bedraegt alsmen wel ghewoon is aen den armen om godswille te gheven...".
- 8) Zie daarover: R. Feenstra/Margreet Ahsmann, *Contract. Aspecten* (vervolg voetnoot)

consensualisme in vrijwel geheel West-Europa als een leidend beginsel van het contractenrecht aanvaard. En als een eeuw later de grote codificaties ontstaan, staat de vormvrijheid niet eens meer ter discussie.

Wel kent ons Burgerlijk Wetboek nog reële contracten, namelijk⁹⁾ bruikleen (art. 1777), verbruikleen (1791) en bewaargeving (1731)¹⁰⁾, maar het staat partijen vrij zich bij voorovereenkomst reeds vóór afgifte van het geleende enz. te binden (met slechts deze bijzonderheid, dat eerst met afgifte de bepalingen van de desbetreffende benoemde overeenkomst van toepassing worden). Het betreft hier afspraken welke zich, althans in 1838, vooral in de sfeer van belangeloze dienstverlening plegen af te spelen en waarvan de wetgever het onvoldoende opportuun achtte dat nakoming - buiten uitdrukkelijke partijafpraak - reeds vóór afgifte rechtens afdwingbaar zou zijn.

In een overigens consensueel contractenrecht lijkt mij de reële overeenkomst intussen een weinig juist middel om tussen sociale afspraak en méér dan dat te onderscheiden. Noch de gemiddelde bankemployé noch zijn cliënt zal er zich anno 1987 van bewust zijn, een voorovereenkomst te moeten sluiten, wil de cliënt het recht hebben nakoming van de door hen overeengekomen lening te vorderen. Of men hier een voorovereenkomst aanneemt, zal, dunkt mij, daarvan ook allerminst mogen afhangen: het betreft een door en door zakelijke afspraak. Maar daarmee is de ondeugdelijkheid van het criterium wel aangetoond¹¹⁾. Het onderscheid tussen sociale afspraak en civiel contract is bij bruikleen enz. misschien wel kwantitatief van veel belang, maar betreft in feite een leerstuk van een meer algemene strekking, waarover - in een traditioneel door de wilsleer gestempeld contractenrecht - nog te weinig is nagedacht.

(vervolg voetnoot)

van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief, Deventer 1980, p. 12 e.v.; en meer uitvoerig: Jakob Zeijlemaker, Overeenkomst en wilsovereenstemming, diss. Leiden, Geleen 1921, p. 226 e.v.

9) Het rechtskarakter van de schenking van hand tot hand (art. 1724) blijft hier in het midden.

10) Naar Ontwerp BW rest daarvan alleen nog bruikleen (art. 7.6.1).

11) Terecht maakt O.K. Brahn, *Het irreële van het reële contract bruikleen in het NBW*, N.J.B. 1983, p. 568 e.v., dan ook bezwaar tegen art. 7.6.1 Ontwerp B.W.

IV

Het consensualisme ging aan handgift en godspenning niet voorbij. Zie bijvoorbeeld de costumen van Oudenaarde (1611)¹²⁾:

"Cooper ende vercooper (...) zyn ghehouden te volcommen haerlied contract naer zyn vorme ende inhouden alsoo verre alst in heurlieder macht es t' selve te volcommene, weer datter godtspenning ghegheven es weer niet..."

Het gebruik om bij het sluiten van de overeenkomst een handgift of godspenning te geven, hield echter nog lang stand, en wel in het bijzonder bij arbeidsovereenkomsten. Nog in 1915 spreekt Star Busmann van het plaatselijk gebruik de dienstboden tweemaal per jaar een godspenning (hier met de betekenis van handgeld) te geven, waarmee de arbeidsovereenkomst steeds voor een half jaar werd verlengd¹³⁾.

Maar welke rol kunnen handgift en godspenning nog vervullen in een consensueel contractenrecht? Het meest voor de hand ligt de gedachte, dat de arra wordt gegeven ten teken van het sluiten van de overeenkomst. Het handgeld herinnert partijen er aan, zich jegens elkander te hebben verbonden. Ook in onze tijd is een eerste aanbetaling bij het totstandkomen van de overeenkomst niet ongebruikelijk en men zal daarmee wel eenzelfde psychologisch effect beogen. Maar naast de opvatting van handgift en godspenning als *arra confirmatoria*, staat die als *arra poenitentialis*. In deze opvatting die vooral in de 18e eeuw opgeld deed, kan hij die de handgift gaf, zich van de overeenkomst bevrijden door het gegeven bedrag bij zijn wederpartij te laten¹⁴⁾. Aldus onderscheidt de arra zich in bijna niets van het rouwgeld, het beding dat de debiteur door betaling van een bepaald bedrag de overeenkomst (eenzijdig) kan ontbinden¹⁵⁾. Het is deze

12) Het in noot 1 aangehaalde werk, p. 128.

13) W.K.F. Land/C.W. Star Busmann, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, vijfde deel, eerste stuk, Haarlem 1915, p. 222.

14) Meestal kon ook hij die de handgift ontving van de overeenkomst af, en wel door het ontvangen geld terug te geven (of, volgens andere bronnen, het dubbele daarvan).

15) Men onderscheidde het rouwgeld van het boetededing. Vgl. Asser-Rutten I, Zwolle 1981, p. 233.

laatste opvatting van de arra welke voor koop in art. 1590 van de Franse Code Civil is neergelegd en derhalve van 1811 tot 1838 ook in ons land heeft gegolden. In de bewoordingen van het Belgische wetboek:

"Indien bij de verkoopbelofte handgeld is gegeven, is ieder van de contractanten vrij, van de verkoopbelofte af te zien: Hij die het handgeld heeft gegeven, door het te laten behouden, En hij die het handgeld heeft ontvangen, door het dubbel terug te geven."

Zo veranderde het handgeld in zijn tegendeel: van een middel om de overeenkomst te versterken, werd het een middel om zich eenzijdig van de overeenkomst te kunnen ontdoen.

Het is deze ontwikkeling waartegen onze wetgever van 1838 zich in art. 1500 BW keert¹⁶⁾. Vandaar ook de negatieve formulering van het artikel:

"Indien de koop met het geven van eene handgift of eenen godspenning is gesloten, kan geene der partijen van dien koop afzien, het zij door het laten behouden, het zij door het terug geven, van de handgift of den godspenning."

Het staat partijen vrij een annuleringsbeding overeen te komen. De artikelen 1500 en 1637e bevatten regelend recht¹⁷⁾. Maar enkel uit het inachtnemen van de vorm handgift of godspenning, mag een dergelijk beding niet worden afgeleid.

Zo beschouwd zijn de artikelen 1500 en 1637e eerbiedwaardige overblijfselen van de strijd tussen formalisme en consensualisme. De Code Civil huldigde een formalistische visie op handgift en godspenning. Enkel uit de inachtgenomen vorm werd een annuleringsbeding afgeleid. Terecht rekent ons huidige Burgerlijk Wetboek met die opvatting af: zij past niet in een overigens consensueel contractenrecht.

16) Vgl. voor de wetsgeschiedenis J.C. Voorduyn, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, dl. V, Utrecht 1838, p. 143.

17) Hof Den Bosch 18 november 1955, NJ 1956, 464.

V

Maar is het consensualisme niet op z'n retour? Het aantal bepalingen dat voor een rechtshandeling een onderhandse of notariële akte eist, is sinds 1838 immers alleen maar toegenomen¹⁸⁾. Toch niet. Niet elk vormvoorschrift is uiting van formalisme. Het moderne contractenrecht hecht nimmer aan de vorm òm de vorm. Integendeel; afgezien van de gevallen waarin de rechtszekerheid voorop staat, gaat het er juist om werkelijke *consensus* te garanderen. Tegen overhaasting en economisch overwicht stellen de moderne vormvoorschriften zich te weer. De artikelen 1500 en 1637e BW kunnen dan ook zonder schade worden bijgezet in het kabinet der rechtsgeschiedenis. Een burgerlijk wetboek is geen instelling van monumentenzorg.

18) Vgl. Asser-Rutten II, Zwolle 1982, p. 48, 49.

VRIJWARING WEGENS UITWINNING

Mr C.G. Breedveld-de Voogd

Vrijen en waren, vrijwaren¹⁾. Het zegt ons niet zo veel en toch is het volgens art. 1510 BW naast het leveren van de verkochte zaak de hoofdverplichting van de verkoper. De procesrechtelijke plicht tot vrijwaring is bekender en keert ook terug in art. 7.1.2.6 NBW. In dit artikel staat de *materieelrechtelijke* plicht tot vrijwaring centraal en wel de vrijwaring wegens uitwinning. Deze keert naar NBW niet terug.

Vrijwaren betekent waarborgen. In die ruime zin wordt dit woord gebruikt in art. 1527:

"De vrijwaring, waartoe de verkoper jegens den koper gehouden is, heeft twee strekkingen, namelijk, vooreerst, het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak; ten tweede, de verborgene gebreken dier zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop."

De oorspronkelijke betekenis is beperkter. Art. 2428. Ontwerp-Kemper van 1820 bepaalt dat de verkoper verplicht is het verkochte goed te vrijen en te waren. Dit staat voor respectievelijk vrij maken en waarborgen. De samentrekking "vrijwaren" betekent dan er voor instaan dat een ander geen rechten kan doen gelden²⁾. In de laatste betekenis ziet de vrijwaring alleen op het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak. De verkoper moet er voor instaan dat een derde niet op grond van zijn beter recht op de zaak het bezit aan de koper

-
- 1) Star Busmann-Rutten, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering derde druk, Haarlem 1972, nr. 324, blz. 307.
 - 2) - zie noot 1
-Asser-Schut, blz. 131.

ontneemt³⁾. Met andere woorden de verkoper moet de koper vrijwaren tegen uitwinning (art. 1528)⁴⁾.

Wanneer de verkoper aan deze primaire verplichting niet kan voldoen en de verkochte zaak toch onder de koper wordt uitgewonnen, is de verkoper gehouden schadevergoeding te betalen aan de koper⁵⁾. Deze schadevergoedingsplicht wordt uitgewerkt in de artikelen 1531-1537.

Nu kan eenzelfde resultaat worden bereikt, zonder het instituut van vrijwaring wegens uitwinning. Op grond van wanprestatie kan de koper schadevergoeding vorderen. De verkoper heeft immers niet voldaan aan zijn verplichting tot eigendomsverschaffing⁶⁾. De vrijwaring wegens uitwinning is dan niets anders dan een regeling voor een speciaal geval van wanprestatie en kan derhalve worden gemist⁷⁾.

We gaan echter met deze redenering van een vooronderstelling uit, waarover vroeger in het geheel geen overeenstemming bestond. Het was nog maar de vraag of de verkoper verplicht was tot eigendomsverschaffing. Dat wat nu voor de hand lijkt te liggen was toen een juridisch probleem. Bepalingen in ons huidig BW, zoals de vrijwaringsregeling, voeren ons terug naar die discussie. Het Nieuw BW wist die sporen uit, maar kent weer nieuwe vragen.

De verplichting tot eigendomsverschaffing

In het huidig wetboek zal men tevergeefs zoeken naar een wetsartikel dat bepaalt dat de verkoper verplicht is de eigendom van het verkochte te verschaffen. De verkoper is ingevolge art. 1510 verplicht de

-
- 3) Opzoomer, Burgerlijk Wetboek VIII, tweede druk, 's-Gravenhage 1892, blz. 110.
 - 4) Dit wordt ook juridische vrijwaring genoemd; Asser-Schut, blz. 131 e.v.
 - 5) Asser-Schut, blz. 131 en 132.
 - 6) of eigendomsoverdracht; over dit verschil later.
 - 7) Asser-Kamphuisen, blz. 70 en 71.

verkochte zaak te leveren. Dat dit tot het Ansink-Canjels-arrest⁸⁾ niet als aanknopingspunt voor een plicht tot eigendomsverschaffing kon dienen hing samen met de uitleg van art. 1511. Dit artikel bepaalt:

"De levering is eene overdragt van het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper."

Algemeen werd aangenomen dat de wetgever hiermee doelde op feitelijke levering en niet op eigendomsoverdracht⁹⁾. Dit zou onder meer blijken uit art. 1604 van de Code Civil, waarvan art. 1511 een vertaling is. Art. 1604 C.C. spreekt van "délivrance", hetgeen betekent feitelijke levering¹⁰⁾. Was eigendomsoverdracht bedoeld dan zou het woord "tradition" zijn gebruikt. In het Franse stelsel is evenwel een verplichting tot eigendomsoverdracht overbodig, omdat de eigendom reeds overgaat door de koop alleen. Wel moet de koper de zaak feitelijk krijgen en dāt is dan ook de functie van art. 1604 C.C..

Lange tijd heeft men onder invloed van Diephuis, die het bovenstaande voor het voetlicht heeft gebracht, geleerd dat de verkoper uitsluitend gehouden is het rustig genot te leveren en niet de verdergaande plicht tot eigendomsoverdracht heeft. Argumenten hiervoor kunnen ook in het Romeinse recht worden gevonden. In het klassieke en in het Justiniaanse recht was het voldoende dat verkoper aan de koper het ongestoorde bezit verschafte, hem vrijwaarde voor uitwinning en zich verder onthield van alles wat kon worden aangemerkt als onbehoorlijk gedrag¹¹⁾. De vrijwaring is in zo'n stelsel zoals Kamphuisen het noemt, "een noodzakelijk complement" van de plicht van de koper om het ongestoorde bezit te verschaffen¹²⁾.

8) HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 m.n. C.J.H. Brunner; AA 1983, blz. 611 e.v. m.n. Van Schilfgaarde.

9) Diephuis XI, blz. 214
Asser-Schut blz. 11.

10) Asser-Kamphuisen blz. 11.

11) R. Feenstra, Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht, derde herziene druk, Leiden 1980, nr. 331.

12) Asser-Kamphuisen blz. 69.

Doordat de verkoper aan de koper het vrij bezit verschaft, kan de koper door verjaring eigenaar worden.¹³⁾ Maar dit doel, het uiteindelijk verkrijgen van de eigendom, is niet veilig te stellen door de verkoper uitsluitend de plicht tot bezitsverschaffing op te leggen. De koper kan immers na de bezitsverschaffing door de verkoper in dit bezit worden gestoord door een derde die beweert een beter recht op de zaak te hebben. De plicht tot vrijwaring is hiervoor geschreven. Alleen door deze vrijwaringsplicht kan de koper schadevergoeding vorderen, wanneer de zaak wordt uitgewonnen. Aan de verplichting tot bezitsverschaffing was immers al voldaan. De verplichting tot bezitsverschaffing en die tot vrijwaring gaan derhalve hand in hand.

De vrijwaringsregeling in het BW is dan ook een belangrijk argument in de leer die verdedigt dat de verkoper niet verplicht is tot eigendomsverschaffing¹⁴⁾. Zou de verkoper hiertoe verplicht zijn dan is de vrijwaringsplicht overbodig: de koper kan immers op grond van wanprestatie ageren.

Deze leer, die lange tijd de heersende was, heeft echter een groot nadeel. De koper heeft slechts recht op schadevergoeding wanneer er sprake is van uitwinning. Strikt genomen betekent uitwinning ontneming van het bezit door een derde op grond van zijn beter recht op de zaak door middel van een rechterlijk vonnis¹⁵⁾. Of, zoals Opzoomer zegt:

"Ze moet den koper niet maar gedreigd, ze moet door hem werkelijk geleden zijn, geleden op den weg des rechts, ..."16).

In die gevallen waarin er geen sprake is van uitwinning in bovengenoemde zin zou de koper geen recht hebben op schadevergoeding. Daarom werd het begrip uitwinning soms opgerekt. Voorbeelden hiervan zijn: het afgeven van de zaak door de koper zonder vonnis, omdat procederen in dat geval zinloos is en de situatie waarin de koper de hypotheek

13) vgl. voor het oud-Nederlandse recht, Hugo de Groot, Inleidinghe III, 15 § 4.

14) S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht tweede deel, tweede druk, blz. 27.

15) Asser-Kamphuisen blz. 69.

16) Opzoomer VII, blz. 110: anders Asser-Schut blz. 134.

betaalt die een derde op het goed blijkt te hebben om uitwinning te voorkomen¹⁷⁾. Kamphuisen wijst erop dat men deze uitbreiding van het begrip uitwinning niet nodig heeft wanneer men zich op het standpunt stelt dat de verkoper verplicht is de eigendom over te dragen. De koper kan dan immers wanneer er geen sprake is van uitwinning in strikte zin een beroep doen op wanprestatie. De gehele regeling van de vrijwaring is in die visie een *lex specialis* die uitsluitend moet worden toegepast wanneer er werkelijk sprake is van uitwinning¹⁸⁾. Zo wordt ook het argument dat de vrijwaringsregel zou wijzen op het niet bestaan van een plicht van de verkoper tot eigendomsoverdracht ontkracht. Niet duidelijk wordt evenwel waarom bij werkelijke uitwinning een dergelijke *lex specialis* door de wetgever noodzakelijk werd geacht.

Het meest principiële argument om het roer om te gooien is wel dat aard, strekking en doel van de koopovereenkomst de verplichting tot eigendomsverschaffing met zich meebrengt¹⁹⁾. De eigendomsoverdracht is het doel van de koopovereenkomst²⁰⁾. Om aan te geven dat men er bij de totstandkoming van ons huidige BW niet anders over dacht citeren Kamphuisen en Schut een uitspraak van Beelaerts van Blokland:

"De aard van het wezen van het koopcontract bestaat in eene wederzijdsche vrijwillige toestemming van koper en verkooper, om eene zaak uit den eigendom van den laatste in dien van den eerste te doen overgaan"²¹⁾.

17) Asser-Kamphuisen blz. 70.

18) idem.

19) Asser-Schut blz. 11

Asser-Kamphuisen blz. 11

Van Vrijberghe de Coningh R.M. Themis, 1942, blz. 168.

20) S. van Brakel, t.a.p. blz. 26.

21) zie noot 19.

Ansink/Canjels

In zijn arrest van 4 februari 1983 kiest de Hoge Raad voor de leer dat de koopovereenkomst verplicht tot eigendomsoverdracht²²⁾.

Canjels verkoopt aan Ansink een Mercedes voor f 21.000,-. Op zijn beurt verkoopt Ansink deze auto aan Verbeek voor f 30.000,-. De Mercedes blijkt gestolen te zijn van eigenaar Gijzen. Gijzen revindiceert de auto bij Verbeek en deze geeft de auto aan Gijzen af. Verbeek vordert schadevergoeding van Ansink wegens de uitwinning. Deze vordering wordt toegewezen. Ansink nu vordert op grond van wanprestatie schadevergoeding van Canjels.

Het probleem is dat Canjels voldaan heeft aan zijn verplichting tot bezitsverschaffing. Hierin kan de wanprestatie dus niet zijn gelegen. Ansink kan ook geen beroep doen op de vrijwaringsplicht van Canjels, aangezien het bezit hem niet is ontnomen. Er is geen sprake van uitwinning. Alleen het aannemen van een verplichting tot eigendomsverschaffing kan uitkomst brengen. In tegenstelling tot het Hof doet de Hoge Raad dit ook:

"Naar algemene verkeersopvatting heeft de koopovereenkomst ten doel dat aan de koper de eigendom van de verkochte zaak wordt verschafft; aard en strekking dezer overeenkomst brengen derhalve mede dat de hoofdverplichting van de verkoper de zaak te "leveren", neergelegd in art. 1493 en 1510 en nader bepaald in art. 1511 mede omvat de verplichting tot verschaffen van deze eigendom."

Vrijwaringsregeling is overbodig geworden.

Het arrest Ansink/Canjels brengt ons geldende nationale kooprecht in overeenstemming met art. 18 Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en met art. 7.1.2.1 NBW. Dit laatste artikel bepaalt in de eerste zin van lid 1:

"De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren."

22) zie noot 8.

In de Toelichting op het Voorontwerp titel 7.1 wordt geschreven dat wanneer de verkoper zijn verbintenis tot het overdragen van de eigendom niet vervult, de koper de beschikking heeft over alle rechten welke uit deze niet-nakoming voortvloeien. "Bijgevolg kan de wet afzien van bijzondere bepalingen betreffende vrijwaring in geval van uitwinning (artikelen 1528-1539 BW)".

Door het arrest Ansink/Canjels is ook voor het huidig recht de vrijwaring wegens uitwinning overbodig geworden. Er is ook geen reden om een speciale regeling toe te passen wanneer er sprake is van werkelijke uitwinning. De algemene regels inzake wanprestatie voldoen in deze gevallen.

Nieuwe regels, nieuwe vragen

Het Ansink/Canjels-arrest en art. 7.1.2.1 lossen een belangrijk twistpunt omtrent de koop op. De nieuwe leer kent weer andere vragen. In het bovenstaande zijn de woorden eigendomsverschaffing en eigendomsoverdracht naast elkaar gebruikt. Maar voldoet de verkoper aan zijn verplichting wanneer de koper niet door eigendomsoverdracht eigenaar wordt, maar door de werking van art. 2014 of 3.4.2.3a? De Hoge Raad laat zich in bovengenoemd arrest niet uit over dit probleem.

In art. 7.1.2.1 wordt het begrip overdragen gebruikt. De Toelichting spreekt echter ook van het verschaffen van de eigendom. Het Nieuw BW scheidt in dit geval dus geen duidelijkheid. Schut verdedigt dat de verbintenis naar huidig en komend recht vervuld is zodra het beoogde resultaat is bereikt. De koper wil eigenaar van het gekochte worden. Of dit geschiedt door eigendomsoverdracht of op andere wijze zal de koper niet interesseren²³⁾. Brunner daarentegen is van mening dat de verkoper gehouden is de eigendom over te dragen. Wanneer de koper krachtens wetsbepaling eigenaar is geworden zal hij er veelal geen belang bij hebben de verkoper uit wanprestatie aan te spreken. Maar de koper die te goeder trouw verkreeg moet volgens Brunner wel de mogelijkheid hebben de koop wegens wanprestatie te

23) Asser-Schut, blz. 128.

ontbinden, wanneer hij na de levering ontdekt dat hij gestolen of verduisterd goed heeft gekocht²⁴⁾.

Mijns inziens hangt het een en ander ook af van de werking die men aan art. 2014 en 3.4.2.3a toekent. Asser-Beekhuis leert dat op art. 2014 door de derde te goeder trouw een beroep moet worden gedaan²⁵⁾. Wanneer de koper dit niet doet, zal de eigendom hem ook niet zijn verschafte en zal hij in beginsel de verkoper op grond van wanprestatie kunnen aanspreken. De koper handelt niet juist wanneer hij enerzijds een beroep doet op art. 2014 en anderzijds de koop op grond van wanprestatie wenst te ontbinden. Hij geeft door zijn beroep op art. 2014 immers aan prijs te stellen op de eigendom van het goed. Welk belang heeft hij dan nog bij een vordering uit wanprestatie, vanwege het feit dat hem de eigendom niet is overgedragen?

Art. 3.4.2.3a werkt volgens Asser-Beekhuis van rechtswege²⁶⁾. De koper wordt zonder dat hij hierop een beroep doet eigenaar van het verkochte. In dat geval zou de vraag of de koper de verkoper op grond van wanprestatie kan aanspreken van meer belang zijn dan naar huidig recht, omdat art. 3.4.2.3a de koper, mogelijk tegen wil en dank, eigenaar kan maken van gestolen of verduisterde goederen.

Wellicht moet de opvatting van Asser-Beekhuis over de werking van art. 2014 en art. 3.4.2.3a worden omgedraaid: art. 2014 werkt van rechtswege, op art. 3.4.2.3a moet de beschermde een beroep doen²⁷⁾. De vraag of de koper een beroep op wanprestatie kan doen zal zich dan voornamelijk in het huidige recht voordoen. Naar komend recht zal de oplossing gelijk zijn aan hetgeen hiervoor ten aanzien van art. 2014 is geschreven. Wanneer de koper geen eigenaar wil worden van gestolen en verduisterde goederen, dan moet hij de bescherming van art.3.4.2.3a

24) C.J.H. Brunner, noot onder Ansink/Canjels (zie noot 8) en noot onder HR 29 mei 1981, NJ 1982, 25.

25) Asser-Beekhuis I (Zakenrecht) blz. 369.

26) zie noot 25

27) vgl. voor art. 2014: W.C.L. van der Grinten, R.M. Themis 1976, p. 535. vgl. voor art. 3.4.2.3a: A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, tweede druk, Deventer 1984, nr. 49.

niet inroepen. Hem is door de verkoper eigendom overgedragen noch verschaft.

Conclusie

De vrijwaring wegens uitwinning is overbodig geworden. Naar geldend en komend recht kan de koper immers een beroep op wanprestatie doen. Want, nam men vroeger aan dat de verkoper slechts gehouden was het bezit over te dragen, nu leert men dat hij de koper de eigendom moet verschaffen. Misschien gaat de verplichting van de verkoper nog verder en moet hij de eigendom overdragen. Voor een oud is een nieuw twistpunt in de plaats gekomen.

DE VERBORGEN GEBREKEN-REGELING

mr W.J.G. Oosterveen

Inleiding.

Met de invoering van het NBW zullen wij afscheid nemen van de veelbesproken regeling der verborgen gebreken, neergelegd in de artt. 1540-1547 BW. Teneinde de lezer de mogelijkheid te geven vast te stellen of ook in dit geval scheiden doet lijden, zal ik hieronder, bij wijze van afscheid, de regeling aan een beschouwing onderwerpen. Omvang en diepgang van hetgeen in het verleden reeds over dit onderwerp is geschreven, alsmede de beperkte ruimte in deze bundel, dwingen mij de lezer op voorhand begrip te vragen voor de summierheid van dit betoog.

Wat is de verborgen gebreken-regeling?

Beperken wij ons tot de voor de verkoper uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, dan zien wij dat dit er twee zijn,

"... namelijk om de verkochte zaak te leveren, en dezelve te vrijwaren." (Art. 1510 BW)

Art. 1527 geeft vervolgens aan dat vrijwaren twee aspecten heeft,

"... namelijk, vooreerst, het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak; ten tweede, de verborgene gebreken dier zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop."

Het eerste type vrijwaring wordt doorgaans juridische vrijwaring genoemd en valt buiten het onderwerp van deze beschouwing. Het tweede betreft de zgn. (feitelijke) vrijwaring wegens verborgen gebreken van de zaak, zoals geregeld in de artt. 1540-1547.

Het kernartikel van de verborgen gebreken-regeling is art. 1540, luidende:

"De verkooper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgene gebreken van het verkochte goed, die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier

voege verminderen dat, bijaldien de koper de gebreken gekend had, hij het goed, of in het geheel niet, of niet dan voor eenen minderen prijs, zoude gekocht hebben."

Art. 1541 laat daarop volgen:

"De verkoper is niet gehouden in te staan voor zichtbare gebreken, welke de koper zelf had kunnen ontdekken."

De verkoper dient dus op grond van de wet in te staan voor bepaalde, nader omschreven, gebreken van de verkochte zaak. Uit de wet zijn twee vereisten af te leiden, waaraan het gebrek moet voldoen.

In de eerste plaats moet het gaan om een *verborgen* gebrek. De koper behoort de zaak te bekijken en als hij niet of met zijn neus kijkt, draagt hij daarvoor zelf het risico. Doorgaans wordt art. 1541 aldus geïnterpreteerd dat een gebrek "zichtbaar" wordt geacht wanneer iemand als koper in kwestie het voor het sluiten van de overeenkomst bij een in redelijkheid te vergen onderzoek had kunnen ontdekken. De woorden "... de koper zelf ..." moeten niet letterlijk worden genomen: onder bepaalde omstandigheden kan uit de (precontractuele) goede trouw een plicht tot onderzoek door deskundigen voortvloeien.¹⁾ Men denke aan de (ANWB-)keuring bij tweedehands auto's.

Voorts moet het gaan om gebreken die de verkochte zaak ongeschikt of (substantieel) minder geschikt maken "tot het gebruik waartoe het bestemd is." Onder "gebruik" wordt hier traditioneel verstaan: "feitelijk gebruik".²⁾ Gaat het dus om eigenschappen van de zaak die, hoewel zij gezien aard en inhoud van de overeenkomst van doorslaggevend belang zijn - om in dwalingstermen te spreken: eigenschappen die voor de koper de eigenlijke grond voor het sluiten van de overeenkomst vormden -, niet aan het *feitelijk* gebruik in de weg staan, dan doet zich niet een "gebrek" in de zin van art. 1540 BW voor.³⁾

1) Asser-Schut, p. 173; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 38

2) Asser-Schut, p. 171-172; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 32

3) Misschien kan uit HR 15 nov. 1985, NJ 1986, 213 (m.n. G.); AA 1986, p. 315, J.H. Nieuwenhuis (Gevaar op de weg) worden afgeleid dat inmiddels het criterium van art. 7.1.2.7 NBW bepalend is voor (Vervolg Voetnoot)

Voor de afwezigheid van genoemde gebreken heeft de verkoper "in te staan"; dat hij buiten zijn schuld onkundig was van de gebreken doet niet terzake; het betreft hier een wettelijke garantieplicht.⁴⁾ Dit volgt uit art. 1542 dat zegt:

"Hij moet voor de verborgene gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest, ..."

De wetenschap van de verkoper heeft echter wel gevolgen voor de rechten die de teleurgestelde koper kan doen gelden. Omtrent deze rechten verklaart art. 1543 in het algemeen:

"In de gevallen bij artikel 1540 en 1542 vermeld, heeft de koper de keus om of het goed terug te geven en den koopprijs terug te vorderen, of het goed te behouden, en zich zoodanig gedeelte van de koopprijs te doen terug geven, als de regter, na deskundigen hierop te hebben gehoord, zal bepalen."

Deze twee mogelijke vorderingen, de zgn. "actio redhibitoria" (ontbinding) en "actio quanti minoris", stammen nog uit het Romeinse recht. Hoe groot het gedeelte van de koopprijs is, dat de koper bij toepassing van de actio quanti minoris terugkrijgt, bepaalt de wet niet, doch is overgelaten aan de rechter. Het ligt voor de hand dat dit in enige verhouding zal staan tot de ernst van het gebrek, dus tot de mate waarin de geschiktheid tot feitelijk gebruik door het gebrek is verminderd.

De invloed van wetenschap van de verkoper komt in de twee daaropvolgende artikelen aan de orde. Art. 1544 bepaalt ten aanzien van de verkoper te kwader trouw dat deze tevens aansprakelijk is voor gevolgschade ("... alle kosten, schaden en interessen ...")

De verkoper te goeder trouw hoeft, naast de werking van art. 1543, slechts

"... aan den koper de kosten op den koop en de levering gevallen te vergoeden, voor zoo verre hij die mogt hebben betaald" (Art. 1545)

(Vervolg Voetnoot)

de vraag of sprake is van een verborgen gebrek. Zie nader hieronder.

4) Asser-Schut, p. 173 en Schut, Presteren en garanderen, Inaug. rede V.U. Amsterdam, Zwolle 1965.

Art. 1546 bevat een risico-regeling, zakelijk inhoudend dat wanneer de zaak mocht vergaan tengevolge van het verborgen gebrek, de koper beide vorderingen die hij op grond van de verborgen gebreken-regeling heeft, behoudt (lid 1), terwijl hij die rechten verliest wanneer de zaak door toeval teniet gaat (lid 2). Twee opmerkingen dienen hierbij te worden gemaakt.

In de eerste plaats zou men op basis van de tekst van lid 1 kunnen menen dat de koper bij vergaan als gevolg van het gebrek slechts de actio redhibitoria behoudt. De Hoge Raad heeft echter beslist dat beide vorderingen de koper blijven toekomen.⁵⁾

In de tweede plaats geldt art. 1546 slechts voor geheel en niet voor gedeeltelijk vergaan van de zaak. In het laatste geval blijft art. 1543 dus onverkort van toepassing.⁶⁾

De angel van de verborgen gebreken-regeling is te vinden in art. 1547:

"De regtsvordering, voortspruitende uit gebreken die de vernietiging van de koop ten gevolge hebben, moet door den koper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is."

Op het eerste gezicht nog betrekkelijk vriendelijk geformuleerd, is de toepassing van dit artikel door de rechtspraak al menige teleurgesteld de koper fataal geworden.

De "korte tijd" begint te lopen op het eerste moment waarop een zorgvuldig koper niet alleen het gebrek had kunnen ontdekken, maar tevens dat dit gebrek ten tijde van de koop reeds bestond.⁷⁾ Binnen de vervaltermijn - doorgaans op ongeveer zes weken gesteld, bij sommige (groepen van) zaken wat langer - moet de koper dagvaarden, op straffe van algeheel verlies van zijn aanspraken jegens de verkoper.⁸⁾

Na deze behandeling van de artt. 1540-1547 kan worden vastgesteld dat de verborgen gebreken-regeling voor de koper een aantal wezenlijke

5) HR 11 mei 1917, NJ 1917, p. 711

6) Asser-Schut, p. 175

7) Asser-Schut, p. 176; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 43-44

8) Asser-Schut, p. 177; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 43-44

nadelen kent vergeleken met de algemene regels betreffende wanprestatie.

De termijn van art. 1547 die, behalve dat het een *verval*termijn is, zeer kort is in vergelijking met de *verjaring*stermijn voor de vordering uit wanprestatie, is reeds genoemd. Het verschil wordt natuurlijk geflatteerd doordat hierin niet tot uitdrukking komt dat, door de werking van het leerstuk der rechtsverwerking, een vordering uit wanprestatie in de praktijk niet gedurende dertig jaar ingesteld kan worden. Ook echter wanneer dit feit in de beschouwing wordt betrokken, zal de termijn van art. 1547 een veel groter gevaar zijn voor de koper.

Voorts kan worden gewezen op de vorderingen die de koper ten dienste staan. Bij wanprestatie kan de koper volledige schadevergoeding krijgen, eventueel in combinatie met nakoming of ontbinding. Alleen bij kwade trouw van de verkoper bieden de artt. 1543 en 1544 de koper dezelfde mogelijkheid, althans voor wat betreft de schadevergoeding.

In de derde plaats, zij het van minder belang, kan worden genoemd de risico-regeling van art. 1546 lid 2 betreffende tenietgaan van de zaak door toeval.

Waarom, zo kan men zich afvragen, wordt van de verborgen gebreken-regeling dan nog gebruik gemaakt, wanneer zij voor de koper inmiddels meer nadeel dan voordeel oplevert?

In 1941 overweegt de Hoge Raad in het Verse koe-arrest⁹⁾ ten aanzien van de verplichting tot instaan voor verborgen gebreken:

"dat de wet echter de rechtsgevolgen verbonden aan de niet-nakoming van deze verplichting door den verkoper in dier voege regelt, dat de rechten, die naar den gewonen regel de partij, tegenover wie een contractueele verplichting niet is nagekomen, daaraan ontleent, voor den koper ingeval van verborgen gebrek worden ingeperkt;"

Na aangegeven te hebben op welke punten de regeling ten nadele van de koper afwijkt van de algemene regels inzake wanprestatie, wordt geconcludeerd:

9) HR 27 jun. 1941, NJ 1941, 781, m.n. E.M.M.

"dat hier dus niet een bijzondere schaderegeling is gegeven in het belang van den koper, die hij te zijner keuze ook onbenut zou kunnen laten om naar de gewone regelen des rechts verhaal op zijn verkooper te zoeken, indien deze de voormelde, hem door de wet opgelegde, verplichting niet is nagekomen, doch integendeel het verhaalsrecht van den koper, als gezegd, wordt ingeperkt en hij dan ook niet vermag de aan zijn verhaal gestelde perken terzijde te stellen;"

Het antwoord op de hierboven gestelde vraag is dus eenvoudig: omdat iets beter is dan niets. Bij strijd derogeert de verborgen gebrekenregeling aan de algemene regels betreffende wanprestatie, zodat de koper in dat geval de uitgebreidere mogelijkheden van de wanprestatievordering niet heeft.

Deze constatering brengt ons op de, daardoor van groot belang geworden, kwestie van het toepassingsgebied van de regeling. Dit bepaalt immers hoe groot de valkuil voor de koper is en daarmee de kans dat de gemiddelde koper erin terecht zal komen.

Hoewel de wetgever van 1838 bij het opstellen van de kooptitel waarschijnlijk voornamelijk het oog heeft gehad op de specieskoop, wordt tegenwoordig algemeen aangenomen dat de bepalingen daarvan in beginsel ook van toepassing zijn op genuskoop. Daaraan wordt echter direct toegevoegd dat sommige bepalingen zo duidelijk geschreven zijn voor specieskoop, dat deze niet op een genuskoop van toepassing zijn. Daaronder vallen ook de artt. 1540-1547.¹⁰⁾

De Hoge Raad besliste in 1952 in het Arza-automaten-arrest¹¹⁾:

"dat ... voormelde bepalingen slechts van toepassing zijn, ingeval een zekere en bepaalde zaak is verkocht, en niet, indien ... de verkochte zaak slechts ten aanzien van haar soort is bepaald en het geleverde exemplaar gebreken vertoont;"

Tevens sprak hij uit:

"dat er geen termen zijn voormelde artikelen op laatstbedoelden koop analogisch toe te passen;"

10) Asser-Schut, p. 48-49; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 32

11) HR 16 mei 1952, NJ 1953, 459, m.n. Ph.A.N.H.

Hiermee kapte de Hoge Raad de tot dan toe in de doctrine gevoerde discussie over de al of niet toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling (ook) op genuskoop, voor het grootste deel af. Niet geheel echter. Gezien de formulering van de Hoge Raad was nog open de vraag of de regeling zou gelden indien niet slechts het geleverde exemplaar, maar de gehele soort gebrekkig was; met andere woorden, wanneer het niet mogelijk was een exemplaar te leveren dat òn binnen de tussen partijen overeengekomen soort viel òn voldeed aan hetgeen (overigens) aan eigenschappen en hoedanigheden voortvloeyde uit hetgeen partijen afspraken. Hoewel een groot aantal schrijvers zich voorstander heeft getoond van toepassing van de regeling op deze situatie¹²⁾, besliste de Hoge Raad in het Drankautomaten-arrest¹³⁾ van 1970 anders. Na enige overwegingen waarin wordt geconstateerd dat zich, als gevolg van de ontwikkeling van de algemene beginselen van het contractenrecht, een discrepantie is gaan voordoen tussen de oorspronkelijke strekking van de regeling (bescherming van de *koper*) en de huidige uitwerking (bescherming van de *verkoper*), overweegt hij:

"dat het onder die omstandigheden redelijk is, de draagwijdte van deze regeling niet uit te breiden buiten de gevallen welke de wetgever bij het opnemen van de regeling voor ogen hebben gestaan, t.w. de gevallen waarin de koopovereenkomst betrekking heeft op een reeds bij het sluiten van de koop individueel bepaalde zaak, en wel in dier voege dat naar de bedoeling van pp. de verkoper slechts aan zijn leveringsplicht kan voldoen door levering van die bepaalde zaak, en de koper ook geen andere zaak dan deze kan vorderen;"

Hiermee ging de deur, tot dan toe nog op een theoretische kier, onverbiddelijk dicht.

Altijd van toepassing op specieskoop?

Is het nu zo dat in het geval van een specieskoop altijd de verborgen gebreken-regeling van toepassing is? Het antwoord luidt: neen, en wel

12) Zie de bij R. Overeem, Consumentenkoop, Serie Bijzondere Contracten 4A, Groningen 1976, op p. 89-90 genoemde schrijvers.

13) HR 3 apr. 1970, NJ 1970, 252, m.n. G.J.S.

om twee redenen.

De eerste is gelegen in de regeling zelf. Art. 1540 spreekt van "... gebreken ... *die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier voege verminderen dat ... etc.*" Alleen in het geval van gebreken dus die leiden tot ongeschiktheid of (substantiële) vermindering van de geschiktheid tot feitelijk gebruik. Voor de koper van de pseudo-antieke kast is dit een verheugende mededeling, daar hij zich in beginsel op de algemene regels betreffende de wanprestatie kan beroepen.¹⁴⁾

Men zou nog kunnen menen dat de regeling alleen van toepassing is in het geval van een *verborgen* gebrek. De wetgever heeft immers blijkens art.1541 degene die een zaak met "zichtbare gebreken, welke de koper zelf had kunnen ontdekken" heeft gekocht van de bescherming van de regeling willen uitsluiten. Hieruit kan echter wél de conclusie worden getrokken dat de koper bij niet-verborgen gebreken (zelfs) niet de rechten uit de artt. 1540-1547 heeft, maar niet dat, bij gebreke van toepasselijkheid van de bijzondere regeling, de algemene regels hun gelding herkrijgen. Dit vormt dus slechts in die zin een uitzondering op de toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling op speciës-koop dat hier de koper in het geheel geen vordering jegens de verkoper heeft.

De tweede reden hangt samen met het feit dat de verborgen gebreken-regeling van aanvullend recht is. In de wet komt dat alleen tot uitdrukking in art.1542 dat de mogelijkheid voor de verkoper vermeldt om zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken geheel uit te sluiten, welke mogelijkheid echter weer door de Hoge Raad beperkt werd ten aanzien van de verkoper die op de hoogte is of behoort te zijn van de gebreken¹⁵⁾.

14) De vraag of een vordering uit wanprestatie in een dergelijk geval altijd zal slagen, alsmede de problematiek van de samenloop met het dwalingsleerstuk laat ik in verband met de beperkte opzet van dit stuk buiten beschouwing.

15) HR 26 mei 1950, NJ 1951, 18, m.n. Ph. A.N.H. Vgl. ook: HR 20 feb. 1976, NJ 1976, 486, m.n. G.J.S. en HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509, m.n. C.J.H.B.

Doch ook het omgekeerde van wat de wet noemt is mogelijk. De wettelijke garantielijkt die de artt. 1540-1547 de verkoper opleggen, kan vervangen worden door een overeengekomen garantielijkt. De Hoge Raad overwoog in het Vouwapparaat-arrest¹⁶⁾:

"dat pp. bij een overeenkomst, gelijk in het algemeen t.a.v. enig feit, zo ook bij den koop t.a.v. een eigenschap van de verkochte zaak uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen overeenkomen, dat de enkele afwezigheid van die eigenschap steeds wanprestatie van de verkoper zal opleveren en den koper de rechten zal geven, die in het algemeen uit wanprestatie voortvloeien; dat zij dit evenzeer vermogen te doen t.a.v. een eigenschap, waarvan het ontbreken een verborgen gebrek in den zin van vorengenoemde artikelen zou zijn, en zij daarmee dan een andere aansprakelijkheid voor zodanig gebrek overeenkomen dan uit die artikelen zou voortvloeien;

...
dat ... ook dan de aansprakelijkheid van den verkoper voortvloeit uit het tussen pp. daaromtrent overeengekomene en dus niet uit de artt. 1540 e.v., zodat deze artikelen dan toepassing missen;"

Hoewel de Hoge Raad het dus kennelijk mogelijk acht dat een dergelijke garantielijkt-overeenkomst stilzwijgend tot stand komt, neemt hij het vereiste van een *overeenkomst* serieus waar hij overweegt:

"dat de enkele mededeling van den verkoper aan den koper, dat de zaak zekere eigenschap heeft, een overeenkomst als hier bedoeld nog niet behoekt in te houden en mitsdien nog niet de toepasselijkheid van de artt. 1540 e.v. behoekt uit te sluiten;"

Ten aanzien van de stilzwijgende garantielijkt-overeenkomst bij koop heeft de Hoge Raad daarna nog een ander belangrijk arrest gewezen, het Olivetti-arrest.¹⁷⁾ In 1972 overwoog hij daarin eerst nogmaals dat:

"... bij toepasselijkheid van de artt. 1540-1547 de daarin gegeven regeling slechts opzij wordt gezet indien pp. zijn overeengekomen dat het ontbreken van de betreffende eigenschap als wanprestatie zal gelden;"

en daarna;

"dat, voorzover het middel wil betogen dat een dergelijke overeenkomst steeds moet worden aangenomen met betrekking tot een

16) HR 10 mei 1963, NJ 1963, 288 m.n. H.B.

17) HR 1 dec. 1972, NJ 1973, 103 m.n. G.J.S.

eigenschap waarvan het ontbreken het verkochte goed ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het volgens de overeenkomst is bestemd, dit betoog faalt omdat bij aanvaarding daarvan voor toepassing van de artt. 1540-1547 geen plaats meer zou zijn;"

Het cassatiemiddel had stelling genomen tegen de mening van het Hof dat de enkele omstandigheid dat accuratesse een essentiële eigenschap is van een dergelijke machine, onvoldoende is om daaruit een - stilzwijgende - garantie-overeenkomst af te leiden. Uit de afwijzing van dit middel door de Hoge Raad kan naar mijn mening niet worden afgeleid dat de Hoge Raad in het kader van de vraag of stilzwijgend een garantieovereenkomst tot stand is gekomen, in het geheel geen invloed wil toekennen aan de aard van de overeenkomst en van het verkochte goed. Deze gezichtspunten kunnen een rol spelen bij de uitleg van de over en weer afgelegde wilsverklaringen; zij vormen (een deel van) de context die volgens de Hoge Raad onmisbaar is voor een juiste uitleg van overeenkomsten.¹⁸⁾

In de ene context nu hebben wilsverklaringen, dus ook stilzwijgende, een andere betekenis dan in de andere. Dat kan er dus toe leiden dat bij "gelijke" wilsverklaringen in de ene context eerder een garantie-overeenkomst aanwezig kan worden geacht dan in de andere. Uit het Olivetti-arrest blijkt echter (onder meer) dat *alleen* context niet voldoende is; er moet sprake zijn van een *garantie-overeenkomst*.

Vooruitzichten voor morgen.

De Hoge Raad bepaalde in het Verse Koe-arrest nog dat de verborgen gebreken-regeling, als *lex specialis* met voor de koper ongunstiger rechtsgevolgen, aan de algemene regels voor wanprestatie derogeeft. In het NBW verdwijnt de bijzondere regeling, zodat niets meer aan toepassing van de algemene regels op speciëskoop in de weg staat.

Ter beantwoording van de vraag wanneer de verkoper tekortkomt in de nakoming van zijn verbintenis een zaak af te leveren die feitelijk

18) Zie HR 13 mrt. 1981, NJ 1981, 635 (m.n. C.J.H.B.); AA 1981, p. 355 e.v., P. van Schilfgaarde.

voldoet, geeft art. 7.1.2.7 dan ook *eenzelfde* criterium voor zowel genus- als speciëskoop. De kern is gelegen in de leden 1 en 2:

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

Lid 3 geeft aan dat de minimum-eis ten aanzien van de afleveringsplicht geen andere is dan naar huidig recht:

3. Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. ...

In ieder geval gaat het bij speciëskoop om *déze* zaak en dus mag een andere noch door de verkoper worden geleverd, noch door de koper worden verwacht.¹⁹⁾ Bij genuskoop geldt hetzelfde, maar dan ten aanzien van *déze* soort. Daarnaast echter dient de zaak te voldoen aan hetgeen aan eigenschappen en hoedanigheden voortvloeit uit hetgeen partijen zijn overeengekomen: de zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.²⁰⁾ Deze formulering heeft in de literatuur kritiek ondervonden.²¹⁾

In het Wasautomaten-arrest²²⁾ van 1971 heeft de Hoge Raad het criterium van art. 7.1.2.7 in het huidig recht geïncorporeerd ter beantwoording van de vraag wanneer bij een genuskoop sprake is van wanprestatie. Hij overwoog:

"dat ... bij een overeenkomst tot levering van slechts naar de soort bepaalde zaken, ... ook van wanprestatie sprake kan zijn, indien de geleverde zaken, al verschillen zij niet van andere tot die soort behorende zaken, niet aan de overeenkomst beantwoorden,

19) Vgl. HR 3 apr. 1970, NJ 1970, 252, m.n. G.J.S.; AA 1971, p. 440, m.n. H.K.K. (Drankautomaten)

20) Zie voor een aardige toepassing van het primaat van de partij-afspraken: HR 15 mei 1981, NJ 1981, 641, m.n. C.J.H.B. (Polystyreen)

21) Zie N.E. Algra, Soepel dwingend recht?, WPNR 5691 (1984)

22) HR 29 jan. 1971, NJ 1971, 221 (m.n. G.J.S.)

omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten"

De vraag of dit ook het criterium voor wanprestatie bij speciëskoop is, is door de Hoge Raad nooit met zoveel woorden beantwoord. Asser-Schut²³⁾ lijkt haar bevestigend te beantwoorden waar hij zegt dat het criterium bij speciëskoop een functie heeft om uit te maken of er sprake is van een tekortschieten in de afleveringsplicht zonder dat zich een verborgen gebrek voordoet. In het recente arrest Stavenuiter/Ranton Inc.²⁴⁾, waarin het ging om de verkoop van een aan de koper bekende tweedehands auto, onbetwist een speciëskoop dus, overwoog de Hoge Raad:

"De Rb. heeft niet geoordeeld dat voor de vraag of de verkoper wanprestatie heeft gepleegd, een andere maatstaf moet worden aangelegd dan dat de zaak de eigenschappen en hoedanigheden heeft, die de koper mocht verwachten, doch slechts dat voor de vraag welke hoedanigheden en eigenschappen de koper mocht verwachten, mede van belang is welk "normaal te achten onderzoek" van hem kon worden gevergd. Dit laatste oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting."

De Rechtbank besprak in feitelijke instantie deze zaak in de bewoordingen van art. 7.1.2.7 NBW en de Hoge Raad sluit zich daarbij aan. Wat kan hieruit worden afgeleid met betrekking tot de hierboven gestelde vraag? Misschien dat de verborgen gebreken-regeling in dit arrest op de helling gaat in verband met de naderende afschaffing door het NBW?

Nieuwenhuis²⁵⁾ en van Delft-Baas²⁶⁾ zijn van mening dat het voor deze conclusie (wellicht) nog te vroeg is. Laatstgenoemde lijkt zich aan te sluiten bij Asser-Schut waar zij zegt:

"Wel meen ik uit dit arrest af te mogen leiden ... dat de conformiteitseis uit art. 7.1.2.7 ... ook voor de speciëskoop kan gelden."

23) Asser-Schut, p. 180

24) HR 15 nov. 1985, NJ 1986, 213 (m.n. G.); AA 1986, p. 315, J.H. Nieuwenhuis (Gevaar op de weg)

25) J.H. Nieuwenhuis, AA-noot, AA 1986, p. 317

26) M. van Delft-Baas, KwNBW 1986, 3, p. 98

Evenzo wellicht van der Grinten, die in zijn NJ-noot ten aanzien van het criterium van 7.1.2.7 opmerkt:

"Voor een speciëszaak ligt het in beginsel niet anders dan voor een genuszaak, zij het dat naar geldend recht de rechtsgevolgen van wanprestatie bij speciëszaak anders kunnen zijn dan bij een genuszaak"

Nieuwenhuis leidt op dit punt uit het arrest af dat de Hoge Raad bereid is leentjebuur te spelen bij art. 7.1.2.7 bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gebrek in de zin van de artt. 1540 e.v. BW.²⁷⁾

Wat van dit alles ook zij, mocht de Hoge Raad met dit arrest hebben bedoeld de verborgen gebreken-regeling voortaan ook bij speciëskoop buitenspel te zetten, dan behoeven wij om die stap niet rouwig te zijn. Hij past in de tendens om het toepassingsgebied van de regeling te beperken en in het streven naar een naadloze overgang naar het NBW. Wanneer het de bedoeling is geweest een NBW-invulling van het begrip verborgen gebrek van art. 1540 te geven, zoals Nieuwenhuis meent, dan vind ik dat minder gelukkig, althans wanneer dat met zich mee zou brengen dat (ook) de beperking tot het *feitelijk* gebruik vervalft. In dat geval zou er immers sprake zijn van een, zij het theoretische, verruiming van het toepassingsgebied van de regeling.

Conclusie.

Met de ontwikkeling van de algemene beginselen van het contractenrecht terzake van wanprestatie is de verborgen gebreken-regeling onder steeds heviger vuur van de doctrine komen te liggen. De rechtspraak heeft zich dit aangetrokken en het toepassingsgebied van de regeling vrijwel consequent ingekrompen. Zelfs gebeurde dat in een geval waarin de doctrine bereid was de koper over een dogmatisch uitgestoken been te laten struikelen: wanneer de gehele soort gebrekkig was. De grens lag pas daar waar men niet verder kon zonder voorbij te gaan aan het

27) AA-noot, AA 1986, p. 317. Zie in gelijke zin: H.K. Küster, AA-noot bij HR 3 apr. 1970, NJ 1970, 252 (m.n. G.J.S.) en HR 29 jan. 1971, NJ 1971, 221 (m.n. G.J.S.), AA 1971, p. 446.

feit dat de regeling nu eenmaal in ons BW is opgenomen, en zelfs voor het passeren van die grens is wel gepleit.²⁸⁾

Wat de exegeet niet vermag, gaat de wetgever soepel af: in het NBW verdwijnt de verborgen gebreken-regeling uit ons burgerlijk recht, waarmee de weg vrij is voor een gelijke behandeling van genus- en speciëskoop.

28) Vgl. C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, p. 32

DE RELATIVITEIT VAN EEN GOED HUISVADER

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

1. Temidden van de "regelen, welke gemeen zijn aan verhuringen van huizen en van andere onroerende goederen" (vierde boek, zevende titel, tweede afdeeling) prijkt art. 1596, dat aanvangt met de mededeling dat de huurder tot twee hoofdverplichtingen is gehouden. Opzoomer¹⁾ meldde al: "Men pleegt er een derde bij te voegen. Het is die om, als de huur ten einde is, het gehuurde terug te geven". Een eeuw later wordt deze onvolledigheid van het artikel nog steeds onderkend²⁾. Het Ontwerp-NBW zal in deze lacune - eindelijk - voorzien: art. 7.4.3.15³⁾. De wél genoemde verplichtingen zijn kennelijk in de ogen van de wetgever zó belangrijk, dat zij tot "hoofdverplichtingen" zijn bestempeld. Dit begrip heeft geen enkele juridische meerwaarde in de zin dat schending van die verplichtingen ernstiger gevolgen heeft dan overtreding van andere regels. Zowel Diephuis⁴⁾ als Opzoomer⁵⁾ zoekt de betekenis in essentialia: verplichtingen die "uit den aard der zaak" voortvloeien, "wezenlijke verplichtingen" zijn. Beide schrijvers trekken een parallel met art. 1586, waarin de verplichtingen van de verhuurder worden opgesomd, welke hem volgens het wetsartikel "door den aard van de overeenkomst, en zonder dat daartoe eenig bijzondere beding vereischt wordt" zijn opgelegd.

1) C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door, Achtste deel, 2e dr. 's-Gravenhage 1892, p. 316.

2) Zie bijv. Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, Benoemde overeenkomsten, 8e dr. Arnhem 1979 p. 104 en Asser-Abas (Huur), 6e dr. Zwolle 1986 p. 46.

3) Vgl. ook de Toelichting op het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Vierde gedeelte (Boek 7), opgesteld o.l.v. F.J. de Jong, 's-Gravenhage 1972, p. 938

4) G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Twaalfde deel, Groningen 1889, p. 73-74.

5) Opzoomer, p. 316.

2. Wezenlijke verplichtingen dus in art. 1596. Genoemd wordt op de eerste plaats de verplichting om het gehuurde als een goed huisvader en overeenkomstig de bestemming te gebruiken. Op de tweede plaats staat 'pas' vermeld dat de huurder de huurprijs dient te betalen, en wel op de afgesproken tijd. Deze volgorde is, althans in het huidig tijdsgewricht, verbazingwekkend. De wetgever heeft anderhalve eeuw geen nadere regelgeving noodzakelijk geacht op het gebied van het privaatrechtelijk gebruik van het gehuurde. Al bijna een halve eeuw kennen we daarentegen structureel⁶⁾ speciale wetgeving ter regulering van huurprijzen, waarmee de importantie van de betalingsverplichting wordt geaccentueerd.

Dat de betalingsverplichting een wezenlijk onderdeel van de huurovereenkomst vormt, zal moeilijk ontkend kunnen worden. Art. 1584, waarin de begripsomschrijving van de huurovereenkomst staat, noemt dit als essentiale. Buiten kijf staat ook dat het ontbreken van een tegenprestatie ertoe leidt dat de overeenkomst de titel huur moet ontberen⁷⁾.

6) Met uitzondering van noodwetgeving tijdens en onmiddellijk na de Eerste Wereldoorlog (Huurcommissiewet 1917 en de Huuropzeggingswet 1918) heeft de wetgever zich de eerste eeuw na 1838 onthouden van bemoeienis op het terrein van huurprijzen.

In 1940 werd het Huurprijsbesluit 1940 afgekondigd, gevolgd door de Huurwet van 1950. Ofschoon in de loop der tijd delen van Nederland werden geliberaliseerd, is vanaf 1979 landelijk de Huurprijzenwet woonruimte van kracht. Volgens de indieners van laatstgenoemde wet is daarbij uitgangspunt geweest vrijheid van partijen om een huurprijs overeen te komen. Hierover wordt anders gedacht: H. Stein verwijt deze lieden gebrek aan politieke moed en oprechtheid (Huurprijzenwet woonruimte, Deventer 1980 p. 18); A.L.Croes spreekt ronduit van boerenbedrog (Over huur en onderhuur, 3e druk Arnhem 1985 p. 143).

Hoe dit ook zij, de financiële kant van het huurgebeuren is 150 jaar na invoering van het BW voorwerp van aanhoudende overheidszorg en -bemoeienis.

7) O.a. J.A. de Mol, Huurrecht, 2e dr. Alphen aan den Rijn 1980, p. 16 e.v.; Asser-Abas nr. 11 en aldaar opgenomen rechtspraak. Overigens bestaat er geen duidelijkheid over de vraag wat wel en wat geen tegenprestatie is!

3. De uitvoering van de betalingsverplichting als zodanig heeft de afgelopen anderhalve eeuw weinig juridische problemen opgeleverd⁸⁾. Wel heeft de huurder ontdekt dat het geheel of gedeeltelijk inhouden van huurpenningen een uitstekend dwangmiddel kan zijn om verhuurders tot (achterstallig) onderhoud aan te zetten⁹⁾. Aangezien ontbindende voorwaarden bij huurovereenkomsten m.b.t. woonruimte nietig zijn¹⁰⁾, komen betalingsgeschillen uiteindelijk bij de rechter terecht, die vervolgens de redelijkheid van het beroep op de e.n.a.c. beoordeelt¹¹⁾. Met het inhouden van huur raakt men veel verhuurders daar, waar het 't hardst aankomt: in de portemonnaie. Een wezenlijke straf.

4. De inhoud van de door art. 1596 eerstgenoemde verplichting (gebruik als goed huisvader) is daarentegen minder duidelijk. De vraag is vooreerst al of hierin wel een verplichting is neergelegd. Land en Star Busmann¹²⁾ merken op dat het *recht* van de huurder om van de gehuurde zaak gebruik te maken moeilijk als een *verplichting* kan worden aangemerkt. De huurder dient behoorlijk voor het gehuurde te zorgen; pas indien niet-gebruiken leidt tot achterwege blijven van behoorlijke zorg dient een gebruikspllicht te worden aangenomen.

8) Zie Asser-Abas nr. 44.

9) De Hoge Raad heeft een beroep op de exceptio non adimpleti contractus (enac) bij huur slechts bij uitzondering mogelijk geacht: HR 30 juni 1978, NJ 1978,693 mn GJS. De onderhouds- en betalingsverplichting hangen niet zodanig met elkaar samen dat opschorting anders dan bij uitzondering in overeenstemming zal zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid, aldus de HR. De praktijk, zoals die blijkt uit de recente lagere rechtspraak, is sterker dan de leer. Bij ernstige gebreken en getreuzel door de verhuurder wordt een beroep op de enac toegekend door Ktr. 's-Gravenhage 4 november 1984, Woonrecht 1986,45; Ktr. Amsterdam 31 oktober 1985, Woonrecht 1986,14; Ktr. Amsterdam 4 april 1986, Woonrecht 1986,73 en Ktr. Rotterdam 30 oktober 1986, Woonrecht 1986,122.

10) Art. 1623 n BW.

11) Zie de lagere rechtspraak genoemd in noot 9.

12) N.K.F. Land/C.W. Star Busmann, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 5e deel, 1e stuk, 2e dr. Haarlem 1915, p. 170, m.n. noot 2.

Diametraal daartegenover staat de mening van Diephuis¹³⁾, welke erop neer komt dat de huurder altijd verplicht is tot gebruik. Diephuis leidt dit af uit het doel en de oorzaak van de overeenkomst, nl. dat de huurder het goed in gebruik zal hebben, alsmede uit de wetstekst. In het oude art. 1625, handelend over de beweidingsplicht bij pacht, meent Diephuis hiervoor een bevestiging te vinden. Opzoomer¹⁴⁾ neemt in dezen een onduidelijk standpunt in: het gaat z.i. niet zozeer om een verplichting, maar om de beperking van het recht van de huurder de zaak te gebruiken. Dat recht heeft twee grenzen: 1. de huurder moet de zaak gebruiken als goed huisvader; 2. hij moet de zaak gebruiken naar haar bestemming.

De visie van Land/Star Busmann is overgenomen door recenter literatuur¹⁵⁾, jurisprudentie en de ontwerpers van het NBW. De Toelichting op art. 7.4.3.1¹⁶⁾ stelt expressis verbis en mijns inziens terecht dat een schuldeiser in het algemeen niet verplicht is van zijn recht gebruik te maken; er bestaat geen reden voor de huurder op dit punt een uitzondering te maken. Als voorbeeld waarin gebruik verplicht wordt geacht noemt de Toelichting: als het gehuurde bij niet-gebruik in waarde achteruit gaat, zoals een winkel die bij leegstaan goodwill verliest¹⁷⁾. De regel lijkt duidelijk.

5. Geen regel zonder uitzondering. Dat het laten leegstaan van een horecapand schade berokkent aan de verhuurder is een gegeven. Toch is niet in alle gevallen sprake van wanprestatie door de huurder. Zo oordeelde de Amsterdamse vice-president in kort geding¹⁸⁾ dat de vordering van de verhuurder, strekkend tot het opleggen van een ingebruiknemingsbevel aan de huurder of een onderhuurder, niet kon worden toegewezen. Reden: verhuurder had leegstand aan zichzelf te

13) Diephuis p. 74.

14) Opzoomer p. 317.

15) Zie o.a. Asser-Abas nr. 47; De Mol p. 49.

16) Toelichting p. 926.

17) Zie bijv. HR 13 november 1908, W 8765. Het betrof hier een gesloten horecabedrijf.

18) Vice Pr. Rb. Amsterdam 9 oktober 1986, KG 1986, 469.

wijten door een weinig toeschietelijke houding aan te nemen ten aanzien van onderhuurvoorwaarden.

6. Toch kan men zich afvragen of de regel, zoals neergelegd in de Toelichting, nog wel klopt. In 1984 boog de HR zich over het volgende geval¹⁹⁾. In 1972 heeft verhuurder aan huurder (Mw Rudge) een woonhuis verhuurd, waarin huurder met haar vijf zoons is gaan wonen. In 1981 is Mw Rudge, nadat zij overspannen was geraakt door de benarde woonsituatie in het gehuurde huis, zelf uit het gehuurde getrokken met achterlating van drie van haar zoons. Zij heeft verhuurder daaromtrent niet ingelicht. De verhuurder (de Vereniging Bouwmaatschappij tot Verkrijging Van Eigen Woningen) heeft daarop een vordering tot ontbinding ingesteld bij de Kantonrechter en, na afwijzing, in hoger beroep bij de Rechtbank. Deze instantie oordeelde dat Mw Rudge zich, door het gehuurde te verlaten en vervolgens de huur aan haar achtergebleven kinderen af te staan, jegens de verhuurder niet overeenkomstig art. 1596, verplichtend tot gebruik als goed huisvader, heeft gedragen. De Rechtbank geeft min of meer terzijde te kennen dat dit afstaan aan de kinderen haar "overigens" krachtens art. 1595 verboden is. Een en ander was in de ogen van de Rechtbank zó ernstig, dat ontbinding werd uitgesproken.

In haar conclusie merkt A-G Biegman-Hartogh op dat de waardering van de ernst van de wanprestatie feitelijk van aard is en derhalve in cassatie niet ten toets kan komen²⁰⁾. Nadat zij het cassatiemiddel vakkundig heeft herschreven²¹⁾ komt zij tot het oordeel dat de Rechtbank het recht niet heeft geschonden door wanprestatie aan te nemen op basis van twee gedragingen: het stilzwijgend verlaten van de woning en het toestaan dat haar kinderen achterblijven in het gehuurde, hetgeen in strijd is met art. 1596,1^o en art. 1595 lid 1.

De HR blijkt deze visie te delen, maar wil kennelijk nóg verder gaan. "Bij een verhuur, strekkende tot bewoning van het gehuurde door

19) HR 22 juni 1984, NJ 1984,766 mn PAS.

20) Overweging 8 en aldaar genoemde rechtspraak.

21) Overweging 4.

de huurder en de zijnen, zal de verhuurder er doorgaans belang bij hebben dat zijn contractspartij, de huurder, door zijn hoofdverblijf te hebben in het gehuurde, feitelijk in staat is de verantwoordelijkheid voor de wijze van gebruik van het gehuurde te blijven dragen". De HR vervolgt met de conclusie dat elders gaan wonen in de regel ook toestemming van de verhuurder vereist. Met andere woorden: een gebruikspllicht bij huur van woonruimte, en wel door de huurder zelf. De opmerking van Abas²²⁾ dat dit arrest niet veel anders zegt dan dat van 1908²³⁾ vind ik dan ook onbegrijpelijk, immers anders dan 80 jaar geleden is niet zonder meer duidelijk welk nadeel de verhuurder i.c. lijdt. Stein oppert, in zijn noot onder dit arrest, dat dit mogelijk het kraakrisico is. I.c. bleef de woning evenwel bewoond door de kinderen van Mw. Rudge!

7. Tot zover over "gebruik". Het tweede bestanddeel is, zo mogelijk, bron van nóg meer verwarring: van de huurder wordt een gebruik verwacht als "een goed huisvader". Wat hieronder precies verstaan moet worden is duister. Hoewel de "goede huisvader" binnenkort ten grave gedragen wordt ten faveure van "een goed huurder"²⁴⁾ gaat dit probleem niet mee in het graf: de MvT²⁵⁾ stelt uitdrukkelijk dat "niet wordt beoogd de bestaande jurisprudentie over gebruik als een goed huisvader voor dit artikel haar betekenis te ontnemen". Er heerst evenwel onduidelijkheid over die betekenis, hetgeen mede in de hand wordt gewerkt door de handboeken. De lezer daarvan wordt m.i. op het verkeerde spoor gezet met opmerkingen als: "Bij de HR kwamen nog zaken als het gelegenheid geven tot ontucht (HR 8 jan. 1954, NJ 1954,263) en tot het beramen en bedrijven van strafbare feiten (HR 12 maart 1971,

22) Asser-Abas nr. 47 p. 52.

23) Zie noot 17.

24) Invoeringswet Boeken 3-6 NBW, Zevende gedeelte, Tweede Kamer 1982-1983 17896 nr 1 p. 3. Reden: archaisch en niet goed passend bij de terminologie van het NBW, aldus MvT nr. 3 p. 5. M.i. een ietwat onzinnig argument, omdat iets dergelijks bijv. niet gebeurt met het (archaische)begrip arbeider, terwijl in arbeidsrechtelijke literatuur het begrip 'werknemer' meer in zwang is.

25) MvT 17896 nr. 3 p. 5.

NJ 1971,228). In beide gevallen werd gebruik als goed huurder *uiteraard* (curs. mf) niet aangenomen".²⁶⁾ Hier lijkt de moralist aan het woord: maatschappelijk onbetamelijk gedrag wordt van een huurder niet geduld. Op zichzelf is deze gedachte niet vreemd: in 1673 werd zij neergelegd in de bepaling: "Als de meijer schandelijk ende oneerlijk levet, is hij gehouden voor het einde der jaar-malen het gehuurde goedt te verlaten". (etc.)²⁷⁾. Het gaat in art. 1596 evenwel niet om de levensstijl van de huurder, maar om de wijze waarop hij van het gehuurde gebruik maakt²⁸⁾. Is die gebruikwijze zodanig, dat dit de verhuurder schade op kan leveren, dan kan de overeenkomst wegens wanprestatie worden ontbonden: art. 1597²⁹⁾. Dreigende schade is dus voldoende; het nadeel hoeft zich niet te hebben gerealiseerd³⁰⁾. De regel lijkt eenvoudig, maar de toepassing ervan blijkt problemen te geven.

8. Een van de voorbeelden die De Mol en Abas³¹⁾ geven van slechte huisvaders pur sang is de huurder die in het gehuurde misdrijven beraamt (HR 12 maart 1971, NJ 1971,228). De Rechtbank constateert in deze zaak verband tussen de door de huurder in het horecapand gepleegde strafrechtelijke handelingen, de daarop gevolgde intrekking van verlof A (vergunning voor o.a. bierverkoop) en de sluiting van het gehuurde horecabedrijf. Dit complex feiten bijeen brengt de Rb. tot het oordeel dat deze huurder zich niet als goed huisvader heeft gedragen. De HR onderstreept dit oordeel. Uit niets blijkt dat het enkele overtreden van regels uit het Wetboek van Strafrecht in het

26) Asser-Abas nr. 46 p. 50 (vrijwel identiek aan De Mol p. 50).

27) Selwerder Landrecht 1673, IV, 51. Bron: A.S. de Blécourt, Beklemrecht en stadsmeierrecht, II. Bijlagen. Groningen/Den Haag 1920 p. IX.

28) Aldus ook Opzoomer p. 317 noot 1; Land/Star Busmann p. 171 en Diephuis p. 81, 82 en 85 e.v.

29) De tekst van art. 1597 spreekt van "vernietiging"; algemeen wordt aangenomen dat ontbinding is bedoeld. Zie Asser-Abas nr. 49.

30) Aldus ook Diephuis p. 82, Opzoomer p. 319 en Land/Star Busmann p. 171.

31) Zie noot 26.

gehuurde automatisch gebruik als slecht huisvader oplevert. De Rb. rept niet over het schade-aspect hetgeen de huurder in cassatie doet klagen dat niet is komen vast te staan dat het perceel in opspraak is geraakt. P-G Berger acht die vaststelling niet noodzakelijk, voorzover de Rb. dat al niet implicite heeft beslist, omdat de onbehoorlijkheid van het gebruik al vaststaat. Idem de HR. Is hier de eis van (dreigende) schade voor de verhuurder losgelaten? Ik meen van niet: zoals in par. 4 beschreven is van algemene bekendheid dat niet-gebruik van bepaalde bedrijfsruimten tot waardedaling leidt. Kortom: niet het beramen van misdrijven, maar het aanleiding geven tot sluiting van het gehuurde bedrijfspand levert i.c. gebruik als slecht huisvader op.

Bepaald lachwekkend lijkt de jurisprudentie die door Abas gevangen wordt onder de noemer "schendingen van de gangbare huwelijks- en sexuele moraal"³²⁾. Bekijken we een willekeurig gekozen, aldaar vermelde, uitspraak nader, dan blijkt dat de rechter zich toch relativerender opstelt dan Abas. Pr. Rb. Groningen 17 december 1968, NJ 1969,378 geeft te kennen dat zeker onder studenten bekend is welke kamerverhuurders wél, en welke niet toestaan dat sexueel verkeer op die kamers plaatsvindt en dat de betrokken verhuurder tot de tweede categorie behoort. Door desondanks in de studentenkamer te gaan samenwonen en dit nogal demonstratief te laten blijken t.o.v. medebewoners en buurt, brengt de huurder de goede naam van de verhuurder "als degelijke kamerverhuurder" in opspraak. Derhalve, in de gegeven situatie, onbehoorlijk gebruik, aldus de President. Ook hier is dus niet het enkel ongehuwd samenwonen een gebruik als slecht huisvader, maar slechts in combinatie met het feit dat de goede naam van verhuurders door handelingen als beschreven zou kunnen worden aangetast.

9. Uit de Groningse uitspraak blijkt voorts dat onder schade in de zin van art. 1597 niet uitsluitend vermogensschade wordt verstaan. De HR vaart op dit punt evenwel een onduidelijke koers. In het, in par. 6 besproken, arrest Rudge/Vereniging Bouwmaatschappij uit 1984 wordt

32) Asser-Abas nr. 46.

over schade in het geheel niet gesproken. Evenmin wenste de HR zijn vingers te branden in het veelbesproken arrest Riton I³³).

De feiten: verhuurder Riton ontvangt herhaaldelijk ernstige klachten van omwonende huurders omtrent geluidsoverlast veroorzaakt door huurder B en diens echtgenote. Deze overlast staat vast. In de huurovereenkomst is geen verbod opgenomen m.b.t. het aandoen van overlast. Riton eist ontbinding van de overeenkomst met B o.g.v. wanprestatie, bestaande uit ernstige overlast jegens medebewoners en de verhuurder zelf. Pas in cassatie wordt door Riton h  r schade concreetiseerd: "Van zodanig gebruik immers ondervindt de verhuurder nadeel bij de exploitatie van zijn onroerend goed; direct, doordat hij voortdurend wordt lastig gevallen met klachten van zijn andere (...) huurders (...), en indirect, omdat, gelijk voor de hand ligt, de aantrekkelijkheid van zijn onroerend goed als object van verhuur aanzienlijk vermindert bij de aanwezigheid van een voortdurend en in ernstige mate de rust (...) verstorende huurder"³⁴). Evenals P-G Langemeijer meent de HR het indirecte nadeel buiten beschouwing te moeten laten, omdat dit in cassatie voor het eerst wordt gesteld en een onderzoek van feitelijke aard zou vergen. De P-G acht het indirecte nadeel bovendien "in deze tijd ook nauwelijks aannemelijk". Aan de P-G moet worden toegegeven dat de woningnood in de tijd waarin hij zijn conclusie schreef inderdaad zo hoog was, dat voor onmiddellijke leegstand van de aangrenzende percelen niet gevreesd behoefde te worden. Anderzijds legde de wetgever in datzelfde jaar de laatste hand aan het Liberalisatiehoofdstuk VI A voor de Huurwet, in de stellige verwachting dat de woningnood binnen afzienbare tijd gelenigd zou zijn. Met ogen van die tijd zou men m.i. zeer wel hebben kunnen volhouden dat i.c. van dreigende schade sprake was, hetgeen geen feitelijk onderzoek hoefde te vergen. Immers, het lijkt mij een feit van algemene bekendheid dat een woning met goede burens aantrekkelijker is dan een woning met overlast veroorzakende burens.

33) HR 24 juni 1960, NJ 1960,495.

34) Toelichting op cassatiemiddel I, ad a.

Hoe dit ook zij, de HR en de P-G beperkten zich tot het directe nadeel: het feit dat Riton voortdurend wordt lastig gevallen met klachten van zijn andere huurders. Wanprestatie? Langemeijer lost de probleemstelling op door te vermenigvuldigen met nul (let op de bijzin): "Immers, wanneer zou moeten worden aangenomen dat de overlast van de verhuurder enkel bestaat in het ontvangen van klachten, waarvan tevens moet worden aangenomen dat hij daarop slechts kan antwoorden met betuiging van zijn onmacht om hulp te bieden, dan schijnt dit toch geen overlast van voldoende belang om wanprestatie te vormen". Vraag is nu juist of de verhuurder machteloos staat, dan wel de huurder kan doen ontruimen! De HR oordeelt dat de verplichting van art. 1596 onder 1 op zichzelf niet meebrengt dat de huurder jegens de verhuurder verplicht is zich te onthouden van overlast aan omwonenden waaromtrent zijn verhuurder klachten zouden kunnen bereiken.

10. Naar de reden voor deze enge interpretatie mag men gissen; de HR zwijgt.

Meende de HR dat "het ontvangen van klachten" geen schade in de zin van art. 1597 opleverde, want geen vermogensschade is? Wellicht³⁵⁾. Maar als dat zo is, is minst genomen merkwaardig dat diezelfde tegenwerping niet in de weg staat aan een beroep op een contractueel beding, waarin de huurder verplicht wordt zich te onthouden van overlast aan medebewoners. Een dergelijk beding, waarvoor Kamphuisen aan het slot van zijn NJB-artikel reclame maakt³⁶⁾, heeft namelijk als enig doel om handelingen van de huurder, die de verhuurder geen vermogensschade toebrengen maar voor hem wel hinderlijk zijn, binnen de afstraffings sfeer van de verhuurder te brengen. Het lukt nog ook: in het arrest De Goede Woning/Antoon S.³⁷⁾ overwoog de HR: "ernstige schending van een zodanige verplichting kan grond opleveren voor ontbinding van de huurovereenkomst". Wat biedt het contractuele beding evenwel méér dan de tekst van art. 1596,1^o

35) Kamphuisen meent dat de HR deze gedachtegang heeft gevolgd: P.W. Kamphuisen, De huurder als goed huisvader, NJB 1960, p. 912.

36) Kamphuisen p. 913.

37) HR 17 december 1982, NJ 1983,511 m.n. PAS

behalve een concretisering van de norm?³⁸⁾. Een tweede mogelijkheid: vond de HR het verband tussen de handelingen van de huurder en de hinder die de verhuurder daar indirect van ondervond, niet nauw genoeg? Wellicht zou men anders geoordeeld hebben indien de verhuurder zelf zo'n overlast ondervindende omwonende zou zijn geweest. Als dit zo is, is de norm om een woning als goed huisvader te gebruiken relatief: men mag anderen vanuit de woning vrijelijk hinderen, zonder daarmee de woning als slecht huisvader te gebruiken; du moment dat de verhuurder tot de getroffen en behoort is datzelfde gebruik geen gebruik meer als goed huisvader.

11. Kamphuisen³⁹⁾ ontwijkt deze consequentie door het voorschrift om als goed huisvader te gebruiken te zien als een absolute verplichting: weliswaar is het een obligatoire verplichting en kan alleen de verhuurder nakoming eisen, "maar dit behoeft volstrekt niet te betekenen, dat ook de *inhoud* van die verplichting bij uitsluiting op de verhuurder betrokken is". Deze visie van Kamphuisen is in de huurliteratuur bestreden noch erkend. Ik zou deze mening toch willen bestrijden, omdat ik er geen heil in zie. Hoe absoluut de verplichting ook moge zijn, de naleving ervan staat en valt met de wil van de verhuurder om in te grijpen en daarvoor is nu eenmaal nodig dat hij daarbij belang heeft. Het gaat mij te ver om zijn contractuele belang te vereenzelvigen met belangen van derden, uitsluitend omdat een verhuurder over een effectiever rechtsmiddel beschikt om zich tegen overlast te verweren⁴⁰⁾, en tegelijkertijd zijn eigen belang te ontkennen. Zijn eigen belang is: gevrijwaard blijven van regelmatige

38) Het in de vorige noot vermelde arrest is in Praktijkids 1983 onder nr. 1914 besproken door F.T. Oldenhuis. In de voorlaatste alinea van zijn noot lijkt hij zich, m.b.v. een andere redenering, over hetzelfde te verbazen, waar hij stelt dat het vreemd aandoet "indien zaken die op zichzelf genomen als onrechtmatig kunnen worden gekwalificeerd, zoals lawaai-overlast, in een contractueel raamwerk slechts werking hebben, indien daaromtrent uitdrukkelijk afspraken zijn gemaakt."

39) Kamphuisen p. 912/913.

40) Hoe lastig een od-actie tegen 'herrieschoppers' is, demonstreert de volgende uitspraak: Pr. Rb. Amsterdam 28 juni 1985, KG 1985, 211.

en ernstige klachten van omwonenden ten gevolge van de wijze, waarop de huurder zich in het gehuurde gedraagt.

12. Het enige wat nodig is om dit belang rechtens te beschermen is een ruime uitleg van het begrip "schade". Daar is m.i. alles voor te zeggen: het gaat immers om schending van een wezenlijke verplichting (zie par. 1). De verplichting om het gehuurde als goed huisvader te gebruiken betekent dat de huurder zich dient te onthouden van alle gedragingen zonder redelijke grond, waarvan overlast van enige betekenis voor de verhuurder het redelijkerwijs te verwachten gevolg is⁴¹⁾. Daarvoor is geen bijzonder beding vereist (zie wederom par. 1), maar wel moet het nadeel aannemelijk gemaakt worden (zie par. 6-8). Het verheugt mij dat recente lagere jurisprudentie die kant uit lijkt te gaan⁴²⁾. De Invoeringswet⁴³⁾ schrapt art. 1597; ontbinding is straks dus in beginsel mogelijk bij iedere 'tekortkoming' (art. 6.5.4.6). De keiharde schade-eis vervalt daarmee, maar het blijft van belang om te weten wat de inhoud en het doel is van de (overtreden) norm, wil men van een tekortkoming kunnen spreken en kunnen beoordelen of deze tekortkoming ontbinding rechtvaardigt. Het erkennen van overlast d.m.v. klachten als nadeel voor de verhuurder kan daarbij helpen.

13. De goede huisvader verdwijnt binnenkort uit het BW om plaats te maken voor de goede huurder. De betekenis ervan? Ach, in de ogen van een aap is de apin mooier dan een gazelle, ofwel: alles is relatief.

41) Het zal de lezer waarschijnlijk verbazen dat deze omschrijving is ontleend aan de conclusie van P-G Langemeijer bij het bekritiseerde Riton I-arrest, noot 33!

42) Zie Pr. Rb. Den Haag 7 oktober 1986, KG 1986,484, m.n. het slot van de overwegingen 5.4.1, 5.4.3 en 5.5.

43) Zie noot 24.

HET SCHENKINGSVERBOD TUSSEN ECHTGENOTEN, NA INVOERING VAN HET NIEUW BW MEER DAN OOI T NODIG

mr J. van Duijvendijk-Brand

1. Inleiding

Art. 1715 BW dat schenkingen tussen echtgenoten verbiedt, kent een lange rechtshistorie. Al in de Romeinse tijd waren schenkingen tussen echtgenoten verboden¹⁾. Niettegenstaande zijn eerbiedwaardige voorgeschiedenis wordt het schenkingsverbod in het Nieuw BW geschrapt. Een bepaling als art. 1715 BW zou niet meer passen in onze tijd²⁾. Of dit werkelijk zo is, valt naar mijn mening nog te bezien. Wel zeker is, dat art. 1715 BW een inbreuk vormt op de hoofdregel dat iedere handelingsbekwame bevoegd is tot het verrichten van (alle) rechtshandelingen. In die zin past het schenkingsverbod niet in het systeem³⁾. Vanuit dogmatisch oogpunt lijkt schrapping dus juist, maar of de praktijk er ook mee gediend is kan worden betwijfeld.

2. Ratio van het schenkingsverbod

Als redenen voor het schenkingsverbod vindt men in de literatuur niet steeds dezelfde genoemd. Zij verschillen ook naar tijd. Zo treft men bij de oudere schrijvers nog de bescherming van het belang van de kinderen als grond voor het schenkingsverbod aan, maar in recente literatuur wordt deze grond nauwelijks meer genoemd. De ratio wordt nu gezocht in de bescherming van derden, maar nog meer in de bescherming van echtgenoten jegens elkaar⁴⁾. De behoefte om de echtgenoten jegens

1) Vgl. hierover A.R. de Bruyn, WPNR 3859

2) In deze zin: van der Ploeg WPNR 4722, p.220 en in iets andere bewoordingen K.L.H. Van Mens, diss. UvA 1985, p.151

3) Vgl. over de algemene aspecten van de handelingsonbevoegdheid de bijdrage van Mevr.mr T.J. Mellema-Kranenburg in deze bundel

4) In deze zin ondermeer: De Bruyn-Soons-Kleijn, p. 104 en Klassen-Eggen-Luyten; p.61-62. Daarentegen wordt de ratio door (Vervolg Voetnoot)

elkaar te beschermen, wordt ingegeven door de gedachte dat de innige betrekking tussen de echtelieden tot ongeoorloofde pressie (om te schenken) zou kunnen leiden. Die innige betrekking is voor anderen overigens juist weer reden geweest om met kracht te pleiten voor schrapping van het schenkingsverbod, omdat men toch aan niemand liever een schenking doet dan aan degene met wie men lief en leed deelt⁵⁾. Zonder twijfel getuigt deze visie van een idealistische kijk op het huwelijk, meer dan de - meer realistische, zo men wil, pessimistische - opvatting dat men bevreesd moet zijn voor onbehoorlijke beïnvloeding. We moeten ons dus afvragen waar het recht meer behoefte aan heeft: aan de mogelijkheid om schenkingen te doen aan degene met wie men lief en leed deelt (hetgeen dan tevens in overeenstemming is met de regel dat ieder bevoegd is om rechtshandelingen te verrichten), of aan een bescherming van schuldeisers en van echtgenoten jegens elkaar. Daartoe zullen we bekijken of en in hoeverre deze bescherming reeds door andere regelingen voldoende gewaarborgd is, dit alles bezien in het licht van de invoering van het Nieuw BW.

3. Is het schenkingsverbod overbodig?

a. Wie verdient bescherming en waartegen?

Over de bescherming van de belangen van de kinderen kunnen we hier kort zijn. Deze ratio wordt niet meer door de huidige rechtsopvattingen geschraagd. Algemeen is men van mening dat de rechten van de kinderen afdoende worden beschermd door de bepalingen inzake de legitieme portie en de daarmee samenhangende inkortingsregels voor giften. Zo dadelijk zullen we zien, dat dit standpunt inzake de ratio van het schenkingsverbod consequenties heeft voor het oordeel dat men heeft met betrekking tot de sanctie.

Bij de bescherming van derden zullen we wat langer verwijlen. Allereerst dient ons duidelijk voor ogen te staan waartegen derden in

(Vervolg Voetnoot)

Van Mens (a.w. p.150) voornamelijk en door J.Klein, Preadvies, Cand.Not.1962, p.53, uitsluitend in de bescherming van crediteuren gezocht

5) Aldus: Bakker-Nort, aangehaald in het preadvies van Klein (p.49)

hun verhouding tot echtgenoten beschermd dienen te worden: dit is tegen teleurstellingen in hun verhaalsmogelijkheden. De crediteur die weet dat zijn wederpartij in gemeenschap van goederen getrouwd is, mag er in beginsel op rekenen dat het gehele aanwezige vermogen gemeenschappelijk is en dus tot verhaal strekt. Maar ook: degene die handelt met iemand die buiten iedere gemeenschap van goederen is gehuwd behoeft geen rekening te houden met het feit dat het huis dat op naam van zijn wederpartij staat, aan de andere echtgenoot toebehoort (vgl. ook HR 2 april 1976, NJ 1976, 450, m.n.WMK (Modehuis Nolly)). Deze gedachte, te weten dat derden moeten kunnen afgaan op de verhaalsmogelijkheid zoals deze hen blijkt, ligt ook ten grondslag aan diverse voorschriften die publikatie voorschrijven, zoals de art. 86,110,112,-116 en 121 BW.

De vraag is nu, of het schenkingsverbod bij de bescherming van derden nog een zelfstandige rol speelt, of dat de belangen van derden in het Nieuw BW, zoals onder meer van Mens stelt, voldoende worden beschermd door de algemene regels van crediteursbescherming⁶⁾. We zullen deze vraag hieronder aan een nadere beschouwing onderwerpen en daarbij vooral de aandacht richten op de positie van de crediteuren in geval van faillissement.

b. De regeling der pauliana

De nieuw in te voeren regeling der pauliana (art. 3.2.11-3.2.11c Nieuw BW en art. 42 e.v. Fw (Invoeringswet boeken 3-6, 1e gedeelte) bevat voor wat betreft het vereiste van wetenschap van benadeling een versoepeling. Voor rechtshandelingen om niet, verricht binnen een jaar voordat een beroep wordt gedaan op de vernietigbaarheid ex art. 3.2.11 Nieuw BW, c.q. voor het faillissement, geldt het vermoeden van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar (art. 3.2.11b Nieuw BW en art. 45 Fw (Inv.wet boeken 3-6, 1e gedeelte)). De huidige faillissementswet beperkt deze omkering van de bewijslast tot rechtshandelingen om niet die binnen 40 dagen voor de faillietverklaring zijn verricht, terwijl art. 1377 BW een dergelijke regeling in het geheel niet kent. De

6) a.w., p.151

belangen van derden lijken door de nieuwe regeling dus inderdaad beter gewaarborgd.

c. Het belang van art. 61 Fw

Daarmee is echter nog niet alles gezegd. De bescherming van derden omvat naar het huidig recht nog meer dan de regeling der pauliana. De art. 61 e.v. Fw staan eveneens geheel in het teken van deze bescherming. De bepalingen komen voort uit het wantrouwen dat de wetgever jegens de echtgenoten koestert, waar het hun houding ten opzichte van crediteuren betreft. Men is bevreesd voor samenspanning van de echtelieden tegen de crediteuren en door middel van de art. 61 e.v. Fw wordt getracht hiertegen een dam op te werpen. Het gaat dan met name om art. 61 Fw, bepalende dat de echtgenoot van de failliet zijn privé goederen uit de failliete boedel terug mag nemen, indien hij erin slaagt het (verzwaarde) bewijs van privé zijn te leveren. Lukt hem dit niet, dan worden de goederen tot de failliete boedel gerekend. Verder zij hier nog gewezen op art. 63 Fw, waarin wordt bepaald dat het faillissement van de in enige gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot deze gemeenschap omvat.

Voor *ten huwelijk aangebrachte goederen* is de regeling van art. 61 Fw vrij eenvoudig: de aanbreng kan slechts bewezen worden door vermelding op de staat van aanbrengst (art. 61 lid 2 Fw jo 130 BW). Wie dus vóór het huwelijk verworven goederen buiten enige gemeenschap wil houden, kan dit slechts doen door deze op de staat van aanbrengst te laten vermelden. Laat hij dit achterwege, dan heeft het geen enkele zin later te beweren dat bepaalde goederen door hem ten huwelijk zijn aangebracht en mitsdien privé zijn. Voor samenspanning van de echtgenoten hoeft hier dan ook niet gevreesd te worden, ook na invoering van het Nieuw BW niet: immers wat bij de aanvang van het huwelijk privé is gebleven, blijkt uitsluitend en alleen uit de (notariële) akte van huwelijkse voorwaarden dan wel uit de door partijen en notaris ondertekende, aan de minuut van de akte vastgehechte verklaring. Schrapping van het schenkingsverbod verandert hier niets aan: de echtgenoot die beweert dat een goed hem destijds door de andere echtgenoot bij het huwelijk is geschonken, zal slechts in zijn bewijs van (privé)eigendom

slagen, indien hij én de schenking bewijst én het goed bovendien op de staat van aanbrengrst vermeld staat.

Ten aanzien van de *goederen die tijdens het huwelijk worden verworven*, liggen de zaken iets gecompliceerder. Zoals bekend blijven *giften en erfrechtelijke verkrijgingen* buiten de gemeenschap van vruchten en inkomsten en van winst en verlies, terwijl deze verkrijgingen wel in de algehele wettelijke gemeenschap van goederen vallen, tenzij hieraan een uitsluitingsclausule is verbonden. De titel van verkrijging bepaalt hier dus of een goed in, dan wel buiten de gemeenschap valt. Hier kan men zich samenspanning tussen echtgenoten beter voorstellen: in geval van faillissement beweren beide echtgenoten dat een aantal van de aanwezige goederen door de niet failliete echtgenoot krachtens schenking of erfrecht (in geval van gemeenschap van goederen: onder uitsluitingsclausule) verkregen is, met als gevolg dat deze goederen privé eigendom van deze echtgenoot zijn en dus buiten het faillissement blijven. Het fingeren van een dergelijke verkrijging lijkt niet al te moeilijk, zeker niet als degene van wie men beweerdelijk geschonken heeft gekregen is overleden. Voor een verkrijging krachtens erfrecht geldt iets soortgelijks: hoe aantrekkelijk is het niet voor de echtgenoten om te beweren, dat de aanwezige (kostbare) sieraden door erfenis zijn verkregen en hoe lastig vaak niet om deze beweringen op hun juistheid te controleren ?

Om die reden heeft de wetgever het *bewijs* van privé zijn in art. 61 lid 3 Fw verzaard: voor rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn kan het bewijs in geval van faillissement alleen door beschrijving of bescheiden geleverd worden. Onder beschrijving verstaat men een authentieke of onderhandse akte van boedelbeschrijving. Als bescheiden worden aangemerkt alle geschriften waaruit de overtuiging omtrent het werkelijk bestaan van de erfenis, making of schenking redelijkerwijs kan worden geput. Als voorbeelden van dergelijke bescheiden kunnen worden genoemd akten houdende een verdeling, testamenten, akten van afgifte van legaten, schenkingsakten en aangiften voor het recht van successie of schenking. Door deze bewijsvoorschriften wordt het de echtgenoten dus vrijwel onmogelijk gemaakt om, door het fingeren van een verkrijging krachtens schenking of erfrecht, gemeenschapsgoederen of goederen van de failliet aan het faillissementsbeslag te onttrekken. De aard van de bescheiden die als bewijs

kunnen dienen, brengt mee dat voor frauderen niet gevreesd hoeft te worden: testamenten (notariële akte), aangiften voor het recht van successie of schenking (geregistreerd bij de belastingdienst) e.d. laten zich niet vervalsen.

Maar daarmee is het systeem nog niet helemaal sluitend. Wellicht heeft de niet failliete echtgenoot de goederen die hij krachtens schenking of erfrecht (in zijn privé-vermogen) heeft verkregen, inmiddels verkocht en mogelijk heeft hij met de opbrengst andere goederen aangeschaft. Zowel de opbrengst als de wederbelegging blijven nu krachtens het beginsel van zaaksvervanging privé. Daarmee ligt in geval van faillissement van de andere echtgenoot opnieuw de weg naar fraude open. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Gesteld dat de vrouw met de opbrengst van de geërfde (in haar privé-vermogen vallende) sieraden (f 5000,-) een vakantiereis voor beiden bekostigt. De man koopt in datzelfde jaar een pakket toonder-aandelen, eveneens voor een bedrag van f 5000,-, welke aankoop betaald wordt uit overgespaarde inkomsten. Deze aandelen vallen in het faillissement van de man. Zou de man de vakantiereis betaald hebben en de vrouw haar geld in aandelen belegd, dan zouden deze nu buiten het faillissement vallen. Het gevaar lijkt dus niet denkbeeldig, dat de echtgenoten er de voorkeur aan geven de zaken aldus voor te stellen. Om die reden is het vierde lid van art. 61 Fw opgenomen: goederen die door belegging of wederbelegging zijn verkregen, kunnen slechts door de niet failliete echtgenoot uit het faillissement worden teruggenomen, indien deze erin slaagt (door bescheiden) te bewijzen dat het om belegging van privé gelden handelde.

Daarmee lijkt de kring rond: door het schenkingsverbod kunnen de echtgenoten geen onderlinge vermogensverschuivingen teweeg brengen, althans niet onaantastbaar.⁷⁾ Derden kunnen dit wel, maar daarvan is ook geen benadeling van de schuldeisers van de echtgenoten te vrezen. Wel bestaat het gevaar, dat de echtgenoten dergelijke verkrijgingen fingeren of dat zij omtrent de wederbelegging een verkeerde

7) De ratio van het verbod, onder andere bescherming van crediteuren, dwingt mijns insziens tot de conclusie dat ook de curator hier een beroep op kan doen. In dezelfde zin HCF Schoordijk, WPNR 5712, p.570.

voorstelling van zaken geven. Daartegen waken echter de leden 3 en 4 van art. 61 Fw.

De vraag is nu of door schrapping van het schenkingsverbod geen afbreuk wordt gedaan aan dit stelsel van derdenbescherming. Daarbij bedenke men dat art. 61 lid 3 Fw niet is geschreven voor schenkingen tussen echtgenoten, maar voor schenkingen (en erfrechtelijke verkrijgingen) afkomstig van derden. Is dit artikellid na schrapping van het schenkingsverbod nu ook van toepassing op een schenking tussen echtgenoten? Aan bewijsverzwaring lijkt in dat geval zeker niet minder behoefte te bestaan, dan wanneer het een schenking door een derde betreft. Hierboven zagen we al dat deze bewijsverzwaring hierin bestaat, dat van de echtgenoten bewijs door beschrijving of bescheiden wordt verlangd. Voor de verkrijgingen waarvoor art. 61 lid 3 geschreven is, zal dit - gezien de aard van het verlangde bewijs - waarschijnlijk wel werken. Maar het is twijfelachtig of dit ook zo is met schenkingen tussen echtgenoten. Men kan zich immers afvragen, of de echtgenoten zich van het simuleren van een schenking laten weerhouden, enkel en alleen door het vereiste van een schriftelijk bewijs. Het lijkt me onwaarschijnlijk: wie er niet mee zit de curator om de tuin te leiden, zal met het schriftelijk vastleggen van een gefingeerde schenkingsovereenkomst toch niet zo veel meer moeite hebben.

Dit alles spreekt nog meer wanneer men bedenkt dat in het Nieuw BW elk vormvereiste voor de totstandkoming van een schenking is komen te vervallen: notariële akte, noch overgifte van hand tot hand zijn meer nodig. Schenking is in het Nieuw BW een puur consensuele overeenkomst geworden. Het ontbreken van formele criteria helpt de echtgenoten een aardig handje: ze hoeven "niet echt" te frauderen, ze behoeven "slechts" de schenking die ze ooit bedoeld hebben alsnog schriftelijk vast te leggen en te antedateren, waarbij dan wel bedacht dient te worden dat de dagtekening tegenover derden slechts vrije bewijskracht heeft. Wanneer het gekozen tijdstip verder dan een jaar vóór het faillissement ligt, dan bieden de pauliana ook niet veel uitkomst. Het zal in dat geval voor de curator immers niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat de schuldenaar ten tijde van het doen van de schenking wist of behoorde te weten dat benadeling van crediteuren het gevolg zou zijn.

De tekst van art. 61 lid 3 Fw laat overigens nog ruimte voor de opvatting, dat ook een later opgemaakt geschrift ten bewijze van een eerder tot stand gekomen schenking een bescheiden in de zin van bedoeld wetsartikel is. Dit zal echter niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, want daarmee zou de bepaling elke betekenis verliezen.

Voorlopige conclusie: de door art. 61 lid 3 geboden bescherming wordt door invoering van het Nieuw BW, waarin het schenkingsverbod wordt geschrapt en de vormvereisten voor schenking komen te vervallen, uitgehold.

Nu één schakel van de ketting gebroken is, komt ook de rest van de bescherming in gevaar. Het bewijs van belegging en wederbelegging uit het art. 61 lid 4 is immers mede hieróm moeilijk te leveren, omdat de echtgenoten niet naar believen privé-vermogen bij de ander kunnen creëren. Wanneer dit uitgangspunt niet meer klopt, is het bewijs van belegging of wederbelegging in dat opzicht niet meer moeilijk. Na schrapping van het schenkingsverbod, is het wel degelijk mogelijk om een onroerend goed veilig te stellen voor het verhaal van crediteuren, door opnaamstelling van de andere echtgenoot. Dit kan door het onroerend goed te schenken, maar ook door schenking van de koopsom waarmee het onroerend goed verworven wordt. In dit laatste geval, gaat het onroerend goed dan via de regels van zaaksvervangning tot het vermogen van de andere echtgenoot behoren en kan deze in geval van faillissement van zijn wederhelft (die de aankoop in wezen gefinancierd heeft) het onroerend goed uit de failliete boedel opvorderen, nu aan het vereiste van art. 61 lid 4 (belegging van privé-gelden) voldaan is.

Van Mourik⁸⁾ suggereert in zijn bespreking van het Modehuis Nolly arrest dat in een dergelijk geval echtscheiding als een ontbindende voorwaarde moet worden beschouwd, dit op grond van de redelijkheid en billijkheid, maar waarom dan ook geen ontbindende voorwaarde gemaakt van het faillissement van de echtgenoot aan wie geschonken is? Men realiseer zich de gevolgen: in geval van faillissement van deze echtgenoot valt het onroerend goed in het faillissement, maar de curator is verplicht een bedrag ter waarde van de koopsom aan de ander uit te keren. De mogelijkheid bestaat zelfs dat voor deze toekomstige schuld

8) M.J.A. van Mourik, WPNR 5702, alsook WPNR 5712

een vuistpand of stil pand is gevestigd (art. 3.9.1.5 jo 3.9.2.1 en 2 Nieuw BW). En in geval van echtscheiding geldt min of meer hetzelfde: de verhaalsmogelijkheden van de echtgenoot op wiens naam het onroerend goed staat blijken ineens minimaal te zijn. Ook verder liggen de problemen hier voor het oprapen: aan wie der echtgenoten komt bijvoorbeeld een eventuele waardeinstijging van het onroerend goed ten goede, indien er sprake is van een schenking onder ontbindende voorwaarde? Problemen die weliswaar niet exclusief voor de schenking gelden, maar die door schrapping van het schenkingsverbod alleen nog maar in aantal zullen toenemen.

4. De aan schrapping van het schenkingsverbod verbonden voordelen

a. Welke behoefte bestaat er aan schenking tussen de echtgenoten voor wat hun interne verhouding betreft?

Wie nu iets van zijn wederhelft geschonken krijgt, loopt steeds het risico dat de schenking later nog eens door diezelfde echtgenoot, of door de curator in diens faillissement wordt vernietigd. Gevolg van deze vernietiging: het geschonken goed moet worden teruggegeven. Aan deze onzekerheid komt een einde, wanneer men het schenkingsverbod schrapt. Het is echter de vraag, in hoeverre aan het doen van schenkingen van enige omvang tussen echtgenoten behoefte bestaat.

Richt men het oog op de periode tijdens het huwelijk, dan lijkt die behoefte zeer gering te zijn. Het voorbeeld dat de ene echtgenoot aan de ander een auto wil geven om daarmee boodschappen te doen of naar zijn werk te gaan, voldoet niet als argument. Dit kan immers onder de verplichting uit art. 81 BW om "het nodige te verschaffen" worden gebracht. Aan een schenkingsovereenkomst heeft men in dat geval absoluut geen behoefte. Verder bedenke men, dat schenkingen van geringe omvang in het tweede lid van art. 1715 BW van het schenkingsverbod zijn uitgezonderd.

Maar, zo zal men waarschijnlijk tegenwerpen, er zijn toch zeker vermogensverschuivingen te bedenken die niet meer als een voldoening aan de verplichting uit art. 81 BW kunnen worden beschouwd. Wat bijvoorbeeld te denken van het volgende voorbeeld? Echtgenoten zijn

buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd, de man verdient als enige inkomen, de vrouw heeft geen cent. Omdat ze deze situatie bij nader inzien toch onbevredigend vinden, besluiten zij het vermogen eenvoudig bij helfte te verdelen. Hier zal men inderdaad tot een schenking moeten concluderen. De schenkingsconstructie is hier echter niet nodig en evenmin gewenst.

Ze is niet nodig omdat de echtgenoten hetzelfde kunnen bereiken door hun huwelijksvermogensregime te wijzigen in de wettelijke gemeenschap van goederen, welke wijziging niet als een schenking wordt beschouwd, aldus uitdrukkelijk de Hoge Raad in zijn arrest van 28 januari 1959, NJ 1959, 171, alsook in HR 17 maart 1971, NJ 1972, 136 m.n. EAAL. Voor heffing van schenkingsrecht is in dat geval dus geen plaats.

Onwenselijk is een dergelijke schenking, omdat de belangen van de crediteuren in belangrijke mate kunnen worden aangetast, zonder dat de vermogensverschuiving, zoals bij het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk, aan rechterlijke controle is onderworpen⁹⁾. Betreft men daarbij nog de hierboven gesignaleerde aantasting van de door art. 61 lid 3 en 4 Fw geboden bescherming, dan wordt wel duidelijk dat schrapping van het schenkingsverbod ongewenste effecten heeft, terwijl de behoefte eraan vooralsnog gering lijkt.

b. Mogelijke externe redenen om het verbod van schenking tussen echtgenoten te schrappen

Nu het belang van schenkingen tussen echtgenoten voor hun interne verhouding gering lijkt, rijst de vraag of dat belang dan wellicht gelegen is in externe redenen. Bij externe redenen zou men kunnen denken aan de heffing (c.q. vrijstelling daarvan) van schenkingsrecht of successierecht. Is het wellicht zo dat een echtgenoot pas voor de jaarlijkse vrijstelling van schenkingsrecht van bijna f 4000,- (art. 33, sub 7 Sw) in aanmerking kan komen wanneer het schenkingsverbod vervalt? Dit lijkt niet het geval te zijn, nu art. 1 lid 2 Sw onder schenking zelfs de (uitgevoerde) nietige schenking bergijpt: wanneer

9) Vgl. ook C.J. van Zeben, NJB 1961, p. 753

daarover heffing plaats vindt, zal ook de vrijstelling toegepast moeten worden. Neemt men aan, dat er slechts sprake is van vernietigbaarheid van de schenking, dan speelt dit probleem al helemaal niet.

Een andere externe reden voor het doen van schenkingen, is mogelijk gelegen in de wens van de echtgenoten om bepaalde goederen of waarden voor het verhaal van schuldeisers veilig te stellen. Zo leidde van Mourik¹⁰⁾ uit de feitelijke gegevens van het Modehuis Nolly arrest af, dat de bedoeling van de echtgenoten geen lastgeving, maar schenking (van de koopsom) moet zijn geweest. Door opnaamstelling van de man, beoogden de echtgenoten immers het onroerend goed voor crediteuren van de vrouw veilig te stellen. Dat dit, in geval van faillissement, niet bereikt wordt door de enkele opnaamstelling, heb ik hierboven al aangegeven. Schenking van de koopsom is naar het huidig recht wel mogelijk, maar deze is aantastbaar, ook door de curator in het faillissement. Na schrapping van het schenkingsverbod lukt het veilig stellen wel. Zoals ik hierboven heb betoogd, bestaat hieraan echter geen behoefte. Het gevaar bestaat immers dat de belangen van de crediteuren worden geschaad, zonder dat daartegen kan worden opgetreden met de pauliana of met art. 61 Fw en ook zonder dat er aan dergelijke schenkingen echt behoefte bestaat.

c. Het gevaar van pressie tussen de echtgenoten

Tot nu toe heb ik nog gezwegen over de derde reden die genoemd is voor het schenkingsverbod, te weten de bescherming van de echtgenoten tegen ongeoorloofde pressie van de ander. Deze reden wordt door de meeste schrijvers als de belangrijkste voor het verbod van art. 1715 BW genoemd, maar eveneens wordt hierover opgemerkt dat deze zienswijze uit de tijd is. Waarom dit het geval zou zijn, is mij volstrekt niet duidelijk. Zijn echtgenoten tegenwoordig zoveel anders dan vroeger, in die zin dat van pressie in onze moderne tijd geen sprake meer kan zijn? En wat te denken van het argument dat in goede huwelijken voor een onbehoorlijke beïnvloeding van de partner niet gevreesd hoeft te

10) M.J.A. van Mourik, WPNR 5702, alsook WPNR 5712

te worden. Zo dit al een argument zou zijn, wijst dit dan niet juist in de richting van handhaving van het schenkingsverbod, dit gezien de hoge echtscheidingscijfers? Men mag er immers gevoelig van uit gaan, dat juist de periode vóór echtscheiding er een is (althans kan zijn), waarin het huwelijk niet meer zo goed is. Als het dan tot echtscheiding komt, dan dreigt het volgende beeld te ontstaan: iedere echtgenoot kan nu van alle aanwezige goederen beweren dat deze hem geschonken zijn, voor zo'n schenking - we merkten het al eerder op - geldt in het Nieuw BW geen enkel vormvoorschrift: een nieuwe bron van problemen bij boedelscheiding, dunkt me. Slechts enkele voorbeelden ter illustratie: heeft de man de juwelen die hij van zijn moeder heeft geërfd inderdaad aan de vrouw geschonken, of was het slechts zijn bedoeling haar de juwelen te laten dragen? Heeft de vrouw inderdaad beloofd, dat het spaarbank-tegoed "natuurlijk ook van de man was" en is daarmee een schenking bedoeld, waarvan bij echtscheiding alsnog nakoming kan worden verlangd, of bedoelde zij slechts dat ze er beiden van zouden profiteren, nu het tegoed voor vakanties e.d. zou kunnen worden aangewend. Het is niet moeilijk nog meer voorbeelden te bedenken, waaruit blijkt dat de vraag of er tussen echtgenoten sprake is geweest van een schenking vaak uiterst lastig lastig te beantwoorden zal zijn. Art. 3.2.10 lid 4 NBW kan m.i. geen oplossing brengen voor de hier gesignaleerde problemen. Het bewijs dat er misbruik van omstandigheden is gemaakt, lijkt me - waartussen echtgenoten vrijwel alles zich binnenskamers afspeelt - nauwelijks leveren.

5. Conclusie

Deze kan kort en (hopelijk) duidelijk zijn. Aan schenkingen tussen echtgenoten bestaat geen behoefte. Schrapping van het schenkingsverbod in combinatie met het laten vervallen van de vormvereisten voor schenking doet afbreuk aan de bescherming van crediteuren en zal de problemen rond de boedelscheiding bij echtscheiding alleen maar vergroten. Mijn advies luidt dan ook: schrap de schrapping (van het schenkingsverbod).

HET REGT VAN KLAUWENGANG EN STOPPELWEIDE

mr A.G. Castermans

I

Listig zijn de makers van het nieuw BW. Zonder een woord namen zijn zij afscheid van een aardige bepaling die onze gedachten doet dwalen naar een vreedzaam landleven: artikel 680 BW.¹⁾ Hier volgt een saluut.

Het burgerlijk recht is doelmatig, de erkenning van de private eigendom is er het bewijs van. Zou alle grond gemeengoed zijn, wie kan het zich dan nog veroorloven aardappelen te poten? Niemand kan hem garanderen dat hij de kosten die daarmee gemoed zijn terugverdient. Ieder ander kan de poters straffeloos rooien. Geeft men hem de eigendom, en daarmee het recht anderen van zijn land te weren, dan zal hij het land cultiveren. Zo is de kans het grootst dat het land het hoogste rendement oplevert.²⁾

Dit betekent niet dat de eigendom per se exclusief moet zijn. Niet iedere inbreuk brengt verspilling met zich mee. Vormen de weiderechten een economische verantwoorde inbreuk op het eigendomsrecht? Hierover is in verschillende tijden verschillend gedacht.

Wat zijn weiderechten? Nadat het grasland in het begin van de zomer is gemaaid komt een tweede grasgewas (nagras) tot ontwikkeling. Soms wordt ook dit gras gemaaid. Wat overblijft of opgroeit is meestal wel genoeg voor beweiding.³⁾ Een weiderecht nu, is het recht tot beweiding van andermans grond: heeft een boer zijn gras of een ander gewas voor de laatste maal in het seizoen gemaaid, dan mag het vee van

1) Men kan er vrede mee hebben dat zonder een woord afscheid is genomen van dit artikel, zo meldt de Parlementaire Geschiedenis bijna paradoxaal, PG Boek 5, Deventer 1981, blz. 198.

2) Vergelijk R.A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston 1977.

3) P.C. Ketelaar, Oude Zakelijke Rechten prf. Leiden 1978, blz. 163-164.

- veelal - de buren op zijn land grazen. Dit lijkt doelmatig, want wat doet een boer in de winter op zijn land?

"... de boer z'n luie tijd is 's winters -
Als 't koud is mag de landman graag zich wat te goed doen,
of geeft om de beurt de buurtschap graag een feestje.
Het winters gul onthaal doet alle zorg vergeten."

Zo kwam het dat van 10 november tot 15 april de uiterwaarden en weidegronden langs de Maas bij Maasbommel niet werden bewerkt. De Maasbommelse veehouders plachten in die periode hun vee op die gronden te weiden.⁵⁾

Onder de indruk van de vanzelfsprekendheid van deze weiderechten meldt Meijers dat men deze "in bijkans alle deelen der aarde aantreft, onverschillig of de eigendom van den grond privaat - of communaal eigendom is."⁶⁾

II

Het karakter van de weiderechten is moeilijk te omschrijven. Diephuis is van mening dat het persoonlijke rechten betreft, voornamelijk omdat het geen erfdiensbaarheden zijn.⁷⁾ Men kan Diephuis tegenwerpen, dat een al dan niet zakelijk karakter natuurlijk niet afhangt van de vraag of het recht in boek 3 BW genoemd is. Voor Diephuis echter zal het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten niet zo scherp hebben gelegen. Voor 1905 - Blaauboer/Berlips - was het immers gewoon om over kwalitatieve rechten en verplichtingen te spreken.⁸⁾ Wellicht heeft Diephuis de weiderechten hiermee geassocieerd.

Ketelaar kwalificeert de weiderechten in het algemeen als zakelijke rechten: "Zij geven de gerechtigde een, anderen

4) Vergilius, De Georgica, vertaald door Ida M. Gerhardt, boek 1, vers 299-302.

5) Tot 1927, zie hierover onder IV.

6) E.M. Meijers, noot onder HR 15 november 1929, NJ 1929,1771.

7) G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, zesde deel, Groningen 1880, blz. 241.

8) Vergelijk Diephuis' tiende deel, Groningen, 1886, blz. 446.

uitsluitende, heerschappij over een zaak, die een belasting vormt voor de eigenaar van de met het recht bezwaarde zaak."

Bovendien zijn vele weiderechten in de rechtspraak als zodanig erkend.⁹⁾

Een rechtshistorisch juist etiket is volgens Ketelaar echter niet altijd te vinden, omdat weiderechten vaak publiekrechtelijke aspecten kennen.¹⁰⁾ Een voorbeeld vormen de Kampense Stadsweiderechten:

Veehouder Schilder behoorde tot de Grootburgers van Kampen. Al eeuwenlang gaf dit Grootburgerschap het recht van beweiding van binnen Kampens grenzen gelegen broekweiden. De gemeente gelastte in 1938 de verkaveling van deze broekweiden en stelde regels op voor de verhuur van de verkavelde percelen. Schilder achtte zich hierdoor belemmerd in de uitoefening van zijn stadsweiderecht.

Een onrechtmatige daad van de gemeente? Het debat spitste zich toe op de vraag of het stadsweiderecht privaat- of publiekrechtelijk van aard was. Rechtbank en hof namen het laatste aan.¹¹⁾ De gemeente maakte gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid en handelde tegenover Schilder niet onrechtmatig.

De vraag of weiderechten zakelijk zijn of niet, is derhalve niet in zijn algemeenheid te beantwoorden. Als het een privaatrechtelijk recht betreft, ligt het veelal voor de hand het - nu - een zakelijk recht te noemen. Waar op een stuk grond sinds mensenheugenis een weiderecht rust, dringt de gedachte aan het 'droit de suite' zich wel zeer dwingend op. Daarmee zou in ieder geval een belangrijk kenmerk van een zakelijk recht zijn gegeven.

III

Er zijn verschillende weiderechten. Artikel 680 BW noemt er twee: het recht van klauwengang en stoppelweide. Het onderscheid tussen beide is bij Diephuis niet zo scherp:

9) Ketelaar, t.a.p. blz. 2 en 170.

10) Ketelaar, t.a.p. blz. 166.

11) Hof Arnhem 30 april 1946, NJ 1947,374.

"Men kan ze zoo onderscheiden, dat bij stoppelweide gedacht wordt aan het weiden op openliggende landen, hetzij die al of niet voor landbouw bestemd zijn, mits natuurlijk in het eerste geval de vruchten zijn ingeogst of de grond braak ligt, en bij klaauwengang, ook wel koeijengang of overal genoemd, aan het loopen van vee op woeste of onbebouwd liggenden gronden, velden, bosschen, broeklanden enz.; en dat het regt van stoppelweide door de bewoner derzelfde gemeente of buurtschap wordt uitgeoefend, terwijl aan den klaauwengang ook door het vee van onderscheidene gemeenten of buurtschappen wordt deelgenomen."¹²⁾

Meijers maakt nog het volgende onderscheid: klauwengang is te herkennen aan het zonder herder grazen der dieren en het slechts voorkomen op woeste gronden.¹³⁾

IV

Artikel 680 BW regelt slecht één aspect van het recht van klauwengang en stoppelweide: de ondergang. Niet, omdat in het begin van de negentiende eeuw de weiderechten uit het rechtsbewustzijn van ons volk als geheel genomen, zouden zijn verdwenen.¹⁴⁾ Wel, omdat het burgerlijk recht doelmatigheid nastreeft. Het recht van klauwengang en stoppelweide mocht geen beletsel zijn om het land in cultuur te brengen.

De landeigenaar is daarom bevoegd zijn erf af te sluiten (artikel 679 BW). Maakt hij gebruik van deze bevoegdheid, dan vervalt het eventueel op zijn land rustende recht van klauwengang en stoppelweide, zonder dat de landeigenaar tot schadevergoeding is gehouden. Van

12) G. Diephuis, t.a.p. blz. 238. Hiertegen: A. van Wijnbergen, Het Heeselaarsbroek te Echt, Themis 1898, blz. 251. Hij betwijfelt of er nog verschil bestaat, nu artikel 680 BW de twee niet onderscheidt. Van Wijnbergen is op zijn beurt bestreden door H. van Wageningen, Oorsprong van het recht van stoppelweide, Rechtsgeleerd Magazijn 1928, blz. 213.

13) Meijers t.a.p.

14) Van Wageningen, t.a.p.

Wageningen meent daarom dat het recht van klauwengang en stoppelweide in 1838 als recht heeft afgedaan. Hij beschouwt het als een verschijnsel zonder bescherming.¹⁵⁾

Toch, één prijs moet de landeigenaar betalen. Tribun Albisson stelde bij de behandeling van artikel 641 Ontwerp Code civil de retorische vraag:¹⁶⁾

"Comment ce lui qui retire sa mise dans la société de parcours et de vaine pâture oserait-il prétendre quelque part dans la mise des autres?"

Hoe zou hij durven! Artikel 680 BW bepaalt dan ook in duidelijke taal:

"De eigenaar, die zijn erf heeft afgesloten, verliest het recht van klauwengang en stoppelweide, naar evenredigheid van den grond, welke hij door de afsluiting aan de gemeene weiding onttrekt."

Zo kwam een einde aan het Maasbommelse weiderecht. In 1927 sloot grondeigenaar Jiscoot zijn erf af. De veehouders van Maasbommel, waaronder Carpay, verloren daarmee hun recht van stoppelweide op Jiscoots land en Jiscoot moest op zijn beurt zijn recht van stoppelweide op het land van de anderen prijsgeven. In een proefproces voor hof en Hoge Raad werd artikel 680 BW namelijk van toepassing verklaard, ondanks de pogingen van eiser Carpay het recht van stoppelweide zo nauw te definiëren, dat zijn weiderecht er niet onder viel.¹⁷⁾

V

15) Van Wageningen, t.a.p. blz. 214. Hier stelt hij ten onrechte aan de bevoegdheid tot afsluiting de voorwaarde, dat de landeigenaar zijn eigen recht van stoppelweide op andermans grond prijsgeeft.

16) P.A. Fenet, Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil, Discussions bij Livre II, Titre IV, Ch. 1, Paris 1836, blz. 321. Artikel 641 is het latere artikel 648 Cc, waarvan artikel 680 BW een kopie is. 'La société de parcours et de vaine pâture' zou men kunnen vertalen met 'de gemene weiderechten'.

17) HR 15 november 1929, NJ 1929, 1771 m.nt. Meijers.

De weiderechten zijn de wereld nog niet uit. Zij duiken nog wel eens op bij ruilverkavelingen. In sommige streken spelen ze nog een (bescheiden) rol, reden voor Ketelaar hiervoor aandacht te vragen in het kader van de nieuw BW-overgangswetgeving.¹⁸⁾ Bovendien komen weiderechten zeer veel voor in contractuele verhoudingen, de zogenaamde inscharrings-overeenkomsten. Deze contracten worden niet alleen maar gesloten om de bepalingen van de Pachtwet te ontduiken.¹⁹⁾ Het zijn ook vaak zeer vanzelfsprekende afspraken. Want - nogmaals - wat doet een boer in de winter op zijn land? Als het niet voor winters zaaigoed is bestemd, is het vee van de burens welkom.

Daarom gaat met artikel 680 BW nog niet de vanzelfsprekendheid van de weiderechten teloor. Netzomin als ooit de exclusiviteit van de eigendom geheel vanzelf zal spreken. In 1938 schreef Meijers de beroemde zin:²⁰⁾

"... dat sinds het arrest van 31 januari 1919 de beantwoording der vraag of een belemmering van den eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hiervan afhangt of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al of niet onrechtmatigheid der belemmerende handelingen den omvang van eigendomsrecht bepaalt..."

Wellicht in navolging van Meijers overwoog de Hoge Raad in 1981 dat niet elk gebruik, dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, als een inbreuk op diens eigendomsrecht kan worden beschouwd.²¹⁾ Kraken bijvoorbeeld zou niet onrechtmatig zijn, indien de eigenaar zijn onroerend goed op sociaal onverantwoorde wijze beheert.²²⁾

18) Ketelaar, t.a.p. blz. 171-173 en blz. 273 e.v.; PG Boek 5, Deventer 1981, blz. 15.

19) Zie hierover Houwing/Rombach, Commentaar op de Pachtwet, vooral aant. 64, 65 en 594.

20) Noot onder HR 31 december 1937, NJ 1938, 517.

21) HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 m.nt. Brunner. Verwezen zij naar J.H. Nieuwenhuis, Recht en Belang, in: Flores Debitorum, Zwolle 1984, vooral blz. 71-74.

22) Rb. Middelburg 10 oktober 1981, 476.

Zouden de veehouders van Maasbommel onrechtmatig handelen door het vee, de afsluiting ten spijt, de stoppelen op te sturen? Stel nu dat de grondeigenaar in de winter de grond niet bewerkt en de afsluiting niet uit het oogpunt van privacy of veiligheid is geschied. Is het maatschappelijk verantwoord in een dichtbevolkt land als het onze de kostbare grond te verwaarlozen? Nee, dit zou ondoelmatig zijn.²³⁾ Hier kan het burgerlijk recht ingrijpen.

23) Boterberg en melkmeer daargelaten.

HET RECHT VAN GRONDRENT. IS ER NOG LEVEN VOOR DE DOOD?

mr A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar

1. Inleiding

Het recht van grondrente is een oud-vaderlands recht, dat in vroeger tijden zijn maatschappelijk nut heeft bewezen, maar dat in het NBW zal verdwijnen. Grondrenten worden nauwelijks meer gevestigd. Toch komen zij nog in het gehele land voor, al neemt hun aantal sterk af ten gevolge van opheffing bij onteigening of ruilverkaveling, afkoop of verjaring. Hieronder zal worden ingegaan op de geschiedenis van de grondrente en op regeling in het BW. Tot slot zal aan de orde komen de vraag waarom de grondrente geen plaatsje meer krijgt in het NBW en of er toch nog een interessante toepassing kan worden gevonden.

2. Geschiedenis

Bij een rechtsfiguur die over niet al te lange tijd tot het verleden zal behoren, past een stukje geschiedenis¹⁾. De grondrenten vinden hun oorsprong in het middeleeuwse leenstelsel. De boer was als eigenaar van de grond "cijnsplichtig" aan zijn heer, dat wil zeggen dat hij een deel van de opbrengst van zijn grond aan de heer moest afstaan, die op deze wijze een genotsrecht op de grond had. Het recht van grondrente verschilt met het daarmee verwante recht van tienden doordat de prestatie bij grondrente een vast karakter draagt, terwijl de prestatie in geval van tienden afhankelijk is van de opbrengst van de grond. Het tiendrecht, dat in het BW in één titel met het grondrente-recht werd behandeld, is afgeschaft bij de wet van 16 juli 1907²⁾.

1) Zie uitgebreid: F.C.J. Ketelaar, Oude zakelijke rechten, vroeger, nu en in de toekomst, diss. Leiden, 1978, p. 198 e.v.

2) S. 222 Zie over het tiendrecht G. Diephuis, Het Nederlandsch (Vervolg Voetnoot)

Later heeft de grondrente zich ontwikkeld tot een middel tot kredietverschaffing. De eigenaar van een onroerende zaak, die behoefte heeft aan geld, kan het recht van grondrente verkrijgen tegen betaling van een hoeveelheid krediet. De geldschieter krijgt recht op betaling van de grondrente en heeft tot zekerheid daarvan de grond, waarop hij zich kan verhalen als de debiteur met betaling in gebreke blijft³⁾. Ook is het mogelijk dat de eigenaar van de grond zich het grondrente-recht voorbehoudt bij overdracht van de grond, als de koper niet genoeg geld heeft om de koopprijs te betalen.

Na 1838 zijn slechts zelden grondrenten gevestigd. In het NBW was het recht van grondrente aanvankelijk gehandhaafd in titel 5.9⁴⁾. In de M.v.A.⁵⁾ is de titel geschrapt omdat er voor handhaving onvoldoende redenen bestaan: naast het hypotheekrecht komt aan het recht van grondrente nauwelijks enige praktische betekenis toe⁶⁾. Voor de

(Vervolg Voetnoot)

Burgerlijk recht, 7e deel, 1882, p. 94 e.v.; N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 2e deel, 2e herz. druk 1901, p. 340, 347 e.v.; Asser-Beekhuis II, Zakenrecht 1983, p. 285; HR 25 april 1969, NJ 1970, 3. Zie voor de met grondrenten en tiendrechten vergelijkbare "Rentenschuld" en "Reallast" in Duitsland: F. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 12e druk, 1983, resp. par. 47 en par. 35; E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2e druk, 1979, p. 444 e.v., p. 529 e.v.

- 3) De ontwikkeling van de grondrente in verband met deze mogelijkheid werd in de hand gewerkt door het kerkelijk woekerverbod: het was verboden geld tegen rente te verschaffen. Aan dit verbod kon door de vestiging van een grondrente worden ontkomen doordat zij niet als geldlening gold: de renteheffer kon wel aanspraak maken op een periodieke prestatie, maarniet op het terugvorderen van de hoofdsom. Zie H.F.A. Völlmar, Nederlands Burgerlijk recht, 2e deel, 2e druk, 1951, p. 265, 266; De Blécourt-Fischer, Kort begrip van het oud-vaderlands Burgerlijk Recht, 6e druk, 1950, p. 200.
- 4) Zie voor een commentaar: V.A.M. van der Burg, Het recht van grondrente in het Ontwerp-BW, NJB 1970, p. 574 e.v., die ook constateert dat het instituut zijn beste tijd heeft gehad.
- 5) Parlementaire Geschiedenis, Boek 5, p. 367 e.v.
- 6) Zie ook J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 5e stuk, Zakenrecht 1940, p. 578; L.J. Schiethart, WPNR 1947, nr. 3997, 3998, probeert nog een lans te breken voor de grondrente en geeft een aantal leemten in de wet aan, die opgevuld zouden moeten worden om het instituut waardevol te doen zijn voor de landbouw.

bestaande grondrenten zal bij de invoering van het NBW een overgangsregeling worden gemaakt.

3. Ontstaan

Het recht van grondrente kan worden gevestigd door de overschrijving van de notariële akte van aankomst in de openbare registers (art. 784 lid 2). Deze akte kan een akte onder de levenden of een testament zijn. Het recht kan ook ontstaan door verjaring na 30 jaar. Dit wordt afgeleid uit art. 2000 BW en volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 1928⁷⁾. In dit arrest werd nadrukkelijk vastgesteld dat het recht alleen dan door verjaring kan ontstaan, wanneer de eigenaar van de grond in diens hoedanigheid de rente heeft betaald. Dus niet wanneer de betaling geschiedt door bijvoorbeeld een huurder, tenzij blijkt dat deze dat in opdracht van de eigenaar heeft gedaan.

Een eenmaal bestaand recht van grondrente kan worden overgedragen of verhypothekeerd en is vatbaar voor beslag.

4. Zakelijk recht

Art. 784 BW definieert het begrip grondrente als "eene schuldpligtigheid, het zij in geld, het zij in voortbrengselen of vruchten, welke de eigenaar van een stuk onroerend goed daarop vestigt, of bij de vervreemding of vermaking van hetzelfde te zijnen voordeele, of ten voordeele van eenen derde, voorbehoudt."

Is het recht van grondrente een zakelijk recht? Het eerste opvallende kenmerk van de grondrente bestaat immers uit de verplichting van de eigenaar tot het betalen van een rente en dat klinkt alsof we hier te maken zouden hebben met een (kwalitatieve) verbintenis. Echter: de wijze van ontstaan (art. 784 lid 2), het droit de suite dat aan het grondrenterecht verbonden is en de vaststelling van de rangorde die gelijk is als bij ieder ander zakelijk recht, doen de

7) HR 2 maart 1928, NJ 1928, 884.

vraag bevestigend beantwoorden⁸⁾). De wetgever heeft dus het grondrenterecht met recht in boek 3 BW kunnen plaatsen: het recht van grondrente is een *zakelijk* verhaalsrecht. Het recht is onafhankelijk van het bestaan van een vorderingsrecht. Als de eigenaar van de onroerende zaak een vervallen termijn van grondrente niet vrijwillig betaalt, kan de rentegerechtigde de eigendom uitwinnen. Hij heeft echter jegens de eigenaar géén persoonlijk verhaalsrecht (zoals de hypotheekhouder dat wel heeft jegens de hypotheekgever), omdat de eigenaar niet obligatoir is gehouden de verschijnende termijnen te voldoen. De "schuldpligtigheid" beperkt zich tot het verbonden goed; verhaal op het gehele vermogen van de eigenaar is niet mogelijk (art. 786). De voormalige eigenaar is dus ook niet langer gebonden als hij het betrokken goed heeft overgedragen. De verplichting tot het betalen van de grondrente gaat op dat moment over op de nieuwe eigenaar⁹⁾. Het goed kan dan ook voor achterstallige renten onder de nieuwe eigenaar

-
- 8) De afbakening tussen zakelijke en persoonlijke rechten moet worden gevonden m.b.v. het zgn. "normaal type", omdat het niet mogelijk is om één kenmerk te noemen dat beslissend is voor het onderscheid met een persoonlijk recht. E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk recht*, Deel I, De algemene begrippen van het Burgerlijk recht, 2e druk, 1958, p. 29 e.v. Het grondrenterecht wordt ook als een zakelijk recht beschouwd door Land, a.w. p. 341 e.v.; Asser-Beekhuis II, *Zakenrecht* 1983, p. 286; Suijling a.w. p. 574, 575; Diephuis a.w. p. 98, 99. Anders: C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek*, 3e deel, 1e stuk, 1911, p. 905 e.v.: het gaat hier om een persoonlijke verbintenis die met de zakelijke rechten een zekere analogie heeft; Völlmar, a.w. p. 270 komt tot de conclusie dat het recht van grondrente een soort tussenfiguur is, d.w.z. een recht dat, hoewel niet in volledige zin een zakelijk recht, toch een sterk zakelijk karakter heeft. Zie voorts over dit tweeslachtig karakter: Pitlo-Brahn, *Zakenrecht*, 1980, p. 346.
- 9) J.C. voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, enz., 3e deel, 1838, p. 539; J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten Generaal over het ontwerp van Burgerlijk wetboek*, Zittingjaar 1823-1824, p. 431. Suijling, a.w. p. 575. Overigens is het volgens Suijling wel mogelijk dat de eigenaar uitdrukkelijk een verbintenis kan aangaan om de rentetermijnen als een persoonlijke schuld te voldoen. Ik neem aan dat deze obligatoire verplichting kan worden vastgelegd in de titel.

worden geëxecuteerd, terwijl de vervreemder daarvoor niet aansprakelijk is. Wel moeten we hier bedenken dat de verjaringstermijn van de verschenen, niet voldane renten, voltooid is na 5 jaar (art. 797 lid 2).

Heeft de nieuwe eigenaar als de grond wordt uitgewonnen voor achterstallige termijnen een vordering op de oude eigenaar? Het kan zijn dat de nog niet betaalde termijnen niet in de koopprijs zijn verdisconteerd. Het recht van grondrente biedt geen rechtsgrond voor deze vordering. Onder de oude eigenaar konden de achterstallige renten slechts worden verhaald op de grond; nu zou hij door de nieuwe eigenaar kunnen worden aangesproken in zijn gehele vermogen. Dat valt niet met elkaar te rijmen. Brahn stelt voor om in zo'n geval aansluiting te zoeken bij de vrijwaringsplicht wegens uitwinning of bij ongerechtvaardigde verrijking¹⁰⁾.

Art. 785 BW bepaalt dat wanbetaling van de verschuldigde rente aan een vorige eigenaar, die zich het recht op grondrente had voorbehouden, hem geen recht geeft het goed terug te vorderen¹¹⁾. Art. 1302 BW kan in zo'n geval niet worden toegepast omdat de verkrijger van het goed niet is tekortgeschoten in de *obligatoire* verplichtingen die hij jegens de vervreemder had. Sterker nog, hij heeft juist aan zijn verplichtingen voldaan door de vestiging van het recht van grondrente. Zoals hierboven reeds is uiteengezet vormt de betaling van de rente een verplichting van de eigenaar van het goed in die kwaliteit en niet in zijn kwaliteit van koper¹²⁾.

Het grondrecht is het spiegelbeeld van het erpachtrecht: bij erfpacht geeft de eigenaar het genot van een onroerend goed uit handen tegen betaling; bij grondrente behoudt de eigenaar het genot en neemt een verplichting tot betaling op zich.

10) Pitlo-Brahn, Zakenrecht, 1980, p. 350. Uit de kooptitel kan een vrijwaringsplicht blijken.

11) Zie voor de achterliggende gedachte van art. 785: Noordziek, a.w. p. 431; Voorduyn, a.w. p. 539. De regering vond dat het ongeoorloofd zou zijn als de vorige eigenaar het recht zou hebben tot terugneming van een soms zeer kostbaar goed, bij gebreke van betaling van een niet geëvenredigde rente.

12) Asser-Beekhuis II, Zakenrecht 1983, p. 289.

5. Executie

Wanbetaling van de verschuldigde grondrente kan leiden tot uitwinning in de vorm van executoriale verkoop van het belaste goed, in wiens handen dit zich ook bevindt. Hoe dit verhaal moet plaatsvinden is in de wet niet geregeld. De renteheffer zal een executoriale titel moeten verkrijgen. Een recht van parate executie, zoals bij het hypotheekrecht, heeft hij niet. Waarschijnlijk zal de grosse van de notariële akte van vestiging als executoriale titel kunnen gelden¹³⁾. Als de rentegerechtigde een rechterlijk vonnis nodig heeft, zal kunnen worden volstaan met het vragen van een verklaring dat de vervallen grondrente op het goed kan worden verhaald. Vervolgens kan er worden geëxecuteerd volgens de bepalingen van Boek 2 Rechtsvordering.

De renteheffer heeft voorrang boven hypotheeken die later dan het grondrenterecht op het goed zijn gevestigd. Het recht gaat na executie niet teniet en blijft rusten op het goed. Desnoods kan er later weer worden geëxecuteerd als opnieuw niet wordt betaald. Dit is een belangrijk verschil met hypotheekrecht. De hypotheekhouder kan maar eenmaal executeren, waarna het betrokken goed kan worden gezuiverd. Dit verschil kan worden verklaard doordat het hypotheekrecht een zekerheidsrecht is dat naar zijn aard slechts eenmaal valt uit te oefenen, terwijl de grondrente weliswaar de functie van zekerheidsrecht heeft gekregen, maar door de wetgever wordt beschouwd als een genotsrecht. En een genotsrecht wordt aanhoudend uitgeoefend. Executie leidt dus niet tot ontlasting van het perceel, er vindt geen zuivering plaats omdat de aard van het recht zich hiertegen verzet¹⁴⁾.

Het recht van grondrente is, gelijk het hypotheekrecht, ondeelbaar. De grond die met grondrente is belast, kan in zijn geheel worden uitgewonnen voor iedere gulden van de schuld en de gehele schuld kan worden verhaald op ieder deel van het verbonden goed. In geval van

13) Beekhuis betwijfelt dit omdat de akte van vestiging geen obligatoire vordering inhoudt, maar slechts een zakelijk verband aangeeft. Asser-Beekhuis II, Zakenrecht 1983, p. 288.

14) Pitlo-Brahn, Zakenrecht 1980, p. 350; zie ook Suijling, a.w. p. 578.

verdeling van het goed (bijvoorbeeld door overdracht) is de eigenaar van ieder deel voor de gehele rente aansprakelijk (art. 786 lid 1).

6. Tenietgaan

Het recht van grondrente eindigt volgens art. 801 BW door vermenging, onderlinge afspraak, verjaring (non usus),¹⁵⁾ afkoop en door het teniet gaan van de grond (denk bijvoorbeeld aan overstromingen; als de grond wordt drooggelegd, herleeft de grondrente, zie art. 801 lid 2). Naast art. 801 kunnen nog worden genoemd het verloop van de termijn waarvoor de grondrente is gevestigd, het intreden van een ontbindende voorwaarde in de zakelijke overeenkomst, afstand door de rentegerechtigde en toepassing van de wetgeving op het gebied van onteigening en ruilverkaveling¹⁶⁾.

Het recht om de grondrenteschuld af te kopen kan door partijen niet worden uitgesloten, zelfs al zou dit zijn bedongen. Het gaat hier om een afkoopmogelijkheid tegen de wil van de gerechtigde. De wetgever heeft willen voorkomen dat de last te allen tijde op het goed zou blijven rusten als de renterechthebbende geen toestemming voor opheffing zou willen geven. Bovendien kan de grond overbelast raken. Het afkooprecht kan wel gedurende de eerste 30 jaar worden uitgesloten en voorts is het geoorloofd om de voorwaarden van de afkoop te bepalen (art. 798). Volgens Brahn kan de rechter deze voorwaarden matigen als ze zo bezwarend zouden zijn dat de grondrente eigenlijk onafkoopbaar zou worden¹⁷⁾.

De wet geeft voorschriften van regelend recht over de bepaling van de hoogte van de afkoopprijs (art. 799). Bij een grondrente in natura wordt de afkoopsom bepaald door een twintigvoud van de jaarlijkse opbrengst. De waarde wordt berekend volgens een gemiddelde van de landelijke marktprijzen van de afgelopen 10 jaar of bij gebreke van

15) Wel te onderscheiden van de verjaring van de afzonderlijke termijnen.

16) Zie art. 46 Onteigeningswet, art. 28 Ruilverkavelingswet.

17) Pitlo-Brahn, Zakenrecht 1980, p. 349. Vgl. ook art. 6.5.3.12 en 6.5.3.12a NBW.

gegevens hierover, bepaald door een deskundige (zie lid 3 van art. 799).

7. Waarom moet de grondrente verdwijnen? Nieuwe wijn in oude kruiken?

Hierboven is al de vergelijking met het hypotheekrecht aan de orde geweest. In de M.v.A. bij titel 5.9. valt deze vergelijking ten negatieve uit voor het grondrenterecht: geen zuivering, geen schuld waarvoor het gehele vermogen van de eigenaar kan worden uitgewonnen, geen eenvoudige executiemogelijkheid. Bovendien kan een hoge grondrente het goed onverkoopbaar maken¹⁸⁾. Economisch wordt bij beide rechten hetzelfde doel gediend en het is dan ook begrijpelijk dat het hypotheekrecht het grondrenterecht als zekerheidsrecht heeft verdrongen. Wellicht had het grondrenterecht kunnen uitgroeien tot een ideale vorm van bodemkrediet als een aantal gaten in de wet waren opgevuld¹⁹⁾. Maar zelfs dan. Onbekend maakt onbemind en het notariaat, "conservatief als het uit zijn aard hoort te zijn"²⁰⁾ heeft het instituut niet erg gepropageerd. Ik zal geen pogingen ondernemen om te onderzoeken hoe nuttig het grondrenterecht als zekerheidsrecht zou kunnen zijn, omdat dat niets uithaalt. Ik vraag me wel iets anders af. Wordt in de literatuur niet veel te veel het accent gelegd op de grondrente als middel tot kredietverschaffing, als zekerheidsrecht. Moeten we niet eens nadenken over de veel oudere functie die het recht vervulde, namelijk als een *genotsrecht*?²¹⁾

Er wordt gehinkt op twee gedachten: de wetgever heeft het recht wel als zodanig beschouwd (vandaar dat er niet kan worden gezuiverd, zie hierboven), maar de praktijk heeft zich alleen maar beziggehouden met het zekerheidskarakter van het recht en het als zodanig gewogen en te licht gevonden. De grondrenteregeling biedt echter naar mijn idee wel mogelijkheden voor een praktische toepassing van een *genotsrecht*, omdat de mogelijkheid wordt geboden om een kwalitatieve verplichting

18) Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p.368.

19) Zie J.P. Schiethart, WPNR 1947, nr. 3997, 3998.

20) Opmerking in Pitlo-Brahn, Zakenrecht 1980, p. 348.

21) Zie De Blécourt-Fischer, a.w. p. 198.

met zakelijke werking op te leggen aan de eigenaar van onroerend goed²²). Een privaatrechtelijke "cijns", bij voorbeeld voor verleende diensten of voor verrichte werkzaamheden, is wellicht niet onaantrekkelijk. Dat geldt in de verhouding tussen particulieren, maar wellicht nog sterker in de verhouding tussen overheid en burger.

Volgens Ketelaar²³) werden vroeger vele retributies aan de overheid en recognities ter erkenning van overheidsgezag betaald in de vorm van een periodieke prestatie, te leveren door de gebruiker van de grond. Als voorbeelden noemt hij windpacht (voor de vergunning om de wind ten behoeve van een molen te gebruiken), klokrogge (voor de luider van de kerkklok), schaaalkoren (voor het gebruiken van de waag). Voilà! Wat te denken in deze tijd van "slootgeld", voor het onderhouden van de waterhuishouding, "drainagegeld" voor het feit dat het land is ingepolderd en gedraineerd, "luchtgeld" of "milieupacht" voor het in de lucht mogen blazen van kwalijke afvaldampen of voor het anderszins lozen van schadelijke stoffen²⁴). Ongetwijfeld bestaat al veel belastingwetgeving op deze terreinen, waaraan ik me als civilist niet waag. Maar het is geen onbekend verschijnsel dat de overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke middelen met een publiekrechtelijk doel, ook als daartoe reeds publiekrechtelijke voorschriften

22) Het gaat hier dus om een zakenrechtelijke verplichting om te doen (nl. te betalen). Dergelijke verplichtingen worden door de wetgever niet snel toegelaten. Bij erfdiensbaarheden en bij 6.5.3.4-bedingen (NBW) gaat het om verplichtingen tot een dulden. Bedacht moet echter worden dat de afkoopbaarheid van de grondrente niet kan worden uitgesloten. Een permanente belasting van de grond kan zodoende worden voorkomen.

23) F.C.J. Ketelaar, a.w. p. 199. Zie ook De Blécourt-fischer, a.w. p. 198.

24) Zie ook art. 25 van de Wegenwet, waar de verplichting tot onderhoud van de weg is geconstrueerd als een grondrente op de grond.

Uit deze regeling, die derogeert aan het NBW, blijkt dat de prestatie niet alleen in geld behoeft te worden voldaan, maar ook kan worden verricht door daadwerkelijk onderhoud. Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p. 369.

bestaan²⁵⁾. De grondrente kan als zakelijk recht voordelen hebben, omdat er bij de vestiging afspraken over indexering van de rente kunnen worden opgenomen die dus zakelijke werking hebben.

Wellicht is er nog leven voor de dood. Nieuwe wijn in oude kruiken, of oude wijn in nieuwe kruiken?

25) Denk aan de uitgifte in erfpacht en de daarbij horende erfpachtvoorwaarden. Niet iedere gemeente geeft grond in erfpacht uit. Voor gemeenten die de eigendom van de grond overdragen, kan het voorbehouden van een grondrenterecht in de door mij voorgestelde zin aantrekkelijk zijn.

DE BEKLEMMENDE MEIER; OPKOMST EN ONDERGANG(?) VAN HET BEKLEMRECHT

mr R.A. Dozy

"De verkeerde opvattingen, die over het beklemrecht bestonden, en, zij het in mindere mate, nu nog bestaan, zijn voornamelijk hieraan te wijten, dat men iets gansch bijzonders er in zag, iets dat geen verband hield met rechtsverhoudingen van vroeger, of met die in andere gewesten", zo begint De Blécourt het eerste hoofdstuk van zijn - omvangrijke - studie van het beklemrecht¹⁾.

Niet iets bijzonders, maar wel curieus, aldus Robert²⁾. Een combinatie te noemen tussen erfpacht en opstal, "met enige particulariteiten", zo lezen we in de toelichting van Meijers op afd. 5.7.2 NBW³⁾. Het recht van beklemming, van oudsher voorkomend in de provincie Groningen en de aangrenzende delen van Drente en Friesland, leeft hedentendage nog steeds voort, zij het dat het aantal beklemde gronden in de loop der eeuwen aanzienlijk is afgenomen⁴⁾. De definitie van het beklemrecht die in Asser-Beekhuis wordt gegeven, is grotendeels ontleend aan het ontwerp-NBW, boek 5, titel 7, afdeling 2:

"Het recht van beklemming is een zakelijk recht, dat de gerechtigde (beklemde meier genoemd) de bevoegdheid geeft eens anders grond te houden, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten, onder de verplichting aan de eigenaar een vaste jaarlijkse huur te betalen, en bovendien een bepaalde geldsom (geschenk) te voldoen bij overdracht en vererving, alsmede ter zake van het huwelijk van de meier."⁵⁾ Hieraan wordt nog toegevoegd dat de eigendom van een door de meier geplaatst

1) A.S. de Blécourt, Beklemrecht en stadsmeierrecht, Groningen 1920, dl. I, p. 1.

2) W.C.J. Robert, Beklemd zijn; een historisch rechtsfiguur anno 1977, AA 1977, p. 10 e.v.; met reactie van W. Breemhaar in AA 1977, p. 163 e.v.

3) C.J. van Zeben en J.W. du Pon, Parlementaire geschiedenis van het NBW, boek 5, Deventer 1981, p. 350.

4) Zie bijgevoegde kaarten bij het Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht, Den Haag, 1960.

5) Asser-Beekhuis II, Zakenrecht, Zwolle 1983, p. 275.

gebouw aan de meier toekomt. Dit laatste nu is opmerkelijk: het is communis opinio dat horizontale scheiding van eigendom alleen bewerkstelligd kan worden door het vestigen van een recht van opstal (art. 758 BW). De regels van natrekking (artt. 655, 656 BW) leren dat bij bouwen op andermans grond, de grondeigenaar eigenaar van het gebouwde wordt. De meier die op het land van een ander bouwt wordt niet "getroffen" door bovenstaande regels; blijkbaar is ook het beklemrecht grondslag voor horizontale scheiding van eigendom. De meier die op het land een huis bouwt, *beklemt* daarmee het land onder het huis. Vandaar dat men ook wel spreekt van *beklemd meier*.⁶⁾ De term beklemmen geeft dus het verband aan tussen het land en het daarop gebouwde onroerend goed. Formsma vermeldt in zijn uiterst boeiende agronomisch-historische studie over het beklemrecht, dat de term beklemmen in de 16e en 17e eeuw een *ruimere* betekenis had dan nu: "ingesloten zijn, behoren bij en zelfs: bij of onder iets brengen".⁷⁾ Als voorbeeld noemt hij een boerderij onder een klooster of kerk beklemd: Lesterhuis onder het convent Heiligerlee beklemd.

Zowel Gratama als De Blécourt treffen het woord beklemmen voor het eerst aan in een staatsresolutie van 1577⁸⁾. In de stukken die Feith eind 19e eeuw, verzameld heeft, komen telkens weer uitdrukkingen naar voren in de zin van: landen vrij van behuizing en land onder behuizing beklemd⁹⁾. De uitdrukking *beklemd meier* duikt voor 't eerst op in 1698¹⁰⁾. Feith noemt als "de kindsche staat van ons beklemrecht" een bepaling in de Saksenspiegel (15e eeuw) die - in hedendaagse bewoordingen door Formsma samengevat - in houdt dat wanneer iemand bouwt op gehuurde grond, hij het gebouwde moet afbreken indien hij vertrekt echter met achterlating van de omheining. Het huis en de mest worden,

6) De Blécourt, dl I, p. 34, acht het echter - omwille van de terminologie - beter te spreken van *beklemmende meier* of *beklemmer*. Immers, de meier is niet beklemd, maar de grond!

7) W.J. Fromsma, *Beklemrecht en landbouw. Historia Agriculturae XIII*, Groningen 1981, p. 15.

8) S. Gratama, *Het beklemrecht en zijn geschiedkundige ontwikkeling*, Groningen 1895, p. 115 en De Blécourt, dl I, p. 34.

9) H.O. Feith, *Het Groninger beklemrecht*, 2 delen, Groningen 1828-'37, zie ook De Blécourt, dl I, p. 34 e.v.

10) Feith, dl I, p. 424.

naar taxatie door de bureu, door de heer betaald. Laat de heer dat na dan mag de huurder het een met het ander wegvoeren¹¹⁾ Formsma concludeert uit de verschillende teksten (eind 15e eeuw) de volgende regels: indien de meier het gehuurde land verlaat moet hij zijn huis afbreken of verkopen aan de opvolgende meier. Zegt de landheer op dan moet hij het huis aan de meier vergoeden naar taxatie van: "goede lude". De ontwikkeling in *terminologie* van recht op landgebruik (huur) naar recht van beklemming ondersteunt de heersende opvatting dat het beklemrecht oorspronkelijk niets anders was dan een gewone huurovereenkomst¹²⁾. Het is daarom wellicht interessant om na te gaan *hoe* het beklemrecht van nu, zich ontwikkeld heeft uit de (Germaansrechtelijke) huur.

In het Ommelander Landrecht (1601) vinden we in art. 48 (boek V) de regel die Formsma ook al uit eerdere bronnen had gehaald, namelijk de vergoedingsplicht van de landheer indien de meier vertrekt. In verband hiermee bepaalt het eind van het artikel dat de meiers op de gehuurde landen "oock niet mogen timmeren dan bij consent des landheeren; ende wat een meyer daerenboven timmert, dat sal hij tot eynde der jaermalen weder afbreken."¹³⁾ Dit laatste dus ter bescherming van de (beurs van de) landheer.

In het Oldambster Landrecht van 1619 vinden we in art. 124 (boek IV) een soortgelijke bepaling. Dit artikel wordt in het "Placcaat van Burgemeesteren en Raad van Groningen" als volgt uitgelegd: "... soo is't dat wy, na gehoudene deliberatie, in conformit  de notoire practique, tot interpretatie van 124 articul (...), hebben vertaan, dat als de landt-heer syn gehuyrde landt laet opseggen, ende de meyer daerop 't landt komt te verlaten, soo is de landtheer schuldig hem sijn huys, tot seggen van goede mannen, of tot kennisse des rechts, ten overstaen van timmerlyuden en de steen-metselaren, te betalen op

11) Zie Formsma, p. 17.

12) Zie bijv. Asser-Beekhuis II, p. 272 en Pitlo/Brahn*, Zakenrecht, Arnhem 1980, p. 344. Overigens wordt met "gewone huurovereenkomst" niet de Romeinsrechtelijke *locatio-conductio* bedoeld, maar de huurovereenkomst naar Germaans recht.

13) Bron: de Blécourt, dl II, p. V.

drie termijnen (...), ten waere de behuysinge op een afbreucke waer staende of buyten consent van den landtheer waer gesettet, ofte anders geconditioneert. Maar wanneer de meijer aan de landtheer het gehuyrde landt laet opseggen (...), soo is de landtheer niet gehouden de behuysinge te betalen (ten sy dat sulcks in de huyr-certer of andere waer bedongen), maer de meyer moet alsdan de behuysinge afbreecken."¹⁴⁾

In beide bovengenoemde Landrechten komt het woord beklemmen niet voor zoals we het in de huidige betekenis kennen¹⁵⁾. Zowel in het Ommelander Landrecht als in het Oldambster Landrecht betreffen de bepalingen voornamelijk huur.

Naast deze rechtsregels kreeg het recht van beklemming vooral ook zijn - huidige - vorm door de praktijk: uit huurcontracten, staatboeken van landheren, procedures en ander archiefmateriaal heeft Formsma een boeiend stukje geschiedenis naar boven gehaald.

Uit huurcontracten rond 1600 blijken prijs en tijdsduur meestal wel geregeld te worden. Er kon betaald worden zowel in geld als in natura en de termijn (aanvankelijk één jaar) bedroeg steeds vaker zes jaar. Indien de landheer al na een jaar van zijn huurder af wilde kon dit niet zo maar: in de Landrechten kwam de bepaling voor dat dan de huur gerechtelijk opgezegd moest worden¹⁶⁾.

Formsma vermeldt verder nog dat de meier die verlenging van de huur wilde, een geschenk moest betalen. Aanvankelijk was dit een geldstuk, later werd dit een (half) jaar huur, uitgesmeerd over de huurjaren¹⁷⁾. Ook bij huwelijk van de meier of overgang van de huur op een andere meier werden geschenken betaald.

In verschillende staatsresoluties werden later algemene regels gegeven met betrekking tot de geschenken bij *overdracht* van het gehuurde. Uit

14) De Blécourt, dl II, p. VII.

15) Formsma is in zijn onderzoek, in het Ommelander Landrecht het woord "beklemd" eenmaal tegengekomen en dan in de ruimste betekenis des woords (Formsma, p.16).

16) Zie bijv. art. 47 (boek V) Ommelander Landrecht, art. 122 (boek IV) Oldambster Landrecht en art. 48 (boek IV) Selwerder Landrecht (1673). Bron: De Blécourt, dl II, p. IV en p. IX.

17) Een soort geïndexeerde huurverhoging dus.

een instructie van 2 maart 1632 voor de provinciale rentmeester lezen we onder nr. 42 het volgende: "De geschencken van overdrachten zullen volgens resolutie van 12 augusti 1630 dese sijn: van olderen op het kint ende vice versa twee jaren huylre; daer weduwen ofte wedenaers hylcken gelycke twee jaren huylre; van alle andere overdrachten vier jaren huylre; alles tot last van de affvarende ende aencomende meyers, halff ende half".¹⁸⁾ Misschien is het geschenk - volgens Pitlo-Brahn¹⁹⁾ - hedentendage een "typisch detail" van het bekleemrecht; van oorsprong is het echter een regelmatig voorkomend beding in meerjarige gewone huurverhoudingen, later gecodificeerd in verschillende staats-resoluties. Opzegging van de huurovereenkomst bracht dus voor beide partijen nadelen met zich mee: de meier die bij overdracht een - fors - geschenk moest betalen of de landheer die het huis van de meier moest vergoeden.

Na 1711 werden geen zesjarige geschenken meer betaald²⁰⁾. Wel speelde er nog in 1715 voor de Hoge Justitiekamer een procedure, waarin de meier weigerde aan de eigenaar na de nieuwe inhuring een geschenk te betalen. Hij beriep zich op het huurcontract (uit 1709), waarin de bepaling was opgenomen dat de meier van zes jaar tot zes jaar de huur zou continueren en zo doorlopende. De meier werd in het gelijk gesteld, zij het dat dit punt ook in latere andere uitspraken een betwist punt bleef²¹⁾.

Zo hebben zich geleidelijk aan de losse (zesjarige) bekleemingen ontwikkeld in vaste altijddurende bekleemingen²²⁾. Zo is ook geleidelijk aan de term "huur" in situaties waarin de meier op gehuurd land bouwde en "eeuwige" huur door vererving kon verkrijgen, in onbruik geraakt; in plaats hiervan sprak men steeds vaker van (altoosdurende)

18) De Blécourt, dl II, P. XVI (Bron: Feith I, p. 248/249).

19) Pitlo-Brahn, p. 343.

20) Formsma p. 76.

21) Formsma, p. 94.

22) In Pitlo-Brahn, p. 343, wordt hierover gezegd dat door het steeds sterker worden van de altijddurende bekleemingen, de verplichting uitsleet om iedere zes jaar een geschenk te betalen.

beklemming²³). Met het "in zwang komen" van de altoosdurende beklemming (18e eeuw), wat men toentertijd als een soort erfpacht ging beschouwen, splitsten zich dan ook huur en beklemming, aldus De Blécourt²⁴). Huur wordt een persoonlijk recht (art. 1584 BW)²⁵), het recht van beklemming wordt - uiteindelijk in het BW van 1833 - gecodificeerd als zakelijk recht.

Een altijddurend beklemrecht, door vererving van meier op meierskind(eren), impliceerde echter nog niet de opsplitsing van het beklemrecht in een gelijk aantal delen als er erfgenamen waren. Dit is - op historische gronden - wel verklaard door Gratama²⁶) die wijst op het feit dat de meier en zijn huisgezin, als eenheid, het land (als één geheel) in gebruik hadden en er een band bestond tussen *dit* huis en *deze* grond. Daar de familie bij elkaar pleegde te wonen, zowel om sociale redenen (verzorging) als om economische redenen (werkkracht, materieel) lag splitsing van het land voor de opvolgende meiers niet voor de hand.

De Blécourt²⁷) voegt hier nog aan toe dat door verdeling van het beklemrecht over de erven van de meier, de eigenaar genoodzaakt zou worden "om van een landerijencomplex, waarvoor hij een ronde som ontvangt en waarvoor hij slechts met één meier te doen heeft, datzelfde bedrag te ontvangen uit handen van misschien 2, misschien 20, mogelijk nog meer niet hoofdelijk aansprakelijke, w.o. misschien insolvabele, meiers." Volgens De Blécourt is de ondeelbaarheid van de beklemming dan ook "de natuurlijkste zaak" van de wereld²⁸).

23) Een duidelijk beeld van deze ontwikkeling in terminologie geven de voorbeelden van verkoop van land, chronologisch weergegeven in bijlage 5 van De Blécourt, dl II, p. IXXI e.v.

24) De Blécourt, dl I, p. 38.

25) Naar *Germaans recht* waren huur en pacht zakelijke rechten.

26) Gratama, p. 202.

27) De Blécourt, dl I, p. 109.

28) De Commissie Beekhuis benadrukt in zijn toelichting op het ontwerp-NBW de sociaal economische betekenis van het beklemrecht in vroeger tijden, met name doordat de onsplitbaarheid en de vererving ertoe hebben bijgedragen dat boerenbedrijven bijeen konden worden gehouden (zie ook Asser-Beekhuis II, p. 273).

De huurcontracten rond 1600 bepaalden - merkwaardigerwijs - vrijwel niets over het gebouwde. Kennelijk was het bij houten huizen niet de moeite waard af te spreken wie de eigenaar zou zijn²⁹). Bij stenen huizen lag de zaak anders, indien immers de meier het huis had gebouwd en daarvan eigenaar was, bracht opzegging van de huur door de landheer voor laatstgenoemde financieel nadeel met zich mee: het land was (voor de landheer) met het gebouwde *bezwaard*. Toch dient men met de term behuisd of vrij land voorzichtig te zijn, daar "vrij land" zeer zeker bebouwd kon zijn, maar daarmee niet *bezwaard* hoefde te zijn. Het huis was dan of eigendom van de landheer of, indien het eigendom was van de meier, stond het "op afbreuk". Dit laatste wilde zeggen dat bij beëindiging van de huur de meier het huis moest afbreken of de landeigenaar hoefde er, na afloop van de huur, geen vergoeding voor te geven.

In het Ommelander Landrecht van 1601 komen beide eigendomsvormen nog voor. Zo werd in art. 43 (boek V) bepaald dat de landheer het huis waar de meier in woonde en wat eigendom van de landheer was, moest onderhouden in de zin van "dackdicht, deurdicht, wantdicht ende vensterdicht". Art. 48 (Boek V) ging daarentegen uit van de situatie dat de *meier* eigenaar was van het huis.

Ontwikkeld vanuit de germaansrechtelijke huurverhouding, is het recht van beklemming een eeuwigdurend, onsplitsbaar zakelijk recht geworden. Alhoewel het beklemrecht niet te vinden is in de - limitatieve - opsomming van de zakelijke rechten in art. 584 BW, staat het buiten iedere twijfel dat het hier een zakelijk recht betreft³⁰). Het recht van beklemming is geregeld in art. 1654 BW, "indien men ten minste art.

29) Houten huizen werden toentertijd als roerende zaken beschouwd (Formsma, p. 19). Kennelijk niet al te kostbaar en makkelijk door de meier mee te nemen na het einde van de huur?

30) Zie Rb. Groningen 5 maart 1954, NJ 1954, 713. Overigens had het kamerlid De Bordes bij het ontwerp-BW van 1833 reeds opgemerkt dat het recht van beklemming, als zakelijk recht gekenschetst, midden tussen de overeenkomsten werd geregeld, in plaats van onder de zakelijke rechten te worden gerangschikt. (Bron: De Blecourt, dl I, p. 217).

1654 een regeling wil noemen", zo merken De Blécourt en Heringa enigszins sceptisch op³¹⁾.

De tekst van het artikel luidt: "Het regt van beklemming en van altijdurende beklemming, geboren uit overeenkomst, of door andere wettige middelen ingesteld, wordt door de aan hetzelfde bepalingen en bedongene voorwaarden, en, bij gebreke van deze, door de plaatselijke gewoonten, geregeerd."

Deze bepaling is in 1833 in het Burgerlijk Wetboek opgenomen nadat het eerst uit het ontwerp van 1820 was verdwenen³²⁾.

De regeling in ons huidige BW wordt uitvoerig besproken in de moderne handboeken; korthedshalve wil ik daarnaar verwijzen³³⁾.

Alhoewel het ontwerp-NBW aanvankelijk 21 (!) artikelen telde waarin het beklemrecht werd geregeld³⁴⁾, lezen we in de M.v.A. II dat "met de vermindering van de sociaal-economische betekenis van het recht van beklemming voor de provincie Groningen ook de populariteit van het recht belangrijk is gedaald, zodat afschaffing voor de toekomst van het recht onder de belanghebbenden geen ernstige reacties ten gevolge zal hebben."³⁵⁾ De minister voegt hier nog aan toe dat hij geenszins de bedoeling heeft *bestaande* rechten van beklemmingen af te schaffen.

Hoe de toekomst van het beklemrecht er uit komt te zien is dan nog niet duidelijk: verwezen wordt naar de Invoeringswet. In het Gewijzigd Ontwerp blijkt de gehele afdeling vervallen te zijn...

Toch zal met de invoering van het NBW (boek 5) het beklemrecht (nog) niet verdwijnen: in de Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW, 11e gedeelte, is onder art. 150 lid 2 opgenomen dat op onder meer de rechten van beklemming de regels van toepassing blijven die daarvoor golden vóór

31) A.S. De Blécourt en E. Heringa, Het beklemrecht van nu, Leiden 1940, p. 9.

32) Zie voor deze codificatiegeschiedenis De Blécourt, dl I, p. 212 e.v.

33) Zie Asser-Beekhuis II, hfdst. IX, p. 272 e.v en Pitlo-Brahn, p. 340 e.v.

34) Dit ontwerp werd opgesteld door de - in 1955 geïnstalleerde - Commissie Beekhuis, die het ontwerp met uitgebreide toelichting neerlegde in het "Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht", Den Haag 1960.

35) Van Zeben/Du Pon, p. 352/353.

het in werking treden van de wet, mits uit de bepalingen omtrent registergoederen niets anders voortvloeit³⁶⁾.

Concreet betekent dit dat bestaande beklemmingen nog eeuwig kunnen blijven voortduren, maar dat er geen nieuwe beklemmingen gevestigd kunnen worden. Met de (gevreesde) boerenopstand die Robert schetste indien een "eerlijk brokje Groningse contractsvrijheid opgeslokt zal gaan worden door de - Hollandse - kanaliserende regeling van de erf-pacht" zal het, meen ik, wel meevallen³⁷⁾. De Groningse meier zal niet klem komen te zitten na de invoering van het NBW; sterker nog, het beklemrecht maakt goede kans het NBW te overleven en misschien ooit - als bestaand recht - weer terug te keren in een nieuw NBW.

36) Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18 998, nrs. 1-3, p. 8. Hier lijkt zich weer de geschiedenis te herhalen: aanvankelijk bevatte het ontwerp-BW van 1816 een uitgebreide regeling van het beklemrecht, daarna werd dit gereduceerd tot slechts één artikel in het ontwerp van 1820, om vervolgens geheel te verdwijnen uit het wetboek van 1830.

37) W.C.J. Robert, p. 10.

BEDREIGING, BEDROG OF MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN DOOR EEN DERDE:
ART. 3.2.10 LID 5 NBW

mr Jac. Hijma

1. Inleiding

Wanneer iemand onder invloed van bedreiging (dwang), bedrog of misbruik van omstandigheden een overeenkomst sluit, zal het veelal de wederpartij zelf zijn die de onwenselijke invloed heeft uitgeoefend. In dit normale geval is de wettelijke sanctie der vernietigbaarheid stellig gerechtvaardigd. In situaties waarin het laakbare gedrag niet door de wederpartij maar door een derde is verricht, kan echter twijfel rijzen. Behoort alsdan de rechtshandeling eveneens vernietigbaar te zijn, of gaat de toekenning van zulk een sanctie jegens de zelf niet incorrect handelende wederpartij te ver?

De wetgever van 1838 heeft deze vraag niet in haar algemeenheid beantwoord, doch heeft voor bedreiging en bedrog - misbruik van omstandigheden komt in het huidige BW niet voor - afzonderlijke voorzieningen getroffen. Deze incidentele oplossingen zijn tegengesteld: krachtens art. 1359 BW is ook "geweld, gepleegd door eenen derde" voldoende om een vernietiging wegens dwang te schragen, terwijl art. 1364 BW in het kader van bedrog juist "kunstgrepen, door eene der partijen gebezigd" vereist. Waar in het licht van de onderhavige vraagstelling tussen bedoelde wilsgebreken echter geen wezenlijk onderscheid aanwijsbaar is, mag dit verschil in behandeling ongerijmd heten¹⁾.

De nieuwe wetgever is consequenter. Voor bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden wordt een uniforme regeling getroffen, die uit twee trappen is opgebouwd. Ten eerste: voor de vernietigbaarheid

1) Bedoeld verschil wortelt in het Romeinse recht; vgl. Asser-Rutten II, blz. 144.

van een rechtshandeling op grond van één van deze wilsgebreken is irrelevant wie het laakbare gedrag heeft verricht. Men zie resp. de leden 2, 3 en 4 van art. 3.2.10 NBW, waarin steeds geheel algemeen van "iemand" wordt gesproken²⁾. De tweede trap volgt in het aansluitende vijfde lid:

Art. 3.2.10. (5) Indien een verklaring is tot stand gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, kan op dit gebrek geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen.

Aldus wordt per saldo een middenweg bewandeld. De wederpartij behoeft weliswaar niet zelf "dader" te zijn, doch zij wordt evenmin geheel buiten beeld geplaatst: haar "kennen of behoren te kennen" blijkt uiteindelijk beslissend.

2. Toepassingsvoorwaarden

Art. 3.2.10 lid 5 zal zich doen gelden indien, kort gezegd, aan twee voorwaarden is voldaan: (a) bedreiging, bedrog of misbruik van de zijde van een niet-partij; (b) goede trouw bij de wederpartij.

(a) Bedreiging (etc.) van de zijde van een niet-partij

In de wettelijke zinsnede "(van de zijde van) iemand die geen partij bij de rechtshandeling is" zal het partijbegrip in ruime zin dienen te worden verstaan: bij een meerzijdige rechtshandeling ziet het op de wederpartij(en), bij een eenzijdige gerichte rechtshandeling op de geadresseerde(n), bij een eenzijdige niet-gerichte rechtshandeling op de onmiddellijk belanghebbende(n)³⁾. Gaat de bedreiging (etc.) van

2) De leden 2-4 geven een onversneden doorvoering van de wilsgebrekgedachte te zien: het volle accent valt immers op de bij het slachtoffer bestaande (wils)onvrijheid. Zie echter vervolgens lid 5.

3) Vgl. art. 3.2.18b NBW.

zulk een "partij" uit, dan blijft lid 5 buiten toepassing: de rechtshandeling is zonder meer vernietigbaar. Deze interpretatie accentueert het logische verband tussen de in het artikellid gebezigde begrippen "partij" en "wederpartij"; bij deze laatste term tekent de Minister⁴⁾ uitdrukkelijk aan dat hij in de bovenomschreven ruime zin behoort te worden opgevat.

Vervolgens dient zich een tweede uitlegprobleem aan: staat ook het laakbare gedrag van de *vertegenwoordiger* van zulk een (weder)partij aan toepassing van het vijfde lid in de weg? De wettekst, invloed "van de zijde van iemand die geen partij is" veronderstellende, geeft aanleiding tot de conclusie dat het artikellid bij bedreiging (etc.) door een tussenpersoon wel degelijk van toepassing zal zijn: de vertegenwoordiger heeft immers zelf geen partijstatus. Aldus wordt beslissend of de wederpartij al dan niet te goeder trouw was. Bij de beoordeling hiervan doet dan de regel van art. 3.3.6 lid 2 NBW ("grootste aandeel") zich gelden; hoewel in dat kader al snel de kwalijke rol van de tussenpersoon als doorslaggevend zal worden beschouwd, blijft toch de mogelijkheid bestaan dat de wederpartij de dans ontspringt, ook al is het haar eigen vertegenwoordiger die de dreiging (etc.) heeft uitgeoefend.

Deze uitkomst kan niet bevredigen. De vraag of bedreiging (etc.) door een tussenpersoon aan de achterman moet worden toegerekend, is primair een vraag van toerekening van gedrag, van handelen; zij leent zich er niet toe om uiteindelijk slechts in het kader van een subtiële kennis-toerekening te worden beoordeeld. De wederpartij wier vertegenwoordiger een ongeoorloofde invloed uitoefent dient m.i. steeds met de gevolgen daarvan te kunnen worden geconfronteerd, zonder dat zij zich - al was het maar in beginsel - achter een eventuele eigen ontwetendheid kan verschuilen. Aldus bezien verdient het de voorkeur art. 3.2.10 lid 5 in dit soort gevallen structureel buiten toepassing te laten: bedreiging (etc.) door een vertegenwoordiger van de wederpartij dient met bedreiging (etc.) door die wederpartij zelf op één lijn te

4) MvA, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 213.

worden gesteld⁵⁾). Voor deze opvatting kan overigens - indirect - ook steun worden gevonden in de wijze waarop art. 3.2.10 lid 5 het meerpartijencontract benadert. Werd partij A door (weder)partij B bedreigd, dan zal (weder)partij C geen beroep op het artikellid kunnen doen⁶⁾: het gaat de wetgever per saldo blijkbaar om de vraag of de invloed werkelijk "van buiten" kwam, en niet zozeer om de persoonlijke (on)schuld der betrokkenen⁷⁾.

Bij raadpleging van art. 3.2.10 lid 5 NBW dreigt men echter op het verkeerde been te worden gezet, doordat de wet niet - negatief - aangeeft dat de bedreiging (etc.) "niet van de zijde van een partij" mag komen, doch juist - positief - dat het om gedrag "van de zijde van iemand die geen partij is" moet gaan. Aan de strekking van het artikellid wordt slechts dan recht gedaan, indien men de wettelijke zinsnede in de eerstgenoemde zin interpreteert: "... niet van de zijde van iemand die partij bij de rechtshandeling is". Bij bedreiging (etc.) door de vertegenwoordiger van een (weder)partij blijft het artikellid dan buiten toepassing, zodat de vernietiging onverminderd doorgang kan vinden.

(b) Goede trouw bij de wederpartij

De tweede voorwaarde luidt, dat de wederpartij geen reden had het bestaan van het gebrek te veronderstellen. Dit criterium geeft een concrete uitwerking van de in art. 3.1.1.12 NBW bedoelde goede trouw; de vraag of eraan is voldaan, zal telkenmale aan de hand van een

5) Naar huidig recht wordt inzake art. 1364 BW hetzelfde aangenomen: zie met name HR 28 februari 1930, NJ 1930, 1258 (Engelvaart/Brusselsche Bank).

6) Het gedrag is immers van een partij (B) afkomstig; zie de sub 1 geciteerde tekst van art. 3.2.10 lid 5, alsmede de NvW, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 214.

7) Ook bij de door de wetgever gebezigde woorden "van de zijde van" kan steun worden gezocht, nu zij een ruimere lading hebben dan "door". In het door de wetgever gekozen vervolg ("... iemand die geen partij is") lijkt deze ruimte echter niet te worden benut.

weging van alle (relevante) omstandigheden van het geval dienen te worden beantwoord.

Bijzondere vragen kunnen wederom rijzen als de wederpartij van het slachtoffer zich van een vertegenwoordiger heeft bediend. Verrichtte de tussenpersoon zelf het laakbare gedrag, dan blijft lid 5 geheel buiten beschouwing: de handeling is zonder meer vernietigbaar op basis van lid 2, 3 of 4 (zie hierboven sub a). Is evenwel in zulk een situatie van vertegenwoordiging de bedreiging (etc.) door een derde verricht, dan is het vijfde lid wel toepasselijk: de vraag of de wederpartij al dan niet als te goeder trouw kan worden aangemerkt, wordt beheerst door de in art. 3.3.6 lid 2 NBW verwoorde toets van het "grootste aandeel".

3. De toepassing

Is aan de onder 2 besproken toepassingsvoorwaarden voldaan, dan kan jegens de wederpartij "op het gebrek geen beroep worden gedaan". De vraag rijst, wat zulks in de praktijk inhoudt. Als uitgangspunt diene het navolgende. Het verschijnsel der vernietigbaarheid wordt hierdoor gekenmerkt, dat de nietigheid eerst zal intreden nadat een beroep op de vernietigingsgrond is gedaan. Dit beroep kan - naar komend recht - zowel in als buiten rechte geschieden, doch heeft in beide gevallen een "gericht" karakter: de betrokkene dient zich *jegens de wederpartij* op het (wils)gebrek te beroepen (art. 3.2.14 lid 1, art. 3.2.15 lid 2 NBW). Na deze constatering lijken twee benaderingswijzen mogelijk.

Twee visies

In de eerste plaats kan een direct verband worden gelegd tussen art. 3.2.10 lid 5 en de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid als zodanig (visie I). Indien krachtens lid 5 "jegens de wederpartij" geen beroep op het gebrek kan worden gedaan, is de in principe aanwezige vernietigingsbevoegdheid per saldo *niet uitoefenbaar*: haar uitoefening

zou immers juist jegens deze zelfde wederpartij moeten geschieden⁸⁾. In deze opvatting blijft een - tot de wederpartij te richten en derhalve tot haar gerichte - buitengerechtigke verklaring zonder effect, en zal een - tegen de wederpartij in te stellen en derhalve tegen haar ingestelde - vordering tot vernietiging worden afgewezen. Dit alles overigens onder de aantekening dat de wederpartij de haar in lid 5 geboden bescherming onbenut kan laten⁹⁾: alsdan staat aan de vernietiging niets in de weg.

In de tweede plaats is het denkbaar een scheiding aan te brengen tussen enerzijds de "vorm", anderzijds de "strekking" van het beroep op een gebrek in de zin van art. 3.2.10 lid 5 NBW (visie II). Het bij de uitoefening der vernietigingsbevoegdheid figurerende gerichtheids-element wordt nu in feite als een formeel vereiste beschouwd, waaraan steeds probleemloos kan worden voldaan door de buitengerechtigke verklaring of de rechtsovordering tegen de wederpartij te richten. De regel van lid 5 ziet in deze optiek slechts op de *doorvoerbaarheid* van een aldus bewerkstelligde vernietiging: het slachtoffer zal jegens de wederpartij geen inhoudelijke consequenties aan de vernietiging kunnen verbinden. Daagt een bedrogen verkoper zijn koper in rechte teneinde vernietiging van de koop en teruggave van het goed te verkrijgen, dan zal thans de vordering tot vernietiging wel degelijk worden gehonoreerd: "slechts" de actie tot teruggave zal op basis van lid 5 worden afgewezen.

Het verschil tussen de beide opvattingen treedt met name aan het licht als de wederpartij een door haar ontvangen goed inmiddels heeft doorgeleverd aan een derde. A, door X bedrogen, verkoopt en levert een roerende zaak aan de te goeder trouw zijnde B; B verkoopt en levert de zaak door aan C, die niet te goeder trouw is. In visie I is A's vernietigingsbevoegdheid (art. 3.2.10 lid 3) de facto niet

8) De beschouwingen zijn eenvoudigheidshalve afgestemd op de rechtshandeling waarbij slechts één wederpartij is betrokken (zoals de gewone overeenkomst); zie voor situaties met meer dan één wederpartij de slotalinea van punt 3.

9) Vgl. MvA, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 176, inzake de art. 3.2.3, 3.2.3a en 3.3.2 lid 2 NBW.

uitoefenbaar (art. 3.2.10 lid 5). A zou zich immers jegens B op het gebrek moeten beroepen, en juist dat is krachtens lid 5 niet mogelijk. De titel A-B blijft derhalve onaangetast, hetgeen tot de slotsom voert dat C's goede of kwade trouw niet relevant is: hij heeft van een beschikkingsbevoegde - en daarmee ex art. 3.4.2.2 lid 1 NBW - verkregen. De tweede visie leidt evenwel tot een ander resultaat. A kan dan de vernietiging der koopovereenkomst bewerkstelligen door zich ter zake tot B te richten, en zal vervolgens weliswaar niet tegen B, maar wél tegen C stappen kunnen ondernemen. Het titelverval tussen A en B ontnemt B met terugwerkende kracht de beschikkingsbevoegdheid, zodat C nu op de beschermingsbepaling van art. 3.4.2.3a NBW is aangewezen. Zijn gebrek aan goede trouw maakt evenwel dat aan de vereisten van dit artikel niet is voldaan, zodat A onder C zal kunnen revindiceren.

Evaluatie

Welke van de beide benaderingswijzen is verkieslijk? Zowel uit theoretisch als uit praktisch oogpunt verdient m.i. visie I de voorkeur. Het in art. 3.2.14 lid 1 en art. 3.2.15 lid 2 NBW verwoorde gerichtheids-element kan niet als een enkel vormvereiste worden beschouwd; het omschrijft veeleer het wezen van het beroep, geeft aan wat zulk een beroep precies "is". Het beroep op het gebrek - i.e. op de vernietigingsgrond - en de gerichtheid daarvan tot de wederpartij vormen een onverbreekelijke eenheid; jegens derden zou hooguit van een "beroep op de (gevolgen der) vernietiging" kunnen worden gesproken. Het beroep op een wilsgebrek staat of valt derhalve met de mogelijkheid om zich jegens de als enige in aanmerking komende persoon - de wederpartij - op dit gebrek te beroepen. Waar art. 3.2.10 lid 5 juist deze (enige) mogelijkheid ter zijde stelt, resteert de conclusie dat de rechtshandeling niet kan worden vernietigd: de in principe aanwezige bevoegdheid tot vernietiging blijkt niet uitoefenbaar.

De verkieslijkheid van visie I blijkt tevens bij een nadere beschouwing van de bovenomschreven casuspositie. Zou men een revindicatie tegen de derde C toelaten (visie II), dan wordt de in lid 5 aan B geboden bescherming onvoldoende serieus genomen: na afgifte aan A zou C immers B uit wanprestatie kunnen aanspreken, zodat uiteindelijk

toch laatstgenoemde met de nadelige gevolgen der vernietiging wordt geconfronteerd. De wederpartij B wordt slechts dan afdoende beschermd, indien aan de vernietiging als zodanig een halt wordt toegeroepen.

Tenslotte biedt ook een - terloops gemaakte - opmerking in de Memorie van Antwoord¹⁰⁾ steun aan de hier aanbevolen benadering. De Minister betoogt¹¹⁾:

"In de gevallen dat lid 5 de vernietiging uitsluit, omdat de wederpartij te goeder trouw was, is een vordering uit onrechtmatige daad tegen de schuldige derde zelfs de enige weg tot het verkrijgen van herstel van schade voor de benadeelde".

Voor de goede orde zij nog aangetekend, dat aan de hier verdedigde interpretatie niet kan worden tegengeworpen dat de wettelijke formulering - "kan geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die (...)" - een naar de rechtssubjecten (d.w.z. wederpartij en anderen) nuancerende gedachtengang voorschrijft, terwijl visie I fundamenteel slechts oog heeft voor de wederpartij zelf. Naar ook uit de Nota van Wijzigingen¹²⁾ blijkt, hebben de woorden "jegens een wederpartij" ten doel om in een meerpartijensituatie *binnen de kring der wederpartijen* te kunnen differentiëren; zij zijn - anders gezegd - opgenomen wegens het "een", niet wegens het daarop slechts logisch volgende "wederpartij". Bedoelde woorden bieden derhalve geenszins steun aan de gedachte dat lid 5 slechts het effect van een vernietiging jegens de wederpartij, en niet die vernietiging in algemene zin zou blokkeren.

4. Besluit

De nieuwe bepaling van art. 3.2.10 lid 5 NBW dient aldus te worden opgevat, dat zij betrekking heeft op door een "echte" derde ge-

10) MvA, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 214.

11) Men lette met name op de inleidende zinsnede, waarin lid 5 op de vernietiging zelf - en niet slechts op haar gevolgen - wordt betrokken.

12) NvW, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 214.

pleegd(e) bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden: zij is derhalve niet toepasselijk als de dreiging (etc.) door de vertegenwoordiger van één der partijen werd uitgeoefend.

Het artikellid werpt een dam op tegen de uitoefening der in de leden 2, 3 en 4 toegekende vernietigingsbevoegdheid: de vernietiging kan niet geschieden jegens een wederpartij te goeder trouw. Is slechts één wederpartij aanwezig, dan is daarmee voor de vernietigingsbevoegdheid in feite het doek gevallen. Alleen in meerpartijensituaties kan zij wellicht nog jegens anderen - namelijk: andere wederpartijen, die niet op goede trouw kunnen bogen - worden uitgeoefend.

ARTIKEL 6.1.8.5 NBW: ANTICIPATORY BREACH

mr M.H. Wissink

1. Inleiding

Van het niet-nakomen van een verbintenis kan pas sprake zijn als deze moet worden nagekomen. De gevolgen van niet-nakoming kunnen dan ook pas intreden na het opeisbaar worden van de prestatie. Op deze regel vormt art. 6.1.8.5 een uitzondering. Het is, volgens de Toelichting¹⁾, onredelijk de schuldeiser te verplichten de vervaldag af te wachten als reeds daarvóór vaststaat dat de schuldenaar niet zal presteren. Onredelijk, juist in contractuele verhoudingen. Want de positie van de schuldeiser, wiens schuldenaar heeft aangezegd niet te zullen presteren, is een onzekere: moet hij afwachten of er inderdaad wanprestatie gepleegd zal worden of moet hij het zekere voor het onzekere kiezen en zich elders de gewenste prestatie verschaffen? Wie zich indekt loop het risico dubbel geleverd te krijgen (en dubbel te betalen) en wie afwacht loopt het risico met lege handen te staan.

Met behulp van art. 6.1.8.5 kan de schuldeiser zich uit dit dilemma redden, door bijvoorbeeld de overeenkomst nog voor de vervaldag buitengerechtelijk (art. 6.5.4.8 lid 1) te ontbinden, zich elders in te dekken, en eventuele schade die hij dientengevolge lijdt op zijn voormalige schuldenaar te verhalen.

Het huidige recht kent deze mogelijkheid niet²⁾, met uitzondering van de bijzondere regel van art. 76 van de Eenvormige wet inzake de

1) TM art. 6.1.8.5, Van Zeben/Du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het NBW, 1981, (PG Boek 6), pag. 276.

2) Vgl. VV en MvA art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 278 en 280. Door sommige schrijvers wordt het bestaan van een dergelijke regel wel verdedigd: zie Asser-Schut, 4e druk, 1981, pag. 238; Hofmann-Van Opstall, 9e druk, 1976, pag. 119-121; H. Struik, AA 1983, pag. 699-700; G.J.P. de Vries, Recht op Nakoming en Schadevergoeding, (Vervolg Voetnoot)

internationale koop van roerende lichamelijke zaken (LUVI), dat luidt: "Wanneer het vóór het tijdstip dat voor de nakoming is bepaald duidelijk is, dat een partij een wezenlijke tekortkoming zal begaan, kan de wederpartij de overeenkomst ontbonden verklaren." Krachtens art. 77 kan in dat geval ook schadevergoeding worden gevorderd.³⁾

Art. 6.1.8.5 sluit aan bij het Anglo-Amerikaanse leerstuk van "anticipatory breach". In paragraaf 2 en 3 zal ik het artikel op enige hoofdpunten met dit leerstuk vergelijken. Paragraaf 4 behandelt de criteria voor schadeberekening bij toepassing van art. 6.1.8.5.

2. Wat is een anticipatory breach?

Hoewel een vaste omschrijving ontbreekt, wordt in het Engelse en Amerikaanse recht in het algemeen onder anticipatory breach verstaan zowel (1) "*impossibility of future performance created by the prior conduct of the party treated as a defaulter*" als (2) "*a future failure to perform foreshadowed by a declaration, by words or by conduct, of an intention not to perform in the future*".⁴⁾ Dit laatste wordt (anticipatory) repudiation c.q. renunciation genoemd.

In tegenstelling tot een dergelijke algemene omschrijving, zoals ook in art. 76 LUVI te vinden is, noemt art. 6.1.8.5 lid 1 limitatief

(Vervolg Voetnoot)

Excepties en Ontbinding, Studiepockets Privaatrecht nr. 32, 1984, pag. 65-66. Deze opvattingen schijnen grotendeels gebaseerd te zijn op ruimere interpretaties van HR 17-2-1961, NJ 1961,437 (Lindström/NKF).

- 3) Zie ook de artt. 48, 66, 73 en 75 LUVI, die op dit beginsel gebaseerd zijn.
- 4) Donaldson, L.J., in *Chilean Nitrate Sales Corporation v. Marine Transportation Co. Ltd. (The Hermosa)* (CA) [1982], 1 Lloyd's Rep. 570, 572. Overigens wordt niet altijd vereist dat de onmogelijkheid om na te komen toerekenbaar door de schuldenaar is veroorzaakt. Zie voor Engeland o.a. Chitty on Contracts, 25e druk, 1983, door A.G. Guest, §§ 1600, 1601, 1604 en 1610; Chesire & Fifoot, the Law of Contract, 8e druk, 1972 door M.P. Furmston, pag. 563-564; voor het Amerikaanse recht o.a. Corbin on Contracts, 1951, § 959; E.A. Farnsworth, Contracts, 1982, pag. 633-634, 636; Williston on Contracts, 3e druk 1968, door W.H.E. Jaeger, § 1300, 1308.

de gevallen op waarin het vereiste van opeisbaarheid kan worden geëcarteerd. Volgens de Memorie van Antwoord wordt de voorkeur gegeven aan een weloverwogen afbakening boven een algemenere en daardoor vagere regel.⁵⁾

Art. 6.1.8.5 lid 1 sub a ziet op een toekomstige onmogelijkheid om conform de overeenkomst na te komen. De schuldenaar zal niet correct *kunnen* nakomen. Het NBW hanteert hier een ruimer begrip dan in het Engelse en Amerikaanse recht gebruikelijk is, omdat mede wordt omvat een onmogelijkheid die niet aan de crediteur kan worden toegerekend (overmacht). Overigens, in geval van overmacht zal de schuldenaar op grond van art. 6.1.8.1 niet schadeplichtig zijn. Vereist is dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Dat zal objectief het geval moeten zijn.⁶⁾ Aangezien het hier gaat om een door de redelijkheid en billijkheid beheerste situatie (artt. 6.1.1.2 en, meestal 6.5.3.1 NBW), lijkt mij dat van vaststaan in deze zin mag worden gesproken als de schuldeiser in redelijkheid met nakoming geen rekening meer hoeft te houden. Dat zal overigens niet snel aangenomen kunnen worden.

De bepalingen sub b en sub c van art. 6.1.8.5 lid 1 zien op het geval dat de schuldenaar niet zal *willen* nakomen. Art. 6.1.8.5 lid 1 sub b eist dat dat uit een mededeling van de debiteur moet worden afgeleid. Elke mededeling, waaruit de onwil om conform de overeenkomst na te komen kan worden afgeleid, is voldoende⁷⁾, mits zij een definitief karakter draagt. Een mededeling gedaan in een opwelling⁸⁾ of een waarbij de debiteur in het midden laat of hij zal nakomen mist dit karakter. In tegenstelling tot het Engelse en Amerikaanse recht en art. 76 LUVI mag de onwil om na te komen niet uit de *houding* van de schuldenaar worden afgeleid. Zijn houding geeft de schuldeiser hoogstens grond om krachtens art. 6.1.8.5 lid 1 sub c een aanmaning tot bereidverklaring om na te komen uit te vaardigen. Hartkamp verklaart deze beperking uit het feit dat de schuldenaar nog niet op

5) MvA art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 280.

6) Zie hierover ook H. Struik, AA 1983, pag. 702.

7) Asser-Rutten-Hartkamp I, 1984, no. 385 en 370.

8) TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 277.

maatregelen van de schuldeiser verdacht hoeft te zijn, omdat de verbintenis nog niet opeisbaar is.⁹⁾ Ik vraag mij af of dat altijd zo is, als inderdaad uit de houding van de schuldenaar onwil om na te komen blijkt. In ieder geval voorkomt de regeling van het NBW discussies omtrent wat nu wel en niet in de houding van de schuldenaar mag worden gelezen. De criteria sub b en c geven de schuldeiser aldus een grotere en eenvoudiger vast te stellen zekerheid dat hij zich met recht op art. 6.1.8.5 beroept.

Art. 6.1.8.5 lid 1 sub c bepaalt dat de gevolgen van niet-nakoming ook vervroegd kunnen intreden als "de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen." Het Amerikaanse recht kent een soortgelijke regel in section 2-609(1) van de (in nagenoeg alle staten van de V.S. gehanteerde) Uniform Commercial Code: "*When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party, the other may in writing demand adequate assurance of due performance.*" Deze "adequate assurance" kan bestaan in een bereidverklaring om na te komen, maar in sommige gevallen is dat niet voldoende en wordt meer vereist, zoals het daadwerkelijk nemen van stappen om nakoming veilig(er) te stellen. Struik heeft art. 6.1.8.5 lid 1 sub c bekritiseerd, juist omdat met een simpele bereidverklaring kan worden volstaan.¹⁰⁾ Immers, een kwaadwillende debiteur kan daar licht misbruik van maken. Adequate assurance in de zin van UCC 2-609(1), of zelfs maar een verklaring om ook in staat te zullen zijn na te komen, is niet vereist.

De kritiek miskent m.i. de strekking van art. 6.1.8.5. De regeling is niet bedoeld om de schuldeiser de mogelijkheid te geven zijn schuldenaar tot nakoming, of stappen in die richting, te dwingen -

9) Asser-Rutten-Hartkamp I, 1984, no. 385.

10) H. Struik, AA 1983, pag. 702. Overigens kan zo'n bereidverklaring wel het gevolg hebben dat de schuldenaar niet meer kan stellen dat er nimmer een overeenkomst tussen pp is tot stand gekomen. TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 278.

daavor denke men eerder aan bepalingen als de artt. 6.1.6.1 en 6.5.4.4 -, maar enkel om de schuldeiser tijdig en veilig de kans te geven zich van zijn schuldenaar te ontdoen, door de gevolgen van *niet*-nakoming vervroegd in te roepen. Mocht trouwens blijken dat een schuldenaar, zelfs na het geven van een bereidverklaring, niet in staat zal zijn na te komen, bijvoorbeeld door noodzakelijke voorbereidingshandelingen achterwege te laten¹¹⁾, dan kan het zover komen dat de schuldeiser een beroep op art. 6.1.8.5 lid 1 sub a toekomt.

3. Een plicht om art. 6.1.8.5 in te roepen?

Een schuldeiser die met een art. 6.1.8.5-situatie geconfronteerd wordt is bevoegd hetzij de hem ten dienste staande rechtsmiddelen (zoals ontbinding en schadevergoeding) vervroegd in te roepen, hetzij naleving van de overeenkomst te (blijven) verwachten en dus de anticipatory breach te negeren.¹²⁾ In dat laatste geval lijkt alles bij het oude te blijven. Wellicht dat de schuldenaar alsnog nakomt, of toch wanprestatie pleegt of ondertussen door overmacht bevrijd wordt.

Maar kan de schuldeiser altijd opteren voor wederzijdse nakoming zonder zich te bekommeren om de gevolgen voor de schuldenaar?

A verhuurt ruimte op reclameborden aan B. B deelt mede de reclame niet meer te wensen en zegt niet te zullen betalen. A plaatst de reclame toch op de borden en vordert van B de overeengekomen prijs. Had A zich op art. 6.1.8.5 lid 1 sub c behoren te beroepen waardoor de schade beperkt kon worden?

In het Amerikaanse recht zal A's vordering tot nakoming waarschijnlijk worden afgewezen. Daar geldt ook bij de vraag of men zich op anticipatory breach behoort te beroepen de regel dat de schuldeiser niet die

11) Vgl. F.J.A. van der Velden, De eenvormige koopwetten van 1964, 1979, pag. 172 (t.a.v. art. 76 LUVI).

12) Vgl. TM en MvA art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 277 en 280-281, Het lijkt redelijk om de schuldeiser een termijn te gunnen zijn positie te bepalen. Vgl. H. Struik, AA 1983, pag. 703. De schuldenaar kan de schuldeiser krachtens art. 6.1.8.13 dwingen binnen een redelijke termijn te kiezen.

schade, die hij door redelijk te handelen had kunnen vermijden, op zijn debiteur mag verhalen. Hem komt slechts vergoeding van zijn positief belang toe: "(t)he work may be useless to the defendant, and yet he would be forced to pay the full contract price. On the other hand, the plaintiff is primarily interested in the profit he will make out of the contract. If he receives this, it should be equally advantageous for him to use his time otherwise".¹³⁾

De Engelse House of Lords daarentegen wees in bovenstaande casus de vordering toe, onder meer omdat niet was komen vast te staan dat de schuldeiser "had no legitimate interest, financial or otherwise, in performing the contract rather than claiming damages."¹⁴⁾ Want waarom zou de schuldeiser verplicht zijn zich iets aan te trekken van de anticipatory breach van zijn schuldenaar? Slechts als hij *volstrekt* onredelijk handelt door voor nakoming te kiezen moet hem een halt worden toegeeroepen.¹⁵⁾ Hoe de Nederlandse rechter de knoop zal doorhakken valt slechts te gissen. Kan men, zoals in het Amerikaanse recht, ook hier de schadebeperkingsplicht (art. 6.1.9.6) van toepassing achten? Naar Nederlands Recht geldt dat de schuldeiser geen maatregelen hoeft te treffen om de schade te beperken als ook de schuldenaar daartoe in staat is, bijvoorbeeld door gewoon na te komen. Soms wordt deze regel echter gekwalificeerd: zij zou alleen gelden als

13) Williston, a.w., § 1301, zie ook Corbin, a.w., § 983; J.J. White & P.S. Summers, Uniform Commercial Code, 2e druk, 1980, pag. 247-252.

14) Lord Reid in *White and Carter (Councils) Ltd v. Mac Gregor* [1961], 3 ALL ER 1178, [1962] AC 413, [1961]2 WLR 17.

15) Bijvoorbeeld door zo zijn wederpartij te dwingen \$ 2.000.000 te spenderen aan de reparatie van een schip, dat in herstelde staat slechts \$ 1.000.000 waard zou zijn, en onderwijl \$ 46.000 per maand aan huur van het schip te toucheren: *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.m.b.H.* (The Puerto Buitrago), (CA) [1976], 1 Lloyds Rep. 250. Zie ook *Clea Shipping Corporation v. Bulk Oil International* (The Alaskan Trader), (QBD) [1984], 1 ALL ER 129.

het onder deze omstandigheden voor de schuldeiser "min of meer bezwarend" zou zijn maatregelen te treffen.¹⁶⁾

In ieder geval kan met de Engelse rechter worden gesteld dat *apert* onredelijk handelen een contractant niet is toegestaan; vgl. art. 6.5.3.1 lid 2: de schuldeiser kan geen nakoming eisen voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het schijnt mij daarom toe dat de schuldeiser inderdaad soms verplicht kan worden van art. 6.1.8.5 gebruik te maken. Namelijk dan, als dat voor hem niet (min of meer) bezwarend zou zijn omdat vergoeding van zijn positief belang voor hem voldoende moet worden geacht, terwijl de schuldenaar door wederzijdse nakoming met een kostbare en voor hem nutteloos geworden prestatie zou worden opgescheept. Overigens zal deze problematiek slechts in enkele gevallen een rol kunnen spelen. De schuldeiser heeft in het algemeen het volste recht wederzijdse nakoming te verlangen. Anderzijds is de schuldenaar niet tot nakoming gehouden als dit door overmacht onmogelijk zal zijn. Ook kan de schuldeiser zijn recht op nakoming verspelen door niet tijdig op een termijnstelling ex art. 6.1.8.13 te reageren.

4. Criteria voor schadeberekening

Besluit de schuldeiser tot actie, dan geeft art. 6.1.8.5 lid 1 hem de bevoegdheid de gevolgen van niet-nakoming vervroegd te laten intreden. Daartoe behoren onder meer de mogelijkheid om ontbinding en/of schadevergoeding te vorderen. Verzuim, dat krachtens art. 6.1.8.6

16) Zie o.a. HR 30-4-1926, NJ 1926, 835 (P.S.), HR 24-4-1931, NJ 1931, 1321 (E.M.M.); HR 9-5-1986, RvdW 1986, 94; Asser-Rutten-Hartkamp I, no. 453; Asser-Rutten I, 6e druk 1981, pag. 221; Hofmann-Van Opstall, a.w., pag. 240; A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht 1965, no. 279. Scholten, Meijers, Rutten en Hartkamp kwalificeren de regel als in de tekst weergegeven. Van der Velden, a.w. pag. 197, stelt dat het anticiperend gebruik van het recht van ontbinding ex art. 76 LUVI vereist kan zijn als schadebeperkende maatregel in de zin van art. 88 LUVI.

eerst met of na het moment van opeisbaarheid kan bestaan, is hiervoor niet vereist.¹⁷⁾ Art. 6.1.8.5 lid 2 brengt een beperking aan op het eerste lid: voor de verschuldigdheid van verdragings schade (art. 6.1.8.10a) en voor de risico-omslag bij verzuim van de schuldenaar (art. 6.1.8.10) blijft het tijdstip van opeisbaarheid gelden.

Vooraf bij de berekening van vervangende en/of aanvullende schadevergoeding kunnen problemen ontstaan. Volgens de Toelichting¹⁸⁾ moet hierbij rekening worden gehouden met het feit dat de schuldeiser de prestatie pas bij opeisbaarheid daarvan zou hebben verkregen en moeten moeilijkheden bij de berekening opgelost worden aan de hand van art. 6.1.9.10 (begroting van toekomstige schade). Die moeilijkheden zullen in de praktijk wel meevallen. De schuldeiser moet toch lang voor de vervaldag een beroep op art. 6.1.8.5 hebben gedaan, wil de rechter genoodzaakt zijn de schade vast te stellen voordat deze is aangebroken.

Het tijdstip van opeisbaarheid wordt als criterium soms verdrongen: de schuldeiser zal "in het algemeen het recht hebben, een vervangende prestatie van een derde te bedingen en de kosten van dit zgn. indekken als schadevergoeding aan zijn wederpartij in rekening te brengen."¹⁹⁾ Art. 7.1.7.2 bepaalt dit uitdrukkelijk voor de koopovereenkomst. Daarbuiten zal analoge toepassing via art. 6.1.9.3 m.i. regel moeten zijn. Dit volgt uit de ruime formulering van de Toelichting en de strekking van art. 6.1.8.5. Immers de schuldeiser moet zich niet alleen tijdig, maar ook veilig kunnen indekken. Zou niet het moment van indekken maar het moment van opeisbaarheid als peildatum

17) M.M. Olthof, *Capita NBW*, 1982, pag. 253, 262; H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het NBW*, 1979, pag. 169.

18) TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 276.

19) TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 277. Vergelijkbare criteria worden in het Engelse recht, zie o.a. Chitty, a.w. §§ 4333, 4342, en het Amerikaanse recht, zie o.a. White & Summers, a.w., pag. 216-222, 242-247, 264-273 gehanteerd. In de VS wordt o.g.v. UCC 2-713(1) ook wel het tijdstip van de repudiation als peildatum gekozen.

worden genomen, dan zou een kanselment²⁰⁾ de omvang van de schadevergoeding gaan bepalen. Er is echter geen reden de schuldeiser het risico van een dalende markt te laten dragen, of het voordeel van een stijgende markt te gunnen, als indekken een redelijke handeling is en compensatie het (primaire) doel van schadevergoeding.

Art. 6.1.8.5 lid 2 bepaalt dat de risico-omslag van art. 6.1.8.10 (zie boven) pas kan intreden met of na het oorspronkelijke tijdstip van opeisbaarheid. De schuldenaar kan zich dus ook op overmacht beroepen nadat hij heeft geweigerd na te komen of nakoming onmogelijk heeft gemaakt. Als de schuldeiser de overeenkomst dan nog niet ontbonden heeft ligt deze regel voor de hand.²¹⁾ Maar uit de formulering van het tweede lid moet worden afgeleid dat dit ook geldt als de schuldeiser de overeenkomst reeds ontbonden heeft. Blijkbaar speelt hier weer het uitgangspunt dat voor de berekening van de schade rekening moet worden gehouden met het feit dat de prestatie pas op de vervaldag opeisbaar zou zijn.

5. Conclusie

Met de bevoegdheid om buiten rechte een overeenkomst te ontbinden geeft art. 6.1.8.5 de schuldeiser tot op heden onbekende mogelijkheden om zijn rechten veilig te stellen. Dat art. 6.1.8.5 limitatief de gevallen opsomt waarin het vereiste van opeisbaarheid kan worden geëcarteerd lijkt vooralsnog geen nadeel. Nu de wet voor het eerst de mogelijkheid om bij elke verbintenis uitzonderingen op dit vereiste te maken uitdrukkelijk zal erkennen, kan juist de door het NBW betrachtte voorzichtigheid worden toegejuicht.

20) Terecht keert C.A. Streefkerk, Kwartaalbericht NBW, 1985, pag. 132, zich tegen de stelling van G.J.P. de Vries, a.w., pag. 70, dat in de gevallen van art. 6.1.8.5 lid 1 sub b en c ook bij dekkingskoop het moment van opeisbaarheid peildatum zou moeten zijn.

21) De TM en MvA bij art. 6.1.8.5 schijnen ook van deze situatie uit te gaan. Zie PG Boek 6, p. 277 en 282.

Want ook al is de regeling wat dit betreft beperkt van strekking, zij vormt in haar huidige vorm voldoende stof tot nadenken. Daarbij spelen vooral vragen omtrent het toepassingsbereik van art. 6.1.8.5 en de met schadeberekening en schadebeperking samenhangende problemen.

ART. 6.1.9.12b EN LIMITERING VAN AANSPRAKELIJKHEID

mr F.J. de Vries

1. Een beweeglijk artikel

In deze korte beschouwing staat art. 6.1.9.12b NBW centraal. Het artikel luidt als volgt:

"Opdat de aansprakelijkheid die ter zake van schade kan ontstaan niet hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt, te boven gaat, kunnen bij algemene maatregel van bestuur bedragen worden vastgesteld, waarboven de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt. Afzonderlijke bedragen kunnen worden bepaald naar gelang van onder meer de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade en de grond van de aansprakelijkheid."

Dit artikel bevat de juridische figuur die meestal met *limitering van aansprakelijkheid* wordt aangeduid. Limitering van aansprakelijkheid houdt in dat de omvang van de verplichting tot schadevergoeding beperkt is tot een in of krachtens de wet bepaalde bovengrens, veelal *limiet* of limitatiebedrag genoemd. Is de schade lager of gelijk aan de limiet, dan moet de aansprakelijke de schade volledig vergoeden. Indien de schade hoger dan de limiet is, moet de aansprakelijke de schade vergoeden tot aan het bedrag van de limiet.

Een voorbeeld: de aansprakelijkheid van de exploitant van een nucleair schip voor een nucleair ongeval is gelimiteerd tot 100 miljoen SDR's (± 265 miljoen gulden) per gebeurtenis¹⁾. Als een

1) art. 3 lid 1 van de wet aansprakelijkheid exploitanten nucleaire schepen (wet van 24 oktober 1973, Stb 536) j^o art. 1 wet omrekening in goud uitgedrukte rekeneenheden (wet van 15 mei 1981, Stb 295, vgl. art.1 sub d van het bij de laatste wet behorende KB van 19 januari 1982, Stb 5). Er varen geen nucleaire schepen onder Nederlandse vlag, waardoor de kans gelukkig groot is, dat dit slechts een academisch voorbeeld is.

nucleair incident op zo'n schip schade van f 300 miljoen zou veroorzaken, kan de exploitant zich van zijn aansprakelijkheid bevrijden door f 265 miljoen te betalen. In dit soort gevallen zijn er bijna altijd vele schuldeisers, zodat de exploitant het bedrag aan de gehele groep van schuldeisers ter beschikking moet stellen.

Gelimiteerde aansprakelijkheid is het spiegelbeeld van de franchise. Een beelddraak uit de huiselijke sfeer, die in dit verband wel eens gebruikt wordt, verduidelijkt dit het beste. Door onze zuiderburen wordt limitering soms *plafonnering* van aansprakelijkheid genoemd²⁾. En ook in de Verenigde Staten spreekt men regelmatig over "ceilings on damages". De schadevergoeding kan nooit boven het plafond uitstijgen. Een franchise is juist een financiële *drempel*, bedoeld om al te veel procedures met slechts een betrekkelijk gering belang te voorkomen. Art. 1407e lid 1 sub b van het wetsontwerp produktenaansprakelijkheid³⁾ kent een franchise van f 1.263,85 (= 500 Ecu) voor door een produkt veroorzaakte zaakschade: is de zaakschade lager, dan is de producent niet aansprakelijk; is de schade hoger, dan is de producent voor het geheel aansprakelijk.

Hoewel limitering van aansprakelijkheid een al eeuwen oud fenomeen is, speciaal in het vervoersrecht⁴⁾, was het toch wel een verrassing, toen in 1962 bleek dat het groene boek 6 een zeer algemeen luidende limiteringsbepaling voor weliswaar toen nog slechts buitencontractuele risico-aansprakelijkheden bevatte. In het huidige aansprakelijkheidsrecht waren (en zijn) namelijk bijna alle aansprakelijkheden buiten het vervoersrecht ongelimiteerd⁵⁾. Alleen op het gebied van het

2) Zittingsdocumenten Europees Parlement 351/79, blz. 16.

3) Kamerstuk 19.636 (Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken) vgl. nr 3 (MvT II) blz. 11.

4) zie voor kort overzicht van de geschiedenis van de gelimiteerde redersaansprakelijkheid R. Cleton, Beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen, in: Zeerecht, ontwikkelingen 1982-1985, Zwolle 1985, blz. 1-5.

5) de gelimiteerde aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van een motorrijtuig voor buiten zijn schuld toegebrachte zaakschade aan een voetganger of fietser (zie art. 31 lid 5 WVW) is in wezen ook een vervoersaansprakelijkheid.

nucleaire recht werd toen op internationaal niveau al onderhandeld over gelimiteerde aansprakelijkheid⁶⁾.

In art. 6.3.17 lid 2 van het groene boek werd aan het bestuur de bevoegdheid gedelegeerd om d  r waar onbepaalde *risico-aansprakelijkheid* onverzekerbaar was, deze te limiteren tot een redelijkerwijs verzekerbaar bedrag. De gedachte hierachter was, dat het opleggen van risico-aansprakelijkheid alleen d  n gerechtvaardigd is, *voor zover* zij volledig door een aansprakelijkheidsverzekering kan worden gedekt⁷⁾. Om sneller met veranderingen op de verzekeringsmarkt rekening te kunnen houden, werd de bevoegdheid tot limitering aan het bestuur gedelegeerd.

Zoals bekend werd titel 6.3 bij het gewijzigde ontwerp van boek 6 in twee afdelingen gesplitst. Omdat de risico-aansprakelijkheden in de tweede afdeling zijn geplaatst, vond de limiteringsbepaling daar ook haar plaats, en wel in art. 6.3.2.12. Op de plaats stond zij nog steeds toen boek 6 bij wet van 9 mei 1980, Stb 432 werd vastgesteld.

Inmiddels is door de regering in de invoeringswet voorgesteld de limiteringsbepaling te verplaatsen naar art. 6.1.9.12b. Met deze verplaatsing wordt beoogd de aan het bestuur gedelegeerde bevoegdheid tot aansprakelijkheidslimitering uit te breiden tot *alle* gevallen waar aansprakelijkheid onverzekerbaar is, al dan niet gebaseerd op een overeenkomst en al dan niet gebaseerd op schuld⁸⁾.

Deze dubbele verplaatsing compliceert de bestudering van deze bepaling een beetje. De verhuizing naar art. 6.1.9.12b heeft in de tweede kamer geen kritiek ontmoet, dus nieuwe bewegingen hoeven we niet te verwachten. Op dit artikelnummer moeten we ons echter ook niet te veel richten, want uiteindelijk zullen de artikelen van boek 6 doorgenummerd worden.

6) zie het op 29 juli 1960 te Parijs gesloten verdrag over de aansprakelijkheid op het gebied van kernenergie (Trb 1961, 27) en het aanvullende verdrag van Brussel van 31 januari 1963 (Trb 1963,191).

7) PG Boek 6 blz. 770.

8) Invoeringswet NBW 5e gedeelte, kamerstuk 17.541 (IW 5) nr. 3 (MvT II) blz. 35-36.

2. Aansprakelijkheid en verzekeraarbaarheid

De overwegingen in de parlementaire geschiedenis bij art. 6.1.9.12b over de ratio van limitering zijn wegens het principiële karakter beslist een nadere analyse waard. Hierboven is al even aan de orde gekomen, dat limitering aanvankelijk slechts voorgesteld werd bij buiten-contractuele risico-aansprakelijkheden. In de toelichting bij, toen nog, art. 6.3.17 lid 2 komt heel duidelijk naar voren, wat volgens de ontwerpers de ratio van deze bepaling is:

"In vele gevallen van risico-aansprakelijkheid weigeren de assuradeuren een aansprakelijkheidsverzekering voor een ongelimiteerd bedrag af te sluiten, omdat zij oncalculeerbare risico's niet op zich willen nemen en omdat zij een verzekering voor een onbepaald bedrag niet verantwoord achten tegenover de andere verzekerden. Aangezien men echter in vele gevallen een verplaatsing van de schade van de benadeelde naar een ander, aan wie evenmin iets te verwijten valt, alleen verdedigbaar acht, voor zover de ander zich tegen dit risico kan decken door het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering, is daarvan de consequentie dat in die gevallen de aansprakelijkheid buiten schuld op zodanige wijze gelimiteerd moet worden dat zij redelijkerwijs te verzekeren valt."⁹⁾

In deze passage kunnen twee stellingen onderscheiden worden. De eerste is, dat in "vele gevallen" van risico-aansprakelijkheid verzekeraars wegens de oncalculeerbare risico's geen ongelimiteerde verzekeringsdekking aanbieden. Dat is weliswaar juist, maar niet alleen juist voor de risico-aansprakelijkheden. Ook bij de op schuld gebaseerde aansprakelijkheden bevatten de meeste verzekeringen een limiet. Zelfs al biedt een verzekeraar een polis aan met een ongelimiteerde dekking, dan nog is vaak een aantal moeilijk calculeerbare schadeoorzaken uitgesloten en de dekking uiteindelijk begrensd door de omvang van het vermogen van die verzekeraar eventueel aangevuld met de beschikbare herverzekeringsdekking¹⁰⁾. Dit argument op zich zelf beschouwd kan dus geen rechtvaardiging voor limitering van risico-aansprakelijkheid

9) PG Boek 6 blz. 770.

10) A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, Matigingsbevoegdheid, aansprakelijkheidsbeperking, en -verzekering. Verzekeringsarchief 1965, blz. 58, 82.

zijn. Het dient ook meer als inleiding op de tweede, meer principiële stelling.

Deze tweede stelling, die inhoudt dat risico-aansprakelijkheid alleen verdedigbaar is *voor zover* zij redelijkerwijs door aansprakelijkheidsverzekering gedekt kan worden, gaat eigenlijk vrij ver. De band tussen aansprakelijkheid en verzekering is hier bijzonder sterk. Verzekering is op deze manier uitgegroeid tot een voorwaarde voor risico-aansprakelijkheid. Slechts voor zover het risico van aansprakelijkheid gespreid, "geatomiseerd", kan worden tussen anderen die ook een aansprakelijkheidsverzekering hebben gesloten, is zij verdedigbaar. Deze koppeling van verzekering aan aansprakelijkheid was op dat moment nieuw voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Sporadisch vindt men in de oudere literatuur wel voorstellen over limitering van aansprakelijkheid, ook buiten het vervoersrecht, maar die voorstellen zijn niet zozeer gedaan om de aansprakelijkheid verzekerbaar te houden, als wel om haar tot calculeerbare proporties te beperken¹¹⁾. Het is zeer waarschijnlijk dat de ontwerpers zich hebben laten inspireren door het Duitse recht. Dit blijkt met name uit een verwijzing in de memorie van toelichting naar een publicatie van Gerd Rinck uit 1959, getiteld "Gefährdungshaftung"¹²⁾. De ruimte is er hier niet om uitgebreid stil te staan bij het Duitse recht. Heel in het kort gezegd, zijn in Duitsland de meeste vormen van Gefährdungshaftung ("risico"aansprakelijkheid gebaseerd op gevaarverhoging) gelimiteerd. Eén van de belangrijkste argumenten, die dienden ter rechtvaardiging van limitering, was inderdaad dat alleen zo de aansprakelijkheid überhaupt verzekerd kon worden¹³⁾. De kritiek op deze "Haftungshöchstbeträge" is in Duitsland de laatste jaren enorm toegenomen¹⁴⁾. De meest gehoorde bezwaren zijn, (1) dat het onrechtvaardig is een

11) vgl. PG Boek 6 blz. 733-735; J.H. Beekhuis, Rechterlijke matiging bij de actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, oratie Groningen 1939, blz. 14-16. H. Drion, Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, oratie Rotterdam 1955 in: Geschriften van H. Drion, Deventer 1982, blz. 53, 64.

12) Göttingen 1959, zie PG Boek 6 blz. 770.

13) Zie Rinck a.w. blz. 24.

14) vgl. Hein Kötz, Gefährdungshaftung, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Deel II, Köln 1981, blz. 1779, 1825.

slachtoffer tot subsidiënt tegen wil en dank van de gevaarlijke activiteit te maken door hem de top van zijn schade niet te vergoeden, (2) dat in vele gevallen praktisch ongelimiteerde aansprakelijkheidsverzekeringen wel degelijk verkrijgbaar zijn en (3) dat de limieten meestal hopeloos laat aan de veranderde levensstandaard en de inflatie aangepast worden¹⁵⁾.

3. Een gebeurtenis

Uiteindelijk is de limiteringsbepaling in art. 6.1.9.12b terecht gekomen. Limitering van aansprakelijkheid zal straks mogelijk zijn ten aanzien van alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoedingen, dus ook degene die zijn ontstaan uit wanprestatie of een op art. 6.3.1.1 gebaseerde onrechtmatige daad. De verandering van standpunt wordt als volgt toegelicht:

"Een rationele wijze van limitering kan (...) meebrengen dat één limiet wordt vastgesteld voor de vorderingen van allen jegens wie door een bepaalde gebeurtenis aansprakelijkheid is ontstaan, zonder te onderscheiden naar de verschillende in aanmerking komende aansprakelijkheidsgronden. Op deze wijze kan tevens worden voorkomen dat allerlei lastige afgrenzingsproblemen tussen verschillende aansprakelijkheidsgronden, die boek 6 zoveel mogelijk heeft trachten te vermijden in het kader van de limitering terugkeren."¹⁶⁾

Het is een gelukkige beslissing van de minister geweest de koppeling tussen limitering en *risico*-aansprakelijkheid te laten vallen. De grens tussen schuld en risico is in de praktijk vaak uiterst moeilijk te trekken, al helemaal als de bewijslast ten aanzien van de schuld is omgekeerd. Bovendien staan niet alle op het risico-element gebaseerde aansprakelijkheden in afd. 6.3.2, maar ook in afd. 6.3.1 (vgl. artt. 6.3.1.1 lid 3, 6.3.1.2b en 6.3.1.5) en afd. 6.1.8 (6.1.8.2-3a)¹⁷⁾. Door de verruiming van de mogelijkheid tot limitering wordt iedere twist over de grondslag van de aansprakelijkheid in dit verband de pas

15) Het meest uitgebreid is hierover Michael R. Will, *Quellen erhöhter Gefahr*, München 1980, blz. 305-328.

16) IW 5 nr. 3 (MvT II) blz. 35.

17) IW 5 nr. 3 (MvT II) blz. 35.

afgesneden. Uit de laatste zin van art. 6.1.9.12b ("Afzonderlijke bedragen kunnen worden bepaald naar gelang van onder meer de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade en de grond van de aansprakelijkheid") blijkt, dat de aansprakelijkheidsgrond nog wel een rol op het tweede plan speelt. Een amvb die in de toekomst art. 6.1.9.12b moet concretiseren, zou een bepaling kunnen (en m.i. ook moeten) bevatten, die het beroep op limitering doet vervallen bij zwaardere vormen van schuld, zoals opzet en bewuste roekeloosheid¹⁸⁾.

In de nieuwe opzet is de limiet gerelateerd aan een *gebeurtenis*. Dit betekent een verdere afstemming van het wettelijke régime op de gebruikelijke aansprakelijkheidsverzekeringen, waar de verzekerde som ook gerelateerd is aan een gebeurtenis¹⁹⁾. Indien gevreesd wordt, dat een bepaalde gebeurtenis zoveel schade kan veroorzaken, dat de uit de gebeurtenis voortvloeiende aansprakelijkheid redelijkerwijs niet meer door verzekering gedekt kan worden, dan is het mogelijk één limiet vast te stellen, waardoor alle vorderingen, die naar aanleiding van die gebeurtenis zijn ontstaan, worden bestreken.

Hoewel er in het dogmatische en systematische vlak vooruitgang is geboekt, is er in praktische zin een groot probleem bij gekomen: aan wat voor een soort gebeurtenis moeten we nu denken? Waarschijnlijk niet aan het in het verkeer brengen van een gebrekkig produkt. Gebonden door de EG-richtlijn produktenaansprakelijkheid aan een keuze tussen ongelimiteerde of nauwelijks gelimiteerde aansprakelijkheid voor *personenschade* heeft de Nederlandse regering voorgesteld de eerste optie te kiezen²⁰⁾. Limitering van produktenaansprakelijkheid op grond van art. 6.1.9.12b lijkt daarom voorlopig een gepasseerd station.

In de toelichting bij art. 6.1.9.12b wordt een ernstige ontplof-fing genoemd als voorbeeld van een gebeurtenis, waar limitering van de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid wenselijk zou kunnen zijn²¹⁾.

18) IW 5 nr. 3 (MvT II) blz. 35.

19) Zie hierover J.H.Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Zwolle 1987, blz. 104-114.

20) Kamerstuk 19636 nr. 3 (MvT II) blz. 5-6.

21) IW 5 nr. 3 (MvT II) blz. 35.

In dit verband wil ik heel in het kort wijzen op het tweede lid van het veelbesproken art. 15 van de wet bodembescherming²²⁾. In art. 15 lid 1 wordt de bevoegdheid tot het vaststellen van risico-aansprakelijkheid voor, kort gezegd, milieuverontreinigende *handelingen* aan het bestuur gedelegeerd. Indien er nu een amvb afgekondigd wordt, waarin deze aansprakelijkheid is neergelegd, dan *moet* zij op grond van art. 15 lid 2 een bedrag noemen, tot waar de aansprakelijkheid ten hoogste geldt. Aan deze risico-aansprakelijkheid is dus verplicht een limiet gekoppeld. Ter rechtvaardiging van deze limitering wordt in de parlementaire geschiedenis bij art. 15 een beroep gedaan op de wenselijkheid de milieu-aansprakelijkheid binnen verzekerbare grenzen te houden²³⁾.

Door de preadviezen voor de NJV van 1987 is de aansprakelijkheids-limitering voor beoefenaren van vrije beroepen sterk in de belangstelling komen te staan²⁴⁾. De kans, dat een notaris, advocaat of accountant een fout kan maken, die hem confronteert met een schadeclaim die ver boven het verzekerde bedrag uitschiet, is beslist niet meer denkbeeldig. Beide preadviseurs stelden voor van art. 6.1.9.12b gebruik te maken om deze beroepsaansprakelijkheid te limiteren²⁵⁾.

Naast de vragen voor welke gebeurtenissen limitering gewenst is en hoe het begrip gebeurtenis nader bepaald moet worden, is er het probleem waar de grens tussen het verzekerbare en het onverzekerbare ligt. Het is onwaarschijnlijk dat de opsteller van de amvb *zelf* deze grens voor bepaalde gebeurtenissen berekent aan de hand van door verzekeraars gehanteerde criteria als onafhankelijkheid van de risico's, maximum probable loss, moreel risico e.d.²⁶⁾. Veel belangrijker zal zijn "welke limieten verzekeraars thans in hun polissen, krachtens welke de betreffende aansprakelijkheden plegen te worden verzekerd, ten aanzien

22) Wet van 1 juli 1986, Stb 374.

23) Kamerstuk 16 529 nr. 61a (MvA I) blz. 13.

24) F.H.A. Arisz en J.G.C. Kamphuisen. Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen?, preadviezen NJV 1987.

25) F.H.A. Arisz, a.w. blz. 54-57; J.G.C. Kamphuisen, a.w. blz. 93-96.

26) Zie hierover: Baruch Berliner, *Limits of insurability of risks*, Englewoods Cliffs, N.J., 1982.

van de door de verzekeraar uit te keren schade plegen op te nemen."²⁷⁾ Dit betekent, dat grenzen van de aansprakelijkheid in feite door de aansprakelijkheidverzekeraars getrokken worden, een rechtsvormende taak die voor hen nieuw is.

Afzonderlijke bedragen kunnen vastgesteld worden naar gelang van de schade. Men zou bijvoorbeeld letselschade niet kunnen limiteren en zaakschade wel, of de eerste minder stringent dan de tweede. In het zeerecht komen dergelijke differentiëringen regelmatig voor²⁸⁾. En in de Verenigde Staten heeft men van limitering van *smartegeld* en punitive damages zeer hoge verwachtingen in de strijd tegen de daar heersende verzekeringscrisis: "A limitation on non-economic damages, (...), if properly formulated, probably is the single most effective legislative reform of tort law."²⁹⁾

4. Besluit

Als men de tekst van en de toelichting bij art. 6.1.9.12b leest, is het net alsof men kijkt naar een mooie en strakke lijst, waar het doek in ontbreekt. Het kader voor limitering is gegeven, maar de uitwerking blijft in het ongewisse. Tot twee maal toe heeft de Tweede Kamer gevraagd, hoe ver die uitwerking gevorderd was. Beide malen heeft de minister de vraag voor zich uit geschoven³⁰⁾. Na een intensievere bestudering worden de contouren niet veel duidelijker. Weliswaar is er een aantal rechtsgebieden, waarvan men hoopt dat limitering een efficiënte correctie op al te zeer expanderende aansprakelijkheid kan zijn. Toch blijkt het bijzonder moeilijk te zijn voor die gevallen een limiet vast te stellen, die niet te hoog is, en daardoor nauwelijks effect heeft, maar ook niet te laag is, en daardoor de schade op een onredelijke manier op de benadeelde afwentelt. In weerwil van dit

27) IW 5 nr. 8 (MvT II) blz. 48.

28) Zie R. Cleton, a.w. (noot 4), blz. 13-16.

29) Tort Policy Working Group, An Update on the Liability Crisis, March 1987, Washington 1987, blz. 79.

30) PG Boek 6 blz. 772; IW 5 nr. 7 (VVII) blz. 12 en nr. 8 (MvA II) blz. 48.

praktische probleem heeft de gedachte, dat iemand die zijn aansprakelijkheid zo veel als redelijkerwijs mogelijk is, heeft verzekerd niet meer aansprakelijk is voor zover de schade boven de verzekerde som uitstijgt, veel aantrekkingskracht.

ART. 6.1.10.18 NBW : EEN BEPALING OM REKENING MEE TE HOUDEN

mr W.A.K. Rank

1. Inleiding

Moeten, om welke reden dan ook, geldvorderingen en -schulden tussen twee partijen in één rekening worden opgenomen, dan rijst de vraag welke juridische consequenties een dergelijke exercitie met zich meebrengt.

De ontwerpers van het NBW zijn deze vraag niet uit de weg gegaan en hebben haar in art. 6.1.10.18 ampeel beantwoord.

In het onderstaande zal per lid worden gezien wat art. 6.1.10.18 nu precies behelst en tevens wat daarenboven nog uit het artikel kan worden afgeleid. De vraag of de bepaling wel in ieder opzicht geslaagd mag heten blijft bij dit alles zorgvuldig buiten beschouwing.

2. Art. 6.1.10.18 lid 1

Art. 6.1.10.18 lid 1 bepaalt dat, indien krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldvorderingen en -schulden tussen twee partijen in één rekening moeten worden opgenomen, deze vorderingen en schulden, in de volgorde waarin partijen volgens de voorgaande artikelen van de afdeling of krachtens hun onderlinge rechtsverhouding tot verrekening bevoegd worden, dadelijk van rechtswege worden verrekend, zonder dat art. 6.1.10.15 daarbij te pas komt, en dat op ieder tijdstip alleen het saldo is verschuldigd.

In de eerste plaats brengt dit lid luid en duidelijk tot uitdrukking dat boeking in rekening-courant tot verrekening moet leiden en dat daarvoor voldoende is dat vordering en schuld in de rekening thuishoren en dat één der partijen volgens de artt. 6.1.10.4 e.v. of krachtens de tussen hem en zijn wederpartij vigerende rechtsrelatie

tot verrekening bevoegd is¹⁾. De eis van unilaterale verrekeningsbevoegdheid impliceert dat vordering en schuld niet over en weer opeisbaar behoeven te zijn. Noodzakelijk en tevens voldoende is dat één van beide partijen zowel tot betaling van zijn schuld als tot het afdwingen van betaling van zijn vordering is gerechtigd²⁾. De verwijzing naar de rechtsverhouding van partijen voorziet in het geval dat partijen zijn overeengekomen dat niet voor verrekening vatbare posten toch in de rekening-courant mogen worden opgenomen³⁾.

In de tweede plaats poneert de bepaling niet zonder nadruk dat de hier bedoelde verrekening een doorlopend karakter heeft en dat op ieder moment alleen haar resultante is verschuldigd⁴⁾. Wanneer dus rente moet worden berekend, een beslag wordt gelegd of het faillissement van een der partijen wordt uitgesproken, geldt dit saldo als het verschuldigde bedrag en komen posten die al eerder tegen elkaar zijn weggevallen niet meer in aanmerking⁵⁾.

In de derde plaats geeft de regel uitdrukkelijk aan dat de verrekening in kwestie geschiedt naar anciënniteit, en niet volgens de gewone imputatieregels van de artt. 6.1.6.13 en 6.1.6.14⁶⁾. Deze oplossing voorkomt dat een eenmaal verrekende vordering later weer herleeft doordat op dat moment een meer bezwarende of vroeger ontstane vordering voor verrekening vatbaar wordt⁷⁾.

In de vierde en laatste plaats decreteert de wettekst expliciet dat de hier bedoelde verrekening plaatsvindt zonder dat daartoe een verklaring nodig is⁸⁾. Vordering en schuld worden als het ware

-
- 1) Inv. wet Boeken 3-6 NBW, Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 3, blz. 36
 - 2) Een en ander sluit aan bij wat partijen in de praktijk in de regel voor ogen staat. Men zie F.H.J. Mijnsen, De rekening-courantverhouding, Zwolle 1979, blz. 35 en R.E. de Rooy, WPNR 5520, blz. 377.
 - 3) Inv. wet Boeken 3-6 NBW, Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 3, blz. 36. Vergelijk F.H.J. Mijnsen, o.c., blz. 33-34.
 - 4) TM bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 518.
 - 5) TM bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 518.
 - 6) TM bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 518, M.v.A. bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk. 6, blz. 520, Inv. wet Boeken 3-6 NBW, Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 3, blz. 36-37.
 - 7) TM bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 518.
 - 8) TM bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 517.

stilzwijgend met elkaar verrekenend, ongeacht en dus soms tegen de wil van de verrekeningsbevoegde⁹⁾.

3. Art. 6.1.10.18 lid 2

Het tweede lid van art. 6.1.10.18 bepaalt dat de partij die de rekening bijhoudt deze jaarlijks afsluit en het op dat tijdstip verschuldigde saldo meedeelt aan de wederpartij met opgave van de aan deze nog niet eerder medegedeelde posten waaruit het is samengesteld.

Dit lid verplicht de administrerende partij de rekening periodiek af te sluiten en het alsdan verschuldigde saldo aan de wederpartij te verantwoorden, een en ander onder opgave van de nog niet eerder vermelde posten, opdat de samenstelling van het saldo door de wederpartij kan worden gecontroleerd. Het tijdvak van een jaar stemt overeen met dat , gekozen voor de vergelijkbare verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording in de artt. 1:359 lid 1 en 3.6.1.8 lid 1¹⁰⁾.

4. Art. 6.1.10.18 lid 3

Art. 6.1.10.18 lid 3 bepaalt dat indien de wederpartij niet binnen redelijke tijd tegen het ingevolge het vorige lid medegedeelde saldo protesteert, dit saldo als tussen partijen vastgesteld geldt.

Dit lid beoogt niets anders te zeggen dan dat wie niet tijdig tegen een jaarlijkse saldo-afsluiting protesteert, wordt geacht een vaststellingsovereenkomst te hebben gesloten. De tekst verwijst naar art. 7.15.11 lid 1, volgens welke bepaling op een vaststelling die niet zijn grond vindt in een overeenkomst, de bepalingen van titel 7.15 van overeenkomstige toepassing zijn¹¹⁾.

5. Art. 6.1.10.18 lid 4

9) Vergelijk F.H.J. Mijnsen, o.c., blz. 35.

10) M.v.A. bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 521.

11) M.v.A. bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 521.

Het vierde lid van art. 6.1.10.18 bepaalt in zijn eerste volzin dat na vaststelling van het saldo ten aanzien van de afzonderlijke posten geen beroep meer kan worden gedaan op het intreden van verjaring of op het verstrijken van een vervaltermijn. De tweede volzin voegt daaraan toe dat de rechtsvordering tot betaling van het saldo verjaart door verloop van vijf jaren na de dag, volgende op die waarop de rekening is geëindigd en het saldo opeisbaar is geworden.

In de eerste plaats stelt dit lid buiten twijfel dat de in het saldo begrepen, nog niet verrekenende vorderingen in het algemeen als zodanig blijven voortbestaan, met alle daaraan verbonden nevenrechten en verweermiddelen, of, anders gezegd, dat deze posten als regel niet worden genoveerd, noch door de boeking in de rekening, noch door de saldovaststelling¹²⁾. Weliswaar zegt de bepaling dit niet met zoveel woorden, maar een en ander ligt, zij het a contrario, onmiskenbaar in de tekst besloten¹³⁾.

In de tweede plaats brengt de bepaling tot uitdrukking dat de saldovaststelling voor wat betreft de aan de afzonderlijke posten verbonden verval- en verjaringstermijnen toch een zekere noverende werking bezit, en wel in die zin dat na haar totstandkoming op het verstrijken van deze termijnen geen beroep meer is te doen¹⁴⁾. Een en ander voorkomt dat zich door het verloop van de desbetreffende limieten later alsnog een verandering in het saldo zou kunnen voordoen¹⁵⁾.

In de derde en laatste plaats geeft de bepaling ook nog aan welke verjaring op de rechtsvordering tot opeising van het saldo van toepassing is en wanneer deze verjaring een aanvang neemt. De regel is daarbij aldus geredigeerd dat geen verjaring intreedt als het

12) Vergelijk TM bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, blz. 518.

13) Art. 6.1.10.18 lid 1 wijst in zoverre in dezelfde richting, dat deze bepaling de gevolgen van een boeking in rekening-courant uitsluitend tot verrekening beperkt.

14) Inv. wet Boeken 3-6 NBW, Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 3, blz. 37.

15) Inv. wet Boeken 3-6 NBW, Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 3, blz. 37.

verschuldigde bij het einde van de rekening nog niet terstond opeisbaar is¹⁶⁾.

6. Art. 6.1.10.18 lid 5

Art. 6.1.10.18 lid 5, tenslotte, bepaalt dat uit de tussen partijen bestaande rechtsverhouding anders kan voortvloeien dan in de vorige leden is bepaald.

Dit lid opent een ruime mogelijkheid om naar gelang van de omstandigheden van het geval afwijkingen van de hoofdregels van de voorgaande leden aan te nemen. Allereerst kan een tussen partijen bestaande overeenkomst meebrengen dat deze regels niet of niet onverkort gelden. Zo kunnen partijen bij een rekening-courantovereenkomst bijvoorbeeld vereisten die de wet stelt voor de vatbaarheid voor verrekening laten vallen. In de tweede plaats kan uit de aard van een niet op een overeenkomst steunende beheers-, bewinds- of bestuursverhouding volgen dat de wettelijke regels geen of slechts gedeeltelijke gelding hebben. Zo kan bijvoorbeeld uit de aard van een familierechtelijke relatie voortvloeien dat niet ieder jaar een opgave van het saldo kan worden geëist¹⁷⁾.

7. Slot

Te dezen einde zij erop gewezen dat art. 6.1.10.18 geen algemene regeling van de rekening-courantverhouding geeft. Het artikel bepaalt slechts wat er gebeurt als geldvorderingen en -schulden, gegeven een daartoe strekkende wet, gewoonte of rechtshandeling, tussen twee partijen in een rekening (moeten) worden opgenomen.

16) Inv. wet Boeken 3-6 NBW, Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 3, blz. 37.

17) M.v.A. bij art. 6.1.10.18, Parl. Gesch. NBW, Bk 6, Blz. 521.

ARTIKEL 6.3.1.2b lid 1 NBW: EEN ARTIKEL ZONDER TEKORTKOMING?

Mr J.J. Sturm

Inleiding

Art. 6.3.1.2b geeft een nieuwe regeling. Het dient te worden beschouwd als een aanvulling op art. 6.3.1.1, de moderne versie van art. 1401 BW. Art. 6.3.1.2b lid 1 luidt¹⁾:

"De omstandigheid dat een als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaren of ouder verricht is onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, is geen beletsel haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen."

Het huidige recht

Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad eist ons huidig Wetboek de aanwezigheid van schuld. Hiervoor is nodig dat men de dader een verwijt van zijn gedrag kan maken. Men kan zich de vraag stellen of deze verwijtbaarheid subjectief beoordeeld dient te worden (kan deze dader zijn gedrag worden verweten) of meer objectief (wat zou een normaal en redelijk mens onder deze omstandigheden hebben gedaan?)²⁾. De jurisprudentie rekt het schuldbegrip steeds verder op. Zelfs gedrag dat menselijkerwijs niet meer te verwijten valt kan schuld opleveren³⁾.

In het licht van art. 6.3.1.2b kan men twee gevallen onderscheiden. Allereerst dient men zich af te vragen of er sprake kan zijn van

-
- 1) Volgens de meest recente formulering, zie Nader Gewijzigd Voorstel van Wet, Invoeringswet boeken 3-6 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte) 17541, nr. 13, blz. 13.
 - 2) Zie omtrent deze vraag o.a. B.J. Engelen, T.P.R. 1987, blz. 796-800.
 - 3) HR 11 november 1983, NJ 1984,331 (Overstekende ree) en het commentaar hierop door W.J.G. Oosterveen, T.P.R. 1987, blz. 800-802.

schuld als de dader niet in staat is de reikwijdte van zijn handelingen te overzien; men denke aan geestelijk gestoorden en (zeer) jonge kinderen. Dezelfde vraag kan men stellen ten aanzien van personen die onder invloed van een lichamelijke tekortkoming schade hebben veroorzaakt.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van geesteszieken liepen de meningen in ons land uiteen⁴⁾. De Hoge Raad besliste echter in 1960⁵⁾:

"dat het woord "schuld" in art. 1401 BW onder meer tot uitdrukking brengt dat degene die een onrechtmatige daad heeft gepleegd tot vergoeding van de dientengevolge door anderen geleden schade niet gehouden is, indien uit hoofde van geestesziekte elke mogelijkheid om hem van zijn gedrag een verwijt te maken ontbreekt. Hieruit volgt dat art. 1401 BW geen toepassing kan vinden wanneer de dader tengevolge van geestesziekte ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handeling, alsmede wanneer hij door gelijke oorzaak buiten staat was anders te handelen dan hij gedaan heeft".

Ten aanzien van jeugdige kinderen neemt men algemeen aan dat het kind niet aansprakelijk is indien het niet tot 'schuld' in staat was. De Hoge Raad bevestigt deze regel in het Joke Stapper-arrest⁶⁾, overwegende dat

"de vraag of de overtreding van een rechtsnorm aan een jeugdig kind kan worden toegerekend, niet uitsluitend wordt bepaald door de kennis die bij dat kind t.a.v. het bestaan van die norm aanwezig is maar ook door de mate waarin het hem mogelijk is zich overeenkomstig die kennis te gedragen".

Kan het kind zich niet overeenkomstig die kennis gedragen dan is er ook geen schuld van het kind⁷⁾.

4) Zie W.C.L. van der Grinten, Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden, Preadvies uitgebracht voor de Vergadering van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap op 23 november 1968 te Nijmegen, blz. 5.

5) HR 9 december 1960, NJ 1963,1 (Jaguar I).

6) HR 9 december 1960, NJ 1967,69 (Joke Stapper).

7) Zie voor een geval waarin wel schuld van het kind werd aangenomen (vervolg voetnoot)

Concluderend meen ik te kunnen stellen dat de Hoge Raad het schuldvereiste ten aanzien van geestelijk minder ontwikkelde subjectief beoordeelt. Zij kunnen onder het huidige recht niet aansprakelijk worden gesteld indien hun tekortkoming aan de door art. 1401 vereiste aanwezigheid van schuld in de weg staat.

Ook met betrekking tot degenen die onder invloed van een lichamelijke tekortkoming schade hebben veroorzaakt neemt men aan dat schuld in het algemeen ontbreekt. Uitsluitend indien de dader zijn gebreken en zich op grond van dat gebrek niet in de gegeven situatie had mogen begeven is er reden om schuld in de zin van art. 1401 aanwezig te achten⁸⁾.

Het feit dat de daad is gepleegd onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming komt aldus in beginsel voor rekening van de benadeelde.

Naar art. 6.3.1.2b NBW

Dat niet iedereen met de bovengenoemde consequenties van de thans geldende leer gelukkig is, moge onder meer blijken uit het feit dat de Tweede Kamer in 1953 de volgende conclusie aannam:

"Schade, veroorzaakt door geestelijk gestoorden, behoort door hen te worden vergoed".

Hierbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat de bedoeling van de wetgever was

"dat de rechter vrij zou zijn om ten aanzien van een geestelijk gestoorde schadevergoeding te matigen, zodat een deel van de schade door de benadeelde geleden onvergoed zou blijven op grond van de geestesstoornis van de dader".⁹⁾

(vervolg voetnoot)

HR 28 november 1986, NJ 1987,791, waarover B.J. Engelen t.a.p. blz. 796-800.

8) Asser-Rutten III, zesde druk, Zwolle 1983, blz. 88.

9) Zie voor beide citaten de conclusie op vraagpunt 16, Hand. II (2846) Parl. Gesch. Boek 6, blz. 639-645. Vergelijk ook H. Kingma Boltjes, W.P.N.R. 4746, blz. 510.

In het Ontwerp BW van Meijers werd dit in art. 6.3.6 lid 1 als volgt vastgelegd:

"Kan een gedraging niet als een onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend wegens zijn jeugdige leeftijd of wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, dan is hij niettemin tot schadevergoeding gehouden, voor zover de billijkheid met inachtneming van alle omstandigheden zulks medebrengt."

Uit de samenhang van dit artikel met art. 6.3.1 leden 1 en 3 vloeien twee systematische veranderingen voort¹⁰⁾. Art. 6.3.1 lid 3 beperkt het schuldbegrip tot zuiver subjectieve verwijtbaarheid¹¹⁾. Daarenboven kan een onrechtmatige daad ook buiten schuld toerekenbaar zijn, indien deze te wijten is aan een oorzaak, welke krachtens de wet of de verkeersopvattingen voor rekening van de dader komt. De wet vult dit in art. 6.3.6 lid 1 aan door te bepalen dat ook in het geval van het ontbreken van schuld alsmede van een andere krachtens de verkeersopvattingen voor rekening van de dader komende oorzaak, aansprakelijkheid kan bestaan en wel op grond van de billijkheid¹²⁾.

Van der Grinten voert twee bezwaren aan tegen de gekozen oplossing. Ten eerste het feit dat duister is welke factoren het billijkheidsoordeel zouden moeten bepalen, ten tweede dat indien zulke factoren worden vastgesteld de waardering daarvan niet duidelijk is. Hij pleit vóór aanvaarding van de aansprakelijkheid van de geestelijk gestoorde onder meer op grond van het feit dat de contouren van de

10) De tekst van art. 6.3.1 leden 1 en 3 stemt letterlijk overeen met de thans voorgestelde tekst van art. 6.3.1.1 leden 1 en 3.

11) Dit i.t.t. het in noot 3 aangehaalde arrest; vergelijk tevens T.M. bij art. 6.3.1, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 619 en Eindverslag I bij art. 6.3.1.1, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 628.

12) Het feit dat de wetgever een aparte bepaling nodig acht om de onrechtmatige daad van geestelijk gestoorde aan hen te kunnen toerekenen pleit mijns inziens tegen de suggestie van Schut, dat zij naar huidige recht mogelijk wel schuld in de zin van art. 1401 BW zouden kunnen hebben omdat de lagere recente rechtspraak niet meer eist "dan het min of meer bewuste toedoen van de dader". G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW*, 3e druk, Zwolle 1985, blz. 117 e.v..

geestelijke gestoordheid niet nauwkeurig zijn vast te stellen, alsmede dat het in overeenstemming is met het kamervotum¹³⁾.

Wellicht ten overvloede merk ik op dat niet alleen een geestelijke tekortkoming, doch ook lichamelijke gebreken en bovendien jeugdige leeftijd op grond van art. 6.3.6 geen beletsel voor de rechter meer behoeven te vormen om op grond van billijkheidsmotieven tot aansprakelijkheid te besluiten¹⁴⁾.

De thans als eindtekst voorgestelde regeling

Het systeem is als volgt samen te vatten. Zoals reeds vermeld eist art. 6.3.1.1 voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad toerekening; voorwaarde daarvoor is dat de daad te wijten is aan schuld van de dader of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Een oorzaak die krachtens de wet voor rekening van de dader komt is neergelegd in art. 6.3.1.2b, namelijk de als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaar of ouder verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming.

De beperking van de toerekening tot gedragingen die als een doen zijn te beschouwen is ingevoegd omdat anders een dove, die geen hulp verleent aan iemand die dreigt te verdrinken omdat hij het hulpgeroep niet hoort, op grond van het onderhavige artikel aansprakelijk zou kunnen worden gesteld.

Men bedenke hierbij dat art. 6.3.1.2b niet alleen betrekking heeft op de vraag of de daad aan de dader kan worden toegerekend. Door de

13) Van der Grinten t.a.p. blz. 15, overigens maakt Van der Grinten een uitzondering t.a.v. de geestelijk gestoorde die verpleegd worden in een psychiatrische inrichting daar zij geen 'normale' verkeersdeelnemers zijn en bovendien onttrokken zijn aan het gewone maatschappelijke verkeer.

14) De Toelichting noemt enige omstandigheden die voor het billijkheidsoordeel relevant kunnen zijn, onder meer de financiële toestand van dader en benadeelde: de aanwezigheid en de omvang van een aansprakelijkheidsverzekering en het feit dat de dader zelf de toestand van geestesstoornis heeft veroorzaakt. T.M. bij art. 6.3.6, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 648.

formulering "geen beletsel haar als een onrechtmatige daad toe te rekenen" ziet de bepaling ook op onrechtmatigheid¹⁵⁾. Om bij het hierboven gegeven voorbeeld te blijven: niet gesteld kan worden dat de dove, die door zijn tekortkoming niet begrijpt dat er sprake is van een gevaarlijke situatie onzorgvuldig handelt door niets te doen. Met andere woorden: hij pleegt geen onrechtmatige daad. Ook de Hoge Raad heeft zich dienovereenkomstig uitgesproken, zij het met betrekking tot jeugdige kinderen.¹⁶⁾ De in de Vaststellingswet geformuleerde versie van art. 6.3.1.2b bracht echter met zich mee dat een dergelijk nalaten wel als een onrechtmatige daad aan de dader zou moeten worden toegerekend. De wetgever achtte dit niet wenselijk en voegde daarom in de Invoeringswet de woorden "als een doen te beschouwen" toe.¹⁷⁾

Deze beperking van art. 6.3.1.2b, hoe begrijpelijk ook uit het oogpunt van de dader, is zeer nadelig voor de positie van het slachtoffer. Door de recente wijziging verkrijgt hij niet de bescherming die de wetgever mijns inziens aanvankelijk bij het ontwerpen van art. 6.3.1.2b op het oog heeft gehad.

De leeftijdsgrens van 14 jaar is een uitvloeisel van art. 6.3.1.2a. De Minister vond dat jeugdigen niet gelijk behandeld moesten worden als personen die handelen onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming.¹⁸⁾ Art. 6.3.1.2a bepaalt dan ook dat gedragingen van kinderen onder de 14 jaar aan hen niet kunnen worden toegerekend als een onrechtmatige daad.

Opmerkelijk is ook dat de "billijkheid" als grondslag voor de aansprakelijkheid is verlaten. Eén van de redenen daarvoor is geweest dat de rechter anders vrij zou zijn om zowel de aansprakelijkheidsvraag als de vraag naar de omvang van de schadevergoeding geheel naar

15) M.v.A. II bij art. 6.3.1.2b, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 661 en W.Th Braams en E.H. Hondius, Kwartaalbericht Nieuw BW 1986/2, blz. 40.

16) Het niet opheffen van een potentieel gevaarlijke situatie is immers slechts dan onrechtmatig als de ernst van de situatie tot de waarnemer is doorgedrongen, HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (De struikelende broodbezorger).

17) M.v.A. bij art. 6.3.1.2b, Invoeringswet boeken 3-6 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte), 17541, nr. 8 blz. 51.

18) M.v.A. II bij de artt. 6.3.1.2a en 2b, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 652-653.

billijkheid te beslissen. Betwijfeld werd of dat wel in overeenstemming zou zijn met een redelijke mate van rechtszekerheid.¹⁹⁾

De gevolgen van art. 6.3.1.2b NBW

Betekent dit nu dat art. 6.3.1.2b een harde regel is die de positie van hen die, tijdelijk of blijvend, handelen onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming onredelijk tekort doet? Op twee gronden meen ik dat dat niet het geval is.

In de eerste plaats geeft art. 6.1.9.12a NBW de rechter een algemene bevoegdheid de omvang van de schadevergoeding op bepaalde gronden te matigen, indien hij tot aansprakelijkheid concludeert.²⁰⁾ In de tweede plaats wordt het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering, waarop uiteindelijk de financiële gevolgen van de aansprakelijkheid kunnen worden afgewenteld, steeds meer gebruikelijk. Mijns inziens geldt dit onverkort voor personen met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming. Zijn zij zelf niet tot het afsluiten van een dergelijke verzekering in staat dan zal dit doorgaans voor hen worden gedaan door anderen, zoals de ouders, curator of voogd.

Een andere mening is echter Schoonenberg toegedaan.²¹⁾ Zij stelt dat er personen zullen bestaan, die niet in staan zijn hun belangen behoorlijk waar te nemen en derhalve geen aansprakelijkheidsverzekering kunnen afsluiten. Dit betreft voornamelijk hen die lijden aan een geestelijke tekortkoming. In het geval dat zij on- of minvermogend zijn zal de door hen benadeelde niet de bescherming genieten die de wetgever beoogt. Deze zou er namelijk impliciet van zijn uitgegaan dat

19) M.v.A. II bij art. 6.3.1.2a en 2b, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 652.

20) Het ontbreken van een algemene matigingsbevoegdheid van de rechter in ons huidige wetboek is één van de redenen waarom op art. 6.3.1.2b niet gauw geanticipeerd zal worden. De wetgever acht het immers van groot belang dat de rechter de bevoegdheid heeft de schadevergoeding te matigen indien de aansprakelijkheid van de dader voortvloeit uit art. 6.3.1.2b, zie M.v.A. II bij art. 6.1.9.12a, Parl. Gesch. Boek 6 blz. 449/450, M.v.A. II bij de artt. 6.3.1.2a en -2b, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 653 en M.O. bij art. 6.3.1.2b, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 661.

21) R.M. Schoonenberg, NJB 1985, blz. 1081-1085.

derden wel een aansprakelijkheidsverzekering voor de geestelijk gestoorde af zullen sluiten waartoe zij echter maatschappelijk noch wettelijk verplicht zijn.²²⁾ Schoonenberg stelt voor om de aansprakelijkheid van de ouders en curator, alsmede de psychiatrische inrichting uit te breiden tot een risico-aansprakelijkheid. De geestelijk gestoorde zou in haar visie uitsluitend zelf aansprakelijk zijn indien een ander, die het risico voor zijn gedragingen draagt, dat niet is.

De Minister van Justitie heeft weinig begrip voor de door Schoonenberg gesignaleerde problemen en de door haar voorgestelde oplossing daarvoor en overweegt dat de in gezinsverband levende "patiënt" vermoedelijk onder de gebruikelijke A.V.P. polis zal vallen.²³⁾ Leeft de betreffende persoon niet in gezinsverband dan zal een goed vermogensbeheer door de curator met zich meebrengen dat deze een aansprakelijkheidsverzekering afsluit. De Minister is ook geen voorstander van de door sommigen²⁴⁾ voorgestelde wettelijke plicht tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering op grond van budgettaire motieven.²⁵⁾

Hieruit vloeit echter voort dat ook in de toekomst niet iedereen verzekerd zal zijn tegen wettelijke aansprakelijkheid, hetgeen een benadeling betekent van de positie van het slachtoffer. Is de dader immers on- of minvermogen dan zal het slachtoffer toch zelf zijn schade dienen te dragen.

22) Zie HR 14 februari 1969, NJ 1969, 189 (13-jarige wielrijdster).

23) Nota n.a.v. het eindverslag van art. 6.3.1.2b, Invoeringswet boeken 3-6 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte) 17541, nr 11, blz. 8-10.

24) Zie onder meer W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, N.J.B. 1977, blz. 88 en J.C.M. Leijten, Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorde, preadvies uitgebracht voor de Vergadering van de Rechtskundige afdeling van het Thijm-genootschap op 23 november 1968 te Nijmegen, blz. 76.

25) Voornamelijk in verband met de kosten die het oprichten en in stand houden van het noodzakelijke controle-apparaat met zich mee brengt.

Conclusie

Het nieuwe artikel 6.3.1.2b scheidt een grote mate van rechtszekerheid en waarborgt de belangen van diegenen die benadeeld zijn door een onrechtmatige gedraging die plaats vond onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming van een persoon van 14 jaar of ouder. Dat de wetgever er mogelijksterwijs impliciet van is uitgegaan dat de in art. 6.3.1.2b genoemde personen verzekerd zijn tegen aansprakelijkheid is mijns inziens niet bezwaarlijk nu het afsluiten van dergelijke verzekeringen in Nederland steeds meer gebruikelijk is. De keerzijde van de medaille is dat ten gevolge van de nieuwe bepaling de premies van aansprakelijkheidsverzekeringen vermoedelijk zullen stijgen. Nu daarenboven in de praktijk niet iedereen verzekerd zal zijn en art. 6.3.1.2b door de daarin opgenomen beperking tot "als een doen te beschouwen gedragingen" niet die mate van bescherming biedt die de wetgever bij het ontwerpen daarvan voor ogen heeft gestaan, zou ik tot besluit de als titel gestelde vraag slechts aarzelend bevestigend willen beantwoorden.

DE AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE DAAD IN GROEPSVERBAND

Mr R.J.B. Boonekamp

In het ontwerp NBW is - anders dan in het huidige Burgerlijk Wetboek - in art. 6.3.1.5 een bijzondere bepaling opgenomen m.b.t. de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden in groepsverband. De bepaling ziet op gevallen waarin aan daderszijde meer personen bij onrechtmatige toebrengring van schade betrokken zijn. Op zodanige gevallen hebben ook betrekking de alternatieve veroorzaking geregeld in art. 6.1.9.4a en mededaderschap die niet in een afzonderlijk artikel in het ontwerp is opgenomen. Hoewel de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in groepsverband verwantschap vertoont met de beide andere figuren is die van geheel andere aard. Welke die andere aard is zal hieronder besproken worden door de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in groepsverband te plaatsen tegenover mededaderschap en alternatieve veroorzaking.

Afgezien van bijzondere kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen is een beginsel van Nederlands aansprakelijkheidsrecht - uitgedrukt in art. 1401 BW en overgenomen in art. 6.3.1.1 ontwerp NBW - dat ieder slechts aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door eigen onrechtmatige gedragingen en niet voor schade die door anderen is veroorzaakt. Indien schade is ontstaan zal in beginsel de gelaedeerde feiten en omstandigheden moeten bewijzen waaruit geconcludeerd kan worden dat - voor zover hier van belang - degene die hij aansprakelijk stelt onrechtmatig heeft gehandeld en dat tussen diens handeling - gedraging naar de terminologie van het ontwerp NBW - en de door de gelaedeerde geleden schade causaal verband bestaat. Daarbij valt onderscheid te maken tussen enerzijds de vraag *of* onrechtmatig is gehandeld en tussen die handeling en de schade (voldoende) causaal verband bestaat en anderzijds de vraag *wie* onrechtmatig gehandeld heeft en de schade door die handeling veroorzaakt heeft. Indien bij de toebrengring van schade slechts één persoon betrokken is komt de laatste vraag niet (afzonderlijk) aan de orde. Zijn er bij de toebrengring van schade aan

daderszijde meer personen betrokken dan wordt de beantwoording van de vraag wie onrechtmatig heeft gehandeld en door die handeling de schade (of een deel daarvan) heeft veroorzaakt belangrijk. Men krijgt dan te maken met wat genoemd zou kunnen worden de individualiserende functie van het bewijs van - kort gezegd - causaal verband en onrechtmatige gedraging. Hiermee moet uit een beperkt aantal mogelijk aansprakelijke personen gevonden worden wie voor (welk deel van) de schade aansprakelijk is resp. zijn. Dat de vordering gemakkelijk op bewijsproblemen bij de gelaedeerde geheel of gedeeltelijk kan stranden behoeft geen betoog. Onder omstandigheden wordt uit billijkheidsoverwegingen een verschuiving of omkering van de bewijslast toegepast.

A fietst op straat. Plotseling stapt voetganger B de rijweg op zonder uit te kijken. Door een ruk aan het stuur kan A nog juist B ontwijken. Ongelukkigerwijs komt A daardoor met het voorwiel in een put, waarvan C verzuimd heeft het deksel na voltooiing van zijn werkzaamheden te sluiten. A komt ten val en lijdt schade.

In dit geval hebben B en C beiden onrechtmatig gehandeld tegenover A. De schade is het gevolg van beide onrechtmatige daden. Niet het bewijs wie de schade heeft veroorzaakt, maar het bewijs wie welk deel van de schade heeft veroorzaakt vormt hier het probleem. Van dat bewijs wordt A ontlast. Volgens lang gevestigde jurisprudentie¹⁾ kan A beide mededaders B en C ieder voor de gehele schade aanspreken, ongeacht of B en C bewust samen gewerkt hebben. B en C moeten met een regresvordering onderling maar uitzoeken wie welk deel van de schade moet dragen. Hetzelfde zal na de invoering van het ontwerp NBW gelden²⁾. Gevolg hiervan is dat B en C extern aansprakelijk zijn voor schade die door de ander (mede) is toegebracht. Weliswaar kan door onderling regres correctie plaatsvinden zodanig dat ieder slechts het deel dat hem toe

1) zie o.a.: HR 30 oktober 1925, NJ 1926,157 m.o. P.S. en HR 4 november 1955, NJ 1956,1 m.o. LEHR

2) De regel is overigens niet met zoveel woorden in het ontwerp vastgelegd. Art. 6.1.9.8 lid 1 bepaalt slechts dat indien op ieder van twee of meer personen verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust, zij hoofdelijk verbonden zijn.

te rekenen valt betaalt, maar beiden lopen het risico van financieel onvermogen van de ander.

Tijdens een "warming up" voor een atletiek wedstrijd oefenen A en B zich afzonderlijk in speerwerpen buiten het daarvoor bestemde terrein. C wordt door één van de speren getroffen en lijdt schade.

De regel m.b.t. mededaderschap brengt hier geen uitkomst. Vaststaat wel dat A en B beiden onrechtmatig gehandeld hebben tegenover C. De schade van C is echter slechts gevolg van één van de onrechtmatige daden, hetzij die van A, hetzij die van B. C zal in beginsel moeten bewijzen door wiens speerworp hij getroffen is. Men spreekt hier van alternatieve veroorzaking. In het ontwerp NBW is voor gevallen als dit een bijzondere bepaling opgenomen in art. 6.1.9.4a luidende:

"Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is"

De bewijslast wordt aldus omgekeerd. C kan A en B ieder voor de gehele schade aanspreken, ongeacht of zij bewust hebben samengewerkt. Degene die aangesproken wordt moet maar zien te bewijzen dat C niet door zijn speerworp getroffen is³⁾. Gevolg is dat A en B aansprakelijk zijn voor schade door de ander toegebracht, tenzij zij kunnen bewijzen dat de ander de schade heeft veroorzaakt. Verschil met mededaderschap is dat zij zich enerzijds - anders dan bij mededaderschap - ook extern kunnen bevrijden van aansprakelijkheid voor schade door de ander veroorzaakt indien zij in het tegenbewijs slagen, maar dat anderzijds die externe aansprakelijkheid - zoals bij mededaderschap - niet geheel gecorrigeerd kan worden door interne verrekening, indien zij niet in het tegenbewijs slagen. Weliswaar geldt voor hen de regresregeling van artikel 6.1.2.4 jo 6.1.9.8 jo 6.1.9.6 NBW maar niet goed valt in te zien dat intern volledige correctie plaats zou kunnen vinden, indien

3) Een soortgelijke bepaling is te vinden artikel 2:8 BW.

zij niet in het tegenbewijs slagen. Het zal dan wel "samen delen" worden, zodat de een toch een deel draagt van de schade die door de ander is veroorzaakt.

Mededaderschap en alternatieve veroorzaking: twee figuren waarbij aan daderszijde meer personen bij toebrengring van schade betrokken zijn en waarbij tot op zekere hoogte aansprakelijkheid bestaat voor schade die door een ander is veroorzaakt. In zoverre wordt afgeweken van het beginsel dat ieder slechts aansprakelijk is voor door hemzelf onrechtmatig veroorzaakte schade. Dat is echter geen doel op zichzelf, maar een bijwerking van de gedachte dat de betrekkelijke anonimiteit in die gevallen uit billijkheidsoverwegingen voor risico van de mogelijk aansprakelijke personen behoort te komen. Verder strekken de regels bij mededaderschap en alternatieve veroorzaking niet. Opheldering van de anonimiteit leidt er dan ook toe dat bij alternatieve veroorzaking de externe aansprakelijkheid vervalt van degene wiens gedraging de schade niet veroorzaakt heeft en dat bij mededaderschap - behoudens financieel onvermogen - ieder slechts dat deel van de schade draagt dat hem toe te rekenen valt.

Anders is het echter bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden in groepsverband.

Tien personen - A t/m J - scholen samen op straat. De bijeenkomst wordt gekenmerkt door balorigheid, drankgebruik, lastig vallen van voorbijgangers en dreiging in woord en gebaar. Voorbijganger X wordt door persoon D tamelijk ruw van het trottoir geduwd. Hij struikelt over de stoeprand en breekt een heup.

Naar de gewone regel van art. 6.3.1.1 is D aansprakelijk omdat hij onrechtmatig schade heeft veroorzaakt. Het kan zich in een situatie als deze licht voordoen dat X niet kan bewijzen wie hem geduwd heeft. Dat probleem zou opgelost kunnen worden door hiervoor een soortgelijke regel als bij mededaderschap en alternatieve veroorzaking - regels die in dit geval niet van toepassing zijn - te ontwerpen: A t/m J zijn ieder voor de gehele schade aansprakelijk tenzij zij bewijzen X niet geduwd te hebben. De benaderingswijze van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in groepsverband is echter een geheel andere en strekt veel verder dan alleen oplossing van anonimiteitsproblemen door

verplaatsing van het bewijsrisico naar de mogelijk aansprakelijke personen. Volgens art. 6.3.1.5 zijn A t/m J ieder voor het geheel aansprakelijk omdat "de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband". Omdat zij toch ieder voor de gehele schade aansprakelijk zijn op grond van overtreding van die norm, doet niet meer terzake of bekend is wie de schade heeft veroorzaakt. Ook indien bekend is dat D heeft geduwd kan X alle tien personen voor het geheel aanspreken. Hoe verhoudt dit zich tot het uitgangspunt dat ieder slechts voor door hem zelf onrechtmatig veroorzaakte schade aansprakelijk is? A t/m C en E t/m J hebben op het eerste gezicht geen schade toegebracht.

De in artikel 6.3.1.5 geregelde aansprakelijkheid is gebaseerd op eigen onrechtmatig gedrag, bestaande uit overtreding van de norm dat "de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband". In zoverre wordt niet afgeweken van het algemene artikel 6.3.1.1, dat uitgaat van het beginsel dat ieder slechts voor door hemzelf onrechtmatig veroorzaakte schade aansprakelijk is. Voor aansprakelijkheid o.g.v. artikel 6.3.1.1 is echter de enkele norm overtreding - d.w.z. de enkele onrechtmatigheid - niet voldoende. Tussen onrechtmatige gedraging en schade zal minimaal causaal verband met behulp van de *condicio sine qua non* test vastgesteld moeten worden. Dat zou betekenen dat de gedragingen van A t/m C en C t/m J - kort gezegd - *condiciones sine qua non* voor het ontstaan van de schade van X zouden moeten zijn voor aansprakelijkheid o.g.v. art. 6.3.1.1. Volgens artikel 6.3.1.5 behoeft echter voor aansprakelijkheid van het groepslid tussen diens gedragingen in groepsverband en de schade geen causaal verband vastgesteld te worden⁴). De enkele overtreding van de norm dat "de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband" leidt tot aansprakelijkheid. Blijkens de

4) Iets anders is - en dat is vooronderstelling voor aansprakelijkheid van de groepsleden - dat tussen de gedragingen van het groepslid door wie de schade is toegebracht en de schade (voldoende) causaal verband moet bestaan.

toelichting⁵⁾ valt dit aldus te verklaren dat indien die norm overtreden is er "psychisch causaal verband" *bestaat* tussen gedragingen in groepsverband en toebrengen van de schade. Dat "psychisch causaal verband" zou dan bestaan in de gezamenlijk geschapen sfeer die het gevaar voor toebrenging van schade heeft doen ontstaan. Het is maar de vraag of hier nog wel van *causaal* verband gesproken kan worden. In ieder geval behoeft het "psychisch causaal verband" niet afzonderlijk vastgesteld te worden. Het ligt besloten in de normovertreding.

"Psychisch causaal verband" is een mooie vondst. Daardoor blijft wat de systematiek betreft de in art. 6.3.1.5 gecreëerde aansprakelijkheid binnen het kader van het beginsel dat ieder slechts aansprakelijk is voor door hemzelf onrechtmatig veroorzaakte schade, zoals verwoord in art. 6.3.1.1. Systematisch moet men het, denk ik, zo zien dat artikel 6.3.1.5 een onweerlegbaar wettelijk vermoeden bevat van causaal verband tussen de gedragingen in groepsverband en de toebrenging van schade, besloten liggend in de norm overtreding. Door deze constructie wordt enigszins versluierd dat het in artikel 6.3.1.5 in feite niet gaat om de oplossing van een causaliteits(bewijs) probleem. Causaal verband tussen gedragingen in groepsverband en toebrenging van schade is in artikel 6.3.1.5 als zelfstandig vereiste geëcarteerd. De aansprakelijkheid is losgekoppeld van veroorzaking als constitutief element voor aansprakelijkheid. In artikel 6.3.1.5 wordt een materiële-rechtelijke norm gesteld aan groepsoptreden bij overtreding waarvan groepsleden aansprakelijk zijn voor door een of meer van hen toegebrachte schade; aansprakelijk in veel gevallen voor schade die door een ander is veroorzaakt. In wezen is hiermee een soort kwalitatieve aansprakelijkheid voor groepsleden geschapen, zij het niet een kwalitatieve risico-aansprakelijkheid, maar een die berust op eigen toerekenbaar onrechtmatig gedrag bestaande uit overtreding van de norm in artikel 6.3.1.5. De gedachte die aan artikel 6.1.3.5 ten grondslag ligt is klaarblijkelijk dat personen die gezamenlijk iets ondernemen

5) Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek Van Zeben/Du Pon boek 6 art. 6.3.1.5 blz. 662-663.

onder omstandigheden gezamenlijk - ieder voor het geheel - aansprakelijk *behoren* te zijn voor bij die onderneming door een of meer van hen onrechtmatig toegebrachte schade. Dit lijkt een principiële breuk te vormen met het beginsel dat ieder slechts voor door hemzelf onrechtmatig veroorzaakte schade aansprakelijk is en daarmee ook met de individualistische geest van de codificatie van 1838.

DE SITUERING VAN ART. 6.3.1.5b IN HET BURGERLIJK RECHT

mr W.G. Huijgen

Aanvankelijk zou het leerstuk dat door de Hoge Raad is ontwikkeld in de arresten Voorste Stroom VI¹⁾, Haagse Duinwaterleiding²⁾ en Voorste Stroom VII³⁾ in het NBW slechts een bescheiden plaats krijgen.

In het ontwerp Meijers werd in het kader van de regeling van de bevoegdheden van de eigenaar in artikel 5.1.2 lid 2 bepaald dat een eigenaar bevoegd is hinder in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt tóch aan een ander toe te brengen "voorzover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden." Die ander kon echter wel vergoeding vorderen van de door de hinder veroorzaakte schade. De gekozen constructie was die van een schadevergoedingsplicht op grond van een rechtmatige daad.⁴⁾

In dit alles werd verandering gebracht toen tijdens de behandeling van de boeken 5 en 6 in de Tweede Kamer een tweetal amendementen De Gaay Fortman werd aanvaard. Daarmee verdween de bovengenoemde regeling en in de plaats daarvan kwam een nieuw artikel 6.3.1.5b in de titel over onrechtmatige daad waarvan het eerste lid luidt:

"De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel."

1) HR 19 maart 1943, NJ 1943,312

2) HR 18 februari 1944, NJ 1944,226

3) HR 19 december 1952, NJ 1953,642

4) vgl. C.J.J.C. van Nispen, Het Rechterlijk Verbod en Bevel, diss., Leiden 1978, blz. 291

De belangrijkste verschillen tussen art. 6.3.1.5b en het oorspronkelijke artikel 5.1.2, leden 2 t/m 4 zijn:

- in de eerste plaats is de beperking van de mogelijkheid een verbod te verkrijgen, terwijl het recht op schadevergoeding behouden blijft, voor de benadeelde niet meer beperkt tot gevallen van hinder doch - terecht - uitgebreid tot alle soorten van onrechtmatige daden.
- voorts is de grond waarop de rechter de vordering strekkende tot een verbod kan afwijzen gewijzigd van "het algemeen belang" in "zwaarwegende maatschappelijke belangen".
- tenslotte is de dogmatische constructie gewijzigd. Zoals hiervoor werd aangegeven werd in het ontwerp Meijers uitgegaan van een rechtmatige daad die tot schadevergoeding verplichtte, terwijl in artikel 6.3.1.5b het uitgangspunt een onrechtmatige daad is, waarvan men echter onder omstandigheden geen verbod kan verkrijgen.

Met laatstgenoemd verschil zijn wij midden in het debat tussen verschillende auteurs terecht gekomen omtrent de juridisch dogmatische constructie van de "Voorste Stroom-problematiek". Zonder in details te willen (en te kunnen) treden is het voor goed begrip van een en ander noodzakelijk ons even in de historie te verdiepen.

Op 19 maart 1943⁵⁾ werd door de Hoge raad een arrest gewezen waarin de vraag aan de orde kwam of de gemeente Tilburg onrechtmatig handelde jegens naburige eigenaren door lozingen te verrichten op het riviertje "de Voorste Stroom" en of de gelaedeerden een verbod van die lozingen konden verkrijgen.

De Hoge Raad overwoog:

"... dat de Gemeente dusdoende een gedragslijn volgde, welke wel is waar van uit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover den eigenaar van een bedreigd perceel de eventueele nadeelige gevolgen, die daaruit voor dezen mochten voortvloeien, voor haar rekening behooren te komen;"

5) HR 19 maart 1943, NJ 1943,313 (Voorste Stroom VI)

Het arrest van 19 maart 1943 werd in 1944 gevolgd door een arrest van gelijke strekking.⁶⁾ Naar aanleiding van deze arresten ontstond tussen de verschillende auteurs een uitgebreide discussie omtrent de dogmatische grondslag voor iets wat onverenigbaar scheen, te weten: enerzijds het uitsluiten van de mogelijkheid om een verbod te vorderen, doch anderzijds het handhaven van de mogelijkheid om op grond van datzelfde handelen wél schadevergoeding te verkrijgen. De belangrijkste⁷⁾ aangedragen oplossingen om een en ander met elkaar te verenigen zijn wel:

- In de eerste plaats de zgn. Bregstein constructie⁸⁾ inhoudende dat de verontreiniging van het riviertje door de gemeente een onrechtmatige daad vormde die weliswaar in het feit dat zij vanuit een oogpunt van algemeen belang gerechtvaardigd en zelfs geboden was een begin van rechtvaardiging vond, maar welke rechtvaardiging eerst compleet werd wanneer de gemeente zich de belangen van de gelaedeerde aantrok en hem schadevergoeding aanbood.
- In de tweede plaats de constructie van J. Drion.⁹⁾ Hij stelt dat de onrechtmatige daad is gelegen in het geheel van enerzijds de handeling d.w.z. het vervuilen van het riviertje en anderzijds het niet bereid of in staat zijn de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. Kortom, het vervuilen van het water zonder gelijktijdige aanbieding van schadevergoeding is onrechtmatig.
- Tenslotte zou men het vorderen van een verbod van bepaalde handelingen, die in het algemeen geboden zijn, terwijl de gelaedeerde in het betreffende geval wél schadevergoeding wordt aangeboden, als misbruik van recht kunnen kwalificeren. Deze visie wordt onder meer voorgestaan door Langemeijer.¹⁰⁾

6) HR 18 februari 1944, NJ 1944,226 (Haagse Duinwaterleiding).

7) vgl. J. Drion in AA II 1953, blz. 96 e.v.

8) M.H. Bregstein, De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, R.M. Themis, 1951 blz. 273 e.v.

9) J. Drion, Een nieuwe koers in 's-Hoogen Raad jurisprudentie over onrechtmatige daad, WPNR 3992-3996.

10) G.E. Langemeijer, aantasting en uitoefening van subjectieve
(Vervolg Voetnoot)

Het is bekend: naar veelal wordt aangenomen, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 december 1952 (Voorste Stroom VII)¹¹⁾ de constructie Bregstein aanvaard.¹²⁾

Na dit summiere historisch overzicht, richten wij onze blik weer op het NBW. Daar wordt de constructie voor dergelijke gevallen wéér iets anders. In artikel 6.3.1.5b lid 1 wordt gesproken van een onrechtmatige gedraging waarvan onder omstandigheden geen verbod kan worden verkregen. Evenals in de constructie Bregstein is het uitgangspunt ook nu weer een onrechtmatig handelen. Het verschil tussen genoemde constructie en artikel 6.3.1.5b NBW zit in het volgende.

In de visie van Bregstein vormt het algemeen belang een begin van rechtvaardiging voor het onrechtmatig handelen welke rechtvaardigingsgrond compleet wordt (d.w.z. het onrechtmatig karakter van de handeling komt te vervallen) zodra de gelaedeerde schadevergoeding wordt aangeboden, terwijl in artikel 6.3.1.5b in het geheel geen sprake meer is van een rechtvaardigingsgrond. De handeling *is en blijft*¹³⁾ onrechtmatig, doch de rechter kan onder omstandigheden, nl. wanneer "zwaarwegende maatschappelijke belangen" zulks vorderen, een vordering strekkende tot een verbod afwijzen.

Inmiddels heeft de Hoge Raad, anticiperend op artikel 6.3.1.5b NBW deze constructie voor situaties zoals die in de voorste Stroom arresten aan de orde waren, ook reeds voor het huidige recht aanvaard. In het recente arrest Van Gastel/Van den Heuvel¹⁴⁾ ging het om de vraag of het plaatsen van schuttingen in verband met bouwactiviteiten door Nomij jegens van de Heuvel die aldaar een winkel had en dientengevolge omzetschade leed, onrechtmatig was. De Hoge raad overwoog:

(Vervolg Voetnoot)

rechten en hare betekenis voor de onrechtmatige daad, WPNR 3706, e.v.

11) HR 19 december 1952, NJ 1953,642 (Voorste Stroom VII).

12) anders echter b.v. P.A. Stein NJB 1980, blz. 709 die in het arrest de constructie leest welke is neergelegd in art. 6.3.1.5b NBW.

13) vgl. Asser-Hartkamp 4 III nr. 67, blz. 55 e.v.

14) HR 3 april 1987, RvdW 1987, 87 en NJ 1987,703.

"Weliswaar kan het zich voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een *onrechtmatige daad* (cursivering van mij, W.H.) opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht, terwijl zij anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt. Doch 's Hofs voormelde oordeel is niet op feiten van deze aard gegrond."

Naar aanleiding van dit arrest zou ik enige opmerkingen willen maken.

Allereerst valt het op dat de Hoge Raad op artikel 6.3.1.5b anticipeert in een geval waarin het gaat om een vordering van de ene particulier tegen de andere. De "Voorste Stroom-problematiek" zag toch in beginsel op de situatie waarin de *overheid* een onrechtmatige daad pleegde welke niet gerechtvaardigd werd door een van de "klassieke" rechtvaardigingsgronden zoals overmacht, doch althans een begin van rechtvaardiging vond in het algemeen belang.¹⁵⁾

De dieper liggende oorzaak van het schijnbaar onoplosbare probleem om voor de Voorste Stroom-uitspraken in het privaatrecht een verantwoorde theoretische onderbouwing te geven, vindt zijn oorzaak naar mijn mening in het feit dat men hier te doen heeft met een botsing van privaats- en publiekrechtelijke elementen in het veelbesproken grensgebied. Dit leidt ertoe dat, welke constructie men ook beproeft, iedere oplossing toch een enigszins gewrongen karakter blijft houden.

Vanuit privaatrechtelijk oogpunt bezien immers, vormt het handelen van de gemeente in de Voorste-Stroom-casus een onrechtmatige daad, waarvan de gelaedeerde een verbod zou moeten kunnen vorderen. Anderzijds echter kunnen publieke belangen zoals de afvoer van rioolwater van een hele stad met zich meebrengen dat individuele privaatrechtelijke belangen daaraan ondergeschikt worden gemaakt, mits daartegenover een behoorlijke schadevergoeding voor de betreffende

15) P. De Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, 3e druk, 1986, blz. 331, en J. Spier, Onrechtmatige overheidsdaad, 2e druk 1987, blz. 101 e.v.

burger staat. Een vergelijkbaar beginsel vindt men terug in het onteigeningsrecht waar het betreft een botsing tussen het privaatrechtelijk eigendomsrecht van de burger en hogere publieke belangen welke b.v. kunnen voortvloeien uit de eisen van een behoorlijke ruimtelijke ordening. Een zelfde soort botsing tussen privaat- en publiekrecht vindt men ook in het contractenrecht¹⁶⁾, met name daar waar de overheid contracteert omtrent haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Enerzijds moet de wederpartij van de overheid nakoming van de overeenkomst kunnen vorderen, doch anderzijds kan het algemeen belang al dan niet in het kader van de goede trouw met zich meebrengen dat die wederpartij zich niet op de overeenkomst kan beroepen en hooguit schadevergoeding kan vorderen.¹⁷⁾

In een situatie als in het arrest Van Gastel/Van den Heuvel is het niet goed mogelijk het merkwaardige fenomeen: géén verbod doch wèl schadevergoeding, te verklaren met een beroep op een botsing tussen publiek- en privaatrecht.

In verband met het vorenstaande kom ik toe aan mijn tweede opmerking. In het ontwerp Meijers was er sprake van "het algemeen belang". In artikel 6.3.1.5b NBW is dit gewijzigd in "zwaarwegende maatschappelijke belangen". In de toelichting op het amendement waarbij artikel 6.3.1.5b werd ingevoegd, wordt als reden voor deze wijziging aangevoerd¹⁸⁾: "enerzijds om duidelijker aan te geven dat het hier om uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard kan gaan, die tezamen met bij het geval betrokken persoonlijke belangen in de afweging zullen moeten worden betrokken, anderzijds om te bevorderen dat de rechter er zich rekenschap van geeft en in zijn uitspraak tot uiting brengt welke concrete belangen hij in het gegeven geval doorslaggevend heeft geacht."

Naar mijn mening laat het laatstgenoemde arrest zien welke gevaren er in het criterium "zwaarwegende maatschappelijke belangen" kunnen

16) vgl. C.J.J.C. van Nispen, t.a.p. blz. 293

17) vgl. J. Spier, Overeenkomsten met de Overheid, diss. Leiden 1981, blz. 141 e.v. en A.R. Bloembergen, Contracten met de overheid in het bijzonder in de bouw, 1976, blz. 38 e.v.

18) Van Zeben e.a., Parl. Gesch. Boek 6 NBW, artikel 6.3.1.5b blz. 671

schuilen. Immers door het verdwijnen van het begrip algemeen belang is de directe verwijzing naar het publiekrechtelijke element, met name de overheid als behartigster van het algemeen belang bij uitstek, verdwenen. Weliswaar kunnen ook particulieren soms het algemeen belang behartigen, maar dit zal in de regel slechts bij uitzondering zo zijn en bovendien in die gevallen vrijwel altijd samenvallen met hun persoonlijke belang.¹⁹⁾ Voorts is de grens tussen maatschappelijke belangen en persoonlijke belangen bijzonder vaag.²⁰⁾

De conclusie is derhalve dat men met zwaarwegende maatschappelijke belangen ófwel hetzelfde bedoelt als met het algemeen belang, dan verdient de laatstgenoemde term de voorkeur, ófwel men bedoelt er iets anders mee (ruimer begrip) en dan is die terminologie in het kader van artikel 6.3.1.5b niet juist.

Het laatste wordt door het onderhavige arrest duidelijk geïllustreerd. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad zich op glad ijs (moeten) begeven nu hij moest uitmaken wat in casu persoonlijk belang is en wat een zwaarwegend maatschappelijk belang is. De Hoge Raad gaat in dit verband erg ver door - geheel in het algemeen - te spreken van: "het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd"; alsof zulks niet (tevens) het persoonlijk belang van (in casu) Nomij was en alsof het niet eveneens een zwaarwegend maatschappelijk belang is dat winkeliers behoorlijk bereikbaar zijn voor hun klanten en leveranciers, hetgeen tevens weer het persoonlijk belang is van die winkeliers.

19) Ik denk hierbij zowel aan overheidstaken die worden verricht door privaatrechtelijke rechtspersonen waarachter de overheid schuilgaat b.v. de provinciale electriciteitsmaatschappijen in de vorm van een N.V. die voor de energievoorziening zorgen en de N.V. Ned. Spoorwegen die het treinverkeer verzorgt, als aan "eigenlijke" particulieren die al dan niet bewust een stuk algemeen belang behartigen b.v. de Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten het natuurbehoud.

20) vgl. E.A. Wilbers, Dient artikel 6.3.1.5b NBW vervangen te worden door een mogelijkheid van schadevergoeding bij gerechtvaardigde daad? WPNR 5679-5681, blz. 6 e.v.

Daarbij komt nog dat opvattingen omtrent wat zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn, veelal sterk worden beïnvloed door de waan van de dag.²¹⁾ Wanneer men echter het algemeen belang als criterium zou hanteren, sluit men enerzijds niet uit dat de rechter ten aanzien van particulieren die het algemeen belang behartigen, een vordering strekkende tot een verbod van enig onrechtmatig handelen kan afwijzen, anderzijds beperkt men het gevaar dat de rechter terecht komt in een puur subjectieve afweging van wat al dan niet zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn.

Daarbij komt nog dat met de term "algemeen belang" rechtstreeks aansluiting wordt verkregen bij de bestaande jurisprudentie. Voorts past deze term ook beter in het geheel van het NBW.²²⁾

Samenvattend zou ik zeggen dat, gelet op het feit dat men in gevallen als de Voorste Stroom, zich bevindt in het grensgebied van publiek- en privaatrecht, geen enkele civielrechtelijke constructie geheel bevredigend zal zijn. Met artikel 6.3.1.5b kan echter in dit verband geleefd worden.

Om genoemd artikel echter juist te verstaan zou ik de woorden "zwaarwegende maatschappelijke belangen" gewijzigd willen zien in "het algemeen belang". Uiteindelijk zal de rechter moeten kiezen uit twee mogelijkheden, te weten: de handeling is onrechtmatig met *alle* gevolgen van dien (derhalve ook een verbod), dan wel de handeling is geoorloofd.

Uitsluitend het algemeen belang kan een reden zijn om genoemde merkwaardige tussenweg mogelijk te maken. Met het (weer) introduceren van het begrip "algemeen belang" wordt artikel 6.3.1.5b duidelijk geplaatst waar het thuis hoort, namelijk in het grensgebied van publiek- en privaatrecht.

21) vgl. E.A. Wilbers, t.a.p. blz. 11

22) vgl. b.v. artikel 3.7.1.2, 3.7.1.14, 5.6.8 en 6.5.3.12 NBW waar steeds gesproken wordt van het algemeen belang.

OVER WAARDEVERGOEDING, CONSUMPTIEF BESTEDINGSPATROON EN RELAXEN;
DE ARTIKELEN 6.4.2.8 EN 6.4.2.9

M.H. de Lange

A.J. Tekstra

MEVROUW: Meneer, mag ik nu mijn prestatie verrichten?

MENEER: Jazeker mevrouw, echter ik word niet door uw prestatie verrijkt, het is mij niet toe te rekenen dat u de prestatie verricht en ik stem er niet in toe een tegenprestatie te verrichten. Het is overigens ook niet de bedoeling dat u mij een bepaald consumptief bestedingspatroon opdringt.

GAST: Juffrouw, mag ik even afrekenen?

JUFFROUW: Natuurlijk mag dat meneer, maar u moet wel weten dat hier sprake is van een nietige overeenkomst, waarbij de prestatie niet in rechte op geld behoort te worden gewaardeerd.

1. Inleiding

De tweede afdeling van de vierde titel van Boek 6 NBW bevat een negental bepalingen die betrekking hebben op de onverschuldigde betaling. Is op zichzelf de NBW-regeling met betrekking tot deze rechtsfiguur te beschouwen als een continuering van het huidig recht, het zijn vooral de artt. 6.4.2.8 en 6.4.2.9 die in enkele opzichten deze lijn zullen doorbreken. Reden genoeg voor de redactiecommissie van het jaarboek aan ons te vragen een beschouwing aan genoemde bepalingen te wijden. Daarbij zullen eerst enkele opmerkingen worden gemaakt over de vordering uit onverschuldigde betaling in het algemeen. Vervolgens zal artikel 6.4.2.8 onder de loep worden genomen, waarna een bespreking volgt van artikel 6.4.2.9.

2. Iets over onverschuldigde betaling en de verhouding tot ongerechtvaardigde verrijking

Artikel 6.4.2.1 lid 1 NBW bepaalt dat degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, gerechtigd is dit van de ontvanger

van het goed als onverschuldigd betaald terug te vorderen. Het tweede lid van 6.4.2.1 geeft aan dat bij het onverschuldigd betalen van een geldsom, een gelijk bedrag dient te worden teruggegeven. Tenslotte bepaalt lid 3 dat iemand die zonder rechtsgrond een prestatie van andere aard (lees: dan het geven van een goed) heeft verricht, tegenover de ontvanger van de prestatie recht heeft op ongedaanmaking daarvan.

Voor het huidige recht is de algemene bepaling met betrekking tot onverschuldigde betaling te vinden in art. 1395 lid 1 BW. Het begrip betaling dat men daarbij hanteert, wordt in de rechtspraak ruim opgevat. Men dient daaronder te verstaan: iedere voldoening aan een (vermeende) verbintenis¹⁾. Het betalingsbegrip dat in het NBW wordt gehanteerd lijkt echter nog ruimer te zijn. Zo schrijft Hijma in verband met afdeling 6.1.6, dat met de term betaling op niet meer wordt ge-doeld dan het prestatie-element, waarbij het niet van belang wordt geacht of met de prestatie aan een verbintenis wordt voldaan²⁾. Dat ook ten aanzien van 6.4.2 moet worden uitgegaan van dit zeer ruime betalingsbegrip lijkt ons, mede gezien de Parlementaire Geschiedenis³⁾, voor de hand te liggen. Consequentie van zo'n geëxpandeerd betalingsbegrip in verband met onverschuldigde betaling is, dat de werkingsofvang van deze rechtsfiguur toeneemt. Dit zal leiden tot een inperking van de omvang van de ongerechtvaardigde verrijksactie. Deze stelling ponerend, is het nuttig een enkel woord te wijden aan de verhouding onverschuldigde betaling - ongerechtvaardigde verrijking, zoals de samenstellers van het NBW die voor ogen hebben.

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat is gepoogd een strikte scheiding aan te brengen tussen de gevallen waarin een vordering uit onverschuldigde betaling is toegestaan en die waarin een ongerechtvaardigde verrijksactie tot de mogelijkheden behoort. Reeds in de toelichting Meijers wordt gesteld dat onverschuldigde betaling niet dient te worden beschouwd als een toepassing van de figuur der

1) Drion-Hijma-Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, 7e druk 1985, p. 207.

2) Jac. Hijma in: Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek, 1982, p. 179.

3) Zie vooral: Van Zeben-Du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het NBW, Boek 6, p. 804.

ongerechtvaardigde verrijking. "De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van die betaling, onverschillig of door de betaling een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden"⁴⁾. De toelichters van het Gewijzigd Ontwerp scharen zich, wat de strikte scheiding onverschuldigde betaling - ongerechtvaardigde verrijking betreft, achter de toelichting Meijers. Ook volgens hen is de vraag in hoeverre er sprake is van een verrijking of een verarming voor de vordering uit onverschuldigde betaling niet van belang⁵⁾.

3. Bespreking van artikel 6.4.2.8

In de artt. 6.4.2.3 t/m 6.4.2.7 wordt steeds uitgegaan van de situatie dat (zonder rechtsgrond) een goed is gegeven. Afdeling 2 is echter niet alleen voor deze situatie geschreven, maar ook voor de gevallen dat een prestatie van andere aard is verricht (zie 6.4.2.1 lid 3). Dat is de reden waarom in lid 1 van art. 6.4.2.8 wordt vermeld dat bij ongedaanmaking van prestaties die niet uit het geven van een goed hebben bestaan, bovenstaande artikelen van overeenkomstige toepassing zijn. De keuze voor het uitgangspunt dat een goed is gegeven, vloeit voort uit het streven naar een eenvoudige formulering⁶⁾.

Komen wij nu toe aan het tweede lid van 6.4.2.8, de bepaling die het voor ons nodig maakte de bovenstaande beschouwing over de relatie onverschuldigde betaling - ongerechtvaardigde verrijking op te nemen. Eerst de inhoud van dit tweede lid. Indien de aard van een onverschuldigd verrichte prestatie uitsluit dat deze ongedaan wordt gemaakt, dient - voor zover dit redelijk is - in drie nader aangeduide gevallen een waardevergoeding plaats te vinden. De hoogte van deze vergoeding moet worden vastgesteld naar aanleiding van de waarde van de onverschuldigd verrichte prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvan. De wet somt, als gezegd, limitatief drie gevallen op, waarin een waardevergoeding kan volgen. Dit betekent een afwijking van het huidig

4) Van Zeben-Du Pon, t.a.p., 803.

5) Van Zeben-Du Pon, t.a.p., p. 803.

6) Van Zeben-Du Pon, t.a.p., p. 807 en 816.

recht, waar de waarde van hetgeen is ontvangen in beginsel altijd moet worden vergoed⁷⁾. Met deze algemene waardevergoedingsplicht wordt gebroken om te voorkomen dat aan de ontvanger van de prestatie "een bepaald consumptief bestedingspatroon wordt opgedrongen"⁸⁾.

Het eerste geval is dat waarin de ontvanger van de prestatie, door deze prestatie is verrijkt. Hier ontdekken we een verrijksactie vermomd als vordering uit onverschuldigde betaling. De toelichting Meijers geeft dit ook toe⁹⁾, daarbij aangevend dat er toch wel een verschil bestaat met art. 6.4.3.1, omdat daarbij van belang is of de wederpartij is verarmd. Dit argument doet volgens ons niet af aan het feit dat de gepretendeerde strikte scheiding in het NBW tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking niet wordt waargemaakt¹⁰⁾.

Een waardevergoeding dient eveneens te volgen wanneer het aan de ontvanger is toe te rekenen dat de prestatie is verricht. Men moet in dit verband toerekenen opvatten in de betekenis die naar NBW gangbaar zal worden, namelijk dat er sprake is van schuld of een omstandigheid die voor rekening van die persoon (hier: de ontvanger) dient te komen.

Tenslotte noemt 6.4.2.8 nog het geval dat de ontvanger erin toestemde een tegenprestatie te verrichten. De toelichting stelt dat dit meestal zal betekenen een wederkerige overeenkomst tussen partijen, maar voegt daaraan toe dat ook een andersoortige toezegging van de ontvanger, die niet een wederkerige overeenkomst tot gevolg heeft, voldoende kan zijn.

7) Hofmann-Drion-Wiersma, Het Nederlands verbintenissenrecht, 8e druk 1959, p. 21.

8) Van Zeben-Du Pon, t.a.p., p. 817.

9) Van Zeben-Du Pon, t.a.p., p. 817.

10) Dit heeft zeker twee gevolgen. In de eerste plaats lijken de aanhangers van de leer dat onverschuldigde betaling moet worden gezien als een species van de ongerechtvaardigde verrijksfiguur, hun stelling bevestigd te zien. Ten tweede kan men, naar analogie van art. 6.4.2.8 lid 2, pleiten voor een ongerechtvaardigde verrijksvordering zonder de eis van verarming.

Ter afsluiting van de bespreking van art. 6.4.2.8 nog iets over de zinssnede "voor zover dit redelijk is". Door het opnemen van deze clause wordt het de rechter mogelijk gemaakt de werkingsomvang van deze bepaling te beperken. Het betreft duidelijk een open norm, die door de rechterlijke macht nader dient te worden ingevuld. Een enkele handleiding voor de invulling ervan wordt door de wetgever wel verstrekt¹¹⁾. Zo wordt onder andere naar voren gebracht dat een waardevergoeding bij een opgedrongen prestatie als onredelijk moet worden aangemerkt. Deze regel vindt men ook in het huidige recht¹²⁾.

4. Bespreking van artikel 6.4.2.9

4.1 Casus

Op 13 februari 1979¹³⁾ kreeg de Rechtbank Breda een interessant geval voorgeschied.

Eiser, exploitant van een inrichting, alwaar zakenlieden etc. in een zeer exclusieve omgeving kunnen relaxen, vorderde van gedaagde een flinke som geld. Gedaagde had namelijk wel van verscheidene in bovengenoemd etablissement geboden ontspannende genoegens mogen genieten, maar had deze slechts voor een klein gedeelte betaald.

De rechtbank achtte deze overeenkomst (waarbij dus één der partijen wel en de andere partij nog niet aan zijn verplichtingen had voldaan) nietig, op grond van het feit dat zij in strijd was met de goede zeden.

Alvorens nader op deze, ter illustratie gegeven casus in te gaan, volgt hieronder eerst een overzicht van de gevolgen der nietige overeenkomst naar huidig en nieuw recht.

4.2 De gevolgen der nietige overeenkomst naar huidig recht

Nietige overeenkomsten, overeenkomsten dus zonder oorzaak, of uit een "valsche" of ongeoorloofde oorzaak aangegaan, zijn krachteloos, aldus art. 1371 BW.

Wat die krachteloosheid betekent, is in feite vrij vaag. In ieder geval betekent het niet, dat er nooit rechtsgevolgen aan de nietige

11) Van Zeben-Du Pon, t.a.p., p. 818.

12) HR 18 april 1969, NJ 1969,336, met noot G.J. Scholten (Katwijkse Haven).

13) Rb Breda, 13 februari 1979, NJ 1980,184.

overeenkomst zijn verbonden. De meeste nietige overeenkomsten worden immers, ondanks hun vermeende krachteloosheid toch ten uitvoer gebracht; of dat nu wordt veroorzaakt, doordat partijen geen beroep doen op de nietigheidsregel, of doordat de rechtsverhouding tussen partijen door de aard der prestatie(s) niet meer kan worden hersteld in de toestand waarin men voor het aangaan der overeenkomst verkeerde.

"Krachteloosheid" kan men, afhankelijk van de situatie, beter vertalen met ofwel de door de nietigheid der overeenkomst wegvallende mogelijkheid nakoming te kunnen vorderen, ofwel de door de nietigheid der overeenkomst openvallende mogelijkheid voor partijen de door hen geleverde prestatie(s) terug te vorderen.

In dit verband nu rijzen twee vragen. Ten eerste: behoeven partijen en bij een nietige overeenkomst nooit na te komen? En ten tweede: kunnen partijen in dat geval altijd hun prestaties terugvorderen?

De wet geeft op deze vragen geen duidelijk antwoord. Van Oven¹⁴⁾ vond dat ook niet: nietige overeenkomsten verbinden volgens hem tot wat de goede trouw meebrengt.

De rechtspraak is het echter niet eens met deze stelling¹⁵⁾: zij acht een vordering tot nakoming van nietige overeenkomsten niet toegestaan. Bovendien is zij ook ten aanzien van de terugvordering op grond van nietigheid niet erg flexibel. Door namelijk aan te sluiten bij de onverschuldigde betaling (1395 e.v. BW) kunnen alle prestaties verricht ter uitvoering van een nietige overeenkomst, indien praktisch mogelijk, worden teruggevorderd¹⁶⁾.

Dat deze regeling tot onbillijkheden leidt, is in de literatuur genoegzaam duidelijk gemaakt¹⁷⁾.

14) J.C. van Oven, "Is een wettelijke regeling gewenst van de gevolgen van nietigheid eener overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak", preadvies NJV 1937, p. 5 en 69.

15) Tegen de opvatting van Van Oven wordt aangevoerd, dat zeker bij onzedelijke overeenkomsten veelal gegevens zullen ontbreken aan de hand waarvan de rechter zich een juist oordeel over het gebeurde kan vormen. Zie Hoffman, Drion, Wiersma, t.a.p., p. 32.

16) Vgl. HR 7 november 1935, NJ 1936, 239.

17) Zie o.a. G. Hamaker, De vordering uit onverschuldigde betaling, 1971, p. 123 e.v.

Het grootste bezwaar bestaat ten aanzien van de terugvordering, welke zonder onderscheid der gevallen kan plaatsvinden. Ook naar ons oordeel zou daarentegen zeker onderscheid moeten worden gemaakt ten eerste tussen het geval waarin beide partijen zich aan onzedelijk gedrag hebben schuldig gemaakt en het geval waarin één partij dat heeft gedaan. Ten tweede zou men verschillend moeten oordelen over het geval, dat herstel in de vorige toestand nog mogelijk is, en het geval dat de tegenprestatie niet meer ongedaan kan worden gemaakt.

Onbillijke gevolgen, ontstaan door deze weinig onderscheid makende opvatting, worden wel vergoelijkt met het argument, dat zij kunnen worden gezien als "straf": "dan had U maar geen nietige overeenkomst moeten sluiten". Een argument, dat voor een groot gedeelte kan worden ontkracht door het tegenargument, dat het wel heel merkwaardig is, indien slechts één der partijen moet lijden onder de straf van teruggave der prestatie en de straf dus in feite ten goede komt aan de zich niet minder onzedelijk of onwettig gedragende wederpartij.

Ook het argument, dat de regeling generaal preventief werkt, is dubieus. Niet voor niets kennen de Duitsers de gevleugelde uitdrukking: "Lass dich bewuchern", hetgeen er op neer komt, dat die partij welke niet door de regeling wordt benadeeld, (dus wiens prestatie in tegenstelling tot die van de wederpartij nog is terug te vorderen) er toe wordt aangemoedigd zich ten koste van zijn wederpartij te verrijken.

De regeling wordt overigens wel enigszins door de rechtspraak genuanceerd¹⁸⁾, doordat wordt toegelaten, dat de niet voor teruggave vatbare prestatie wordt getaxeerd en vervolgens wordt gecompenseerd met de ingestelde vordering tot terugbetaling. Deze constructie kan echter lang niet altijd een oplossing bieden: een prestatie bijvoorbeeld die in strijd is met de goede zeden (denk aan de hierboven gegeven casus) zal de rechter niet op geld waarden.

De lagere rechtspraak tracht in deze gevallen de onbillijkheid nog wel teniet te doen, door aan te nemen, dat degene die heeft betaald

18) HR 7 november 1935, NJ 1936,239.

het recht om zijn prestatie terug te vorderen op grond van bepaalde gedragingen heeft verwerkt¹⁹⁾. Aangezien echter de HR een beroep op deze regel consequent terzijde heeft gesteld²⁰⁾ wordt zij slechts in beperkte mate toegepast.

4.3 Conclusie ten aanzien van de huidige regeling der nietige overeenkomst

Dat de regeling naar huidig recht ten aanzien van nietige overeenkomsten voor partijen onbillijk kan werken, is hierboven duidelijk geworden. Maar daarmee is nog niet aangegeven, waarom men een dergelijke regeling heeft geconstrueerd. De reden hiervoor is eenvoudig: men heeft in het huidig recht gekozen voor het algemene belang, de moraal, in plaats van het individuele belang, billijkheid tussen partijen.

Vandaar dus de in het huidig recht gehanteerde regel: nietig is nietig.

4.4 De gevolgen der nietige overeenkomst naar NBW in vogelvlucht

In artikel 6.4.2.9 wordt evenals in het huidig recht als hoofdregel en uitgangspunt aangehouden, dat de prestatie uitgevoerd op grond van een nietige overeenkomst als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd.

Deze hoofdregel wordt echter, in tegenstelling tot het huidig recht, voor een groot deel beperkt, doordat de terugvordering der prestatie is uitgesloten, indien een tegenprestatie is verricht die

19) Vgl. Rb. Assen, 21 oktober 1952, NJ 1953,329.

20) Vgl. o.a. HR 4 mei 1923, NJ 1923,920 en HR 10 maart 1933, NJ 1933,804. Een algemene regel, welke in het buitenland vaak wordt gehanteerd, namelijk dat degene die zelf mede onwettig of onzedelijk heeft gehandeld geen beroep mag doen op de nietigheid van de overeenkomst, is overigens ook niet billijk. Degene die immers als eerste presteert, zal altijd slachtoffer zijn wanneer de tegenprestatie uitblijft.

naar haar aard niet kan worden teruggegeven²¹⁾ en ook niet in rechte op geld behoort te worden gewaardeerd²²⁾.

Door deze regeling bewandelen de ontwerpers van 6.1.9.4 dus een middenweg tussen enerzijds de moraal en anderzijds de tussen partijen geldende redelijkheid en billijkheid. Niet steeds is nietig nog nietig. Zelfs wordt in de uitzonderingsgevallen die hierboven zijn opgesomd nietig *naar gevolgen* geldig!

Overigens moet wat betreft de nakoming worden opgemerkt, dat deze ook naar NBW niet kan worden gevorderd.

4.5 Nogmaals: Relaxen

Wat is nu de oplossing voor de onder 4.1 uiteengezette casus?

Voor het gedeelte dat gedaagde nog niet had betaald kan eiser zowel naar huidig als naar nieuw recht geen nakoming vorderen. Voor het gedeelte, dat gedaagde wel had betaald, zouden naar huidig recht en nieuw recht echter verschillen kunnen optreden.

Naar huidig recht kan namelijk, in tegenstelling tot het NBW, deze geldelijke prestatie nog worden teruggevorderd, terwijl de door de wederpartij geleverde prestatie door haar aard noch kan worden teruggevorderd, noch op geld behoort te worden gewaardeerd²³⁾.

Uit deze casus blijkt, dat het nog steeds een probleem is, het ideale punt op de lijn tussen de goede trouw van Van Oven en de alles overheersende moraal van de huidige rechtspraak te vinden. Hoewel door de regeling in het NBW veel onbillijkheden tussen partijen worden weggenomen, blijven er, zeker doordat nakoming van een nietige overeenkomst niet kan worden gevorderd, onbillijkheden over. In feite gaat

21) Art. 6.4.2.9 lid 2 zorgt ervoor, dat indien 1) een onverschuldigde betalingsactie op grond van 6.4.2.9 lid 1 ondenkbaar is en 2) de wederprestatie bestond uit het geven van een goed, de partij die dat goed heeft gegeven dat niet meer op grond van 3.4.2.2 lid 1 kan terugvorderen. Op grond van 6.4.2.9 lid 2 is de overdracht namelijk geldig, ondanks het feit dat een geldige titel ontbreekt.

22) Men denke aan het plegen van een moord tegen geld.

23) Wellicht dat een vooruitstrevende rechter hier anders over zou oordelen.

vaak en zeker bij onzedelijke overeenkomsten nog steeds de leus op:
"Lass dich bewuchern", zorg dat de niet terug te geven prestatie wordt
geleverd ... en presteer zelf niets.

ARTIKEL 6.5.1.2 NIEUW BW: DE STANDAARDREGELING

Mr B.J. Engelen

Het komende BW introduceert de standaardregeling. Artikel 6.5.1.2 luidt als volgt:¹⁾

1. Een overeenkomst door een der partijen gesloten in de uitoefening van haar bedrijf of beroep, is behalve aan de wettelijke bepalingen ook onderworpen aan een standaardregeling, wanneer voor de bedrijfstak waartoe het bedrijf behoort, of voor het beroep ten aanzien van zodanige overeenkomst een standaardregeling geldt. De bijzondere soorten van overeenkomsten waarvoor standaardregelingen kunnen worden vastgesteld en de bedrijfstak of het beroep, waarvoor elk dezer regelingen bestemd is te gelden, worden bij algemene maatregel van bestuur aangewezen.

2. Een standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe door Onze Minister van Justitie te benoemen commissie. Bij de wet worden nadere regelen gesteld omtrent de wijze van samenstelling en de werkwijze van de commissies.

3. De vaststelling, wijziging of intrekking van een standaardregeling wordt niet van kracht voordat zij door Ons is goedgekeurd en met Ons goedkeuringsbesluit in de Nederlandse Staatscourant is afgekondigd.

4. Bij een standaardregeling kan worden afgeweken van wettelijke bepalingen, voor zover daarvan ook afwijking bij overeenkomst, al of niet met inachtneming van een bepaalde vorm, is toegelaten. De vorige zin lijdt uitzondering, wanneer uit een wettelijke bepaling iets anders voortvloeit.

5. Partijen kunnen in hun overeenkomst van een standaardregeling afwijken. Een standaardregeling kan echter voor afwijking een bepaalde vorm voorschrijven.

1) De formulering van lid 1 is afkomstig uit de Invoeringswet Boeken 3-6 NBW (5^e gedeelte) 17 541. Men zie over de standaardregeling Parl. Gesch. Boek 6, p.839 e.v. alsmede Contractenrecht VII (Hondius) nr.8 en de aldaar en in nr.2 onder NBW vermelde literatuur aangaande vraagpunt 24 en art.6.5.1.2. Vgl. ook Asser-Rutten-Hartkamp II, 7^e druk, Zwolle 1985, nr.376 e.v.; A.R. Bloembergen, BR 1979, p.648 e.v.; CCA-advies, SER-publicatie 1978 nr.7, p.12 e.v.; J.H. Nieuwenhuis, diss. Leiden, Deventer 1979, p.137; B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, Serie praktijkhandleidingen, Zwolle 1987, nr.24 en K. Wiersma, NJB 1963, p.651 e.v.

De ratio van de regeling

Waar de regeling, ontworpen als wapen in de strijd tegen eenzijdige en moeilijk kenbare algemene voorwaarden, aanvankelijk veel kritiek ondervond, zijn deze geluiden inmiddels verstomd. De strekking van de regeling is thans dan ook hoofdzakelijk een andere.

"Deze strekking komt hierop neer dat het in vele gevallen boven het opnemen van wettelijke regelingen van aanvullend recht bij de benoemde overeenkomsten de voorkeur verdient om het treffen van zodanige regelingen over te laten aan een lagere wetgever, en dat wel op een zodanige wijze dat de kring van contractanten waarvoor de regeling zal gelden, bij de opstelling ervan zoveel mogelijk rechtstreeks kan worden betrokken."²⁾

Dat een standaardregeling ook een lans kan opleveren om onereuze algemene voorwaarden mee te doorboren -waarover hieronder meer- is verheugend, doch niet meer dan een neveneffect.

De relatie tussen wet en standaardregeling

Hoewel de regels, neergelegd in standaardregelingen, geen deel zullen uitmaken van het wetboek, vormen zij niettemin wetgeving in materiële zin: partijen zijn van rechtswege gebonden.

Bij deze delegatie door de formele wetgever werden nogal wat vraagtekens geplaatst omdat zij in strijd zou zijn met de codificatiegedachte zoals neergelegd in artikel 107 van de Grondwet: "De wet regelt het burgerlijk recht (...) in algemene boeken (...)." Delegatie is weliswaar toegestaan maar slechts in beperkte mate en vooral in de sfeer van uitwerking en nadere regeling.³⁾ Nu alle overeenkomsten in hoofdlijnen in het wetboek zijn geregeld -zo niet in de boeken 7 en 8,

2) Aldus de MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.860. Vgl. mede p.861 i.t.t. de TM, p.851-852. Zie ook de MvT bij het Wetsontwerp algemene voorwaarden (Inv.wet 2^e gedeelte, 16 983, nr.3), p.16 en de MvA I (16 983 nr.76), p.3.

3) Vgl. de MvA II bij de nieuwe grondwet (15 046, nr.7), p.5 e.v. opgenomen in: Naar een nieuwe grondwet, Documentatiereeks deel 28, Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel Vd, Wetgeving en bestuur. Zie ook C.A.J.M. Kortmann, De grondwetsherziening 1983, Deventer 1983, p.272 e.v.

dan toch in de boeken 3 en 6- lijkt artikel 6.5.1.2 in die gedachte te passen.

Het parlement heeft zich inmiddels laten overtuigen. Indien alles uitvoerig in het toch al dikke wetboek geregeld zou worden, wordt dit onhanteerbaar. Ook kan de formele wetgever minder slagvaardig inspelen op de technische en maatschappelijke ontwikkelingen die op sommige terreinen in hoog tempo plaatsvinden, nog daargelaten het feit dat de politiek voor vele privaatrechtelijke onderwerpen nauwelijks warm loopt. Tenslotte worden belanghebbenden rechtstreeks bij de regeling betrokken: waar de ervaring leert dat het regelend recht in het wetboek in de loop der tijd vaak tot een dode letter wordt, zal bij een specifiek op de branche gerichte en flexibele regeling minder neiging tot afwijking bestaan, hetgeen de rechtseenheid ten goede komt.⁴⁾

Hoewel het parlement niet bij de inhoud van een standaardregeling wordt betrokken, wordt niettemin een evenwichtige belangenafweging gewaarborgd, m.n. door de hierna te bespreken Wet commissies standaardregelingen.

In beginsel kan bij standaardregelingen van wettelijke bepalingen worden afgeweken (art. 6.5.1.2 lid 4); ten aanzien van dwingend recht geldt dit echter uitsluitend voor zover de wet dit toelaat. Men zie aldus explicite de artikelen 7.1.1.4a en 7.12.5. Ook uit de strekking van de wet kan een uitzondering op deze hoofdregels voortvloeien.

De wijze waarop een standaardregeling tot stand komt

Uit lid 1 van artikel 6.5.1.2 blijkt dat de groep van overeenkomsten die aan een standaardregeling onderworpen kunnen worden aan twee zijden wordt afgebakend. Het moet gaan om een -bij AMvB aan te wijzen-

4) Zie Parl. Gesch. Boek 6, p.839 e.v. (n.a.v. vraagpunt 24) en p.861 (MvA II). Zie ook de MvA I (noot 2), p.10. Over de codificatie-gedachte eveneens -naast de in noot 1 genoemde literatuur- A.R. Bloembergen, RMTh 1968, p.61 e.v.; J.M. Polak, NJB 1967, p.597 en de MvA I, 16 529 (Wet bodembescherming), nr.61a, p.6 e.v., waarin opgenomen een compleet overzicht van delegatie-bepalingen in het NBW.

bijzondere soort van overeenkomst, zoals bijvoorbeeld de levensverzekering, de brandverzekering of de verkoop van oliën en vetten. Bovendien moet deze overeenkomst door tenminste één der partijen gesloten worden in de uitoefening van beroep of bedrijf.

Ook de bedrijfstak of beroepsgroep waarvoor de standaardregeling zal gelden wordt bij AMvB aangewezen. Het karakter van de bijzondere overeenkomst -bijvoorbeeld verkoop van een bepaald artikel- varieert immers met de aard van het beroep of bedrijf -de verkoper kan fabrikant, grossier of detailhandelaar zijn- en dezelfde bijzondere overeenkomst kan aldus aan verschillende standaardregelingen onderworpen zijn.⁵⁾

Er is reeds van verschillende zijden geweest op het feit dat de bij AMvB te geven afbakening in verband met de branche-vervaging niet altijd eenvoudig zal blijken.

Een standaardregeling behoeft goedkeuring van de Kroon en dient in de Staatscourant afgekondigd te worden (lid 3). De kenbaarheid van de regeling, zeker in vergelijking met al dan niet gedeponeerde algemene voorwaarden, wordt alom toegejuicht. De vraag is echter of het grote publiek ook daadwerkelijk (beter) op de hoogte zal zijn van de inhoud van te sluiten overeenkomsten.

De inhoud van een standaardregeling wordt bepaald door een door de Minister te benoemen commissie (lid 2). Een voorstel van wet aangaande samenstelling en werkwijze van deze commissies is inmiddels bij de Tweede Kamer ingediend.

De Wet commissies standaardregelingen⁶⁾

In de wordingsgeschiedenis van artikel 6.5.1.2 is verschillende malen gewezen op de essentiële betekenis van de inbreng van belanghebbenden bij het tot stand brengen van een standaardregeling.⁷⁾ De samenstelling van de commissie, die een eenmalig of een meer permanent karakter

5) Men zie voor dit alles TM, Parl. Gesch. Boek 6, p.853.

6) Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18 966, nr.1-3.

7) Men zie hieromtrent en eveneens m.b.t. het navolgende de MvT (noot 6), nr.3, p.5 e.v.. Vgl. ook het VV en de MvA II bij titel 7.1 (koop en ruil), 16 979, resp. nr.7, p.7-8 en nr.8, p.6-7.

kan dragen⁸⁾, wordt geregeld in de artikelen 1 en 2 van bovengenoemd ontwerp.

Een commissie bestaat voor tenminste twee derde uit personen die voortkomen uit kringen van rechtstreeks betrokkenen. De ene helft van deze personen wordt voorgedragen door representatieve organisaties van hen die het beroep of bedrijf uitoefenen waarop de standaardregeling betrekking heeft, de andere helft door representatieve organisaties van hen die bij de te regelen overeenkomst als hun wederpartij plegen op te treden. De Minister van Justitie benoemt overeenkomstig de voordracht. Het is eveneens de Minister die bij beschikking bepaalt welke de representatieve organisaties zijn die commissieleden kunnen voordragen, alsmede het aantal voor te dragen leden. Deze beschikking is vatbaar voor een beroep krachtens de wet AROB.⁹⁾

Over de vraag welke organisaties mogelijk als representatief zullen worden aangemerkt worden geen concrete mededelingen gedaan: dat zal afhangen van het onderwerp van de desbetreffende standaardregeling. Bij overeenkomsten waarbij consumenten afnemers zijn ligt het voor de hand dat deze in de commissie zullen worden opgenomen. Bovendien laat zich in dat geval moeilijk denken dat de SER en m.n. de Commissie voor Consumentenaangelegenheden niet bij de regeling betrokken zullen worden.¹⁰⁾

Het ligt in de bedoeling dat bij de vaststelling van een standaardregeling niet alleen de belangen van toekomstige contractanten, maar ook de eventuele belangen van niet-rechtstreeks betrokkenen en

8) TM, Parl. Gesch. Boek 6, p.853.

9) Ook de afwijzing van een verzoek om als representatieve organisatie te worden aangemerkt komt dus voor AROB-beroep in aanmerking. Vgl. in dit verband ook art.6.5.2A.5: bij AMvB kan de grijze lijst worden gewijzigd. Alvorens daartoe over te gaan hoort de Minister de naar zijn oordeel representatieve organisaties. De afwijzing van een verzoek om gehoord te worden is een beschikking, aldus de MvA I (noot 2), p.18.

10) De opmerkingen aangaande consumenten zijn afkomstig uit de MvA II bij titel 7.1 (noot 7), p.7. Niet ondenkbaar is overigens dat een standaardregeling betrekking zal hebben op overeenkomsten tussen branche-genoten onderling. In dat geval zal tenminste twee derde deel van de commissieleden uit de betrokken groep afkomstig moeten zijn.

m.n. het algemeen belang zullen worden afgewogen.¹¹⁾ Behalve voor de Kroon, ligt hier een taak voor het overige (maximaal een derde) deel van de commissie.¹²⁾ Welke personen hiervoor in aanmerking komen hangt eveneens af van de aard van de standaardregeling. Gedacht kan worden aan onafhankelijke deskundigen maar ook aan derden-belanghebbenden; zo zal, aldus de MvT, bij een standaardregeling tussen fabrikanten en detaillisten veelal ook het belang van tussenhandel en consumenten betrokken zijn.

De artikelen 3 e.v. handelen over de werkwijze van de commissie en spreken voor zich. Aandacht verdient het volgende. De Raad van State heeft opgemerkt¹³⁾ dat voor besluiten geen gekwalificeerde meerderheid wordt vereist (art. 5). Dit bergt het gevaar in zich dat een groep van rechtstreeks-belanghebbenden wordt "overruled". Teneinde dit te voorkomen wordt artikel 7 voorgesteld: een ontwerp-standaardregeling dient tenminste 30 dagen ter inzage te liggen, hetgeen in de Staatscourant en één of meer tijdschriften bekend wordt gemaakt. Belanghebbenden die daar schriftelijk om hebben verzocht moeten worden gehoord. Een verslag van de hoorzitting wordt opgenomen in een door de commissie op te stellen toelichting. Deze toelichting vermeldt tevens de afwijkende gevoelens van de minderheid van de commissie, zo deze dat verlangt (art. 6). Aangenomen mag worden dat de Kroon terdege rekening zal houden met deze afwijzende uitingen. Het is namelijk niet de bedoeling dat artikel 6.5.1.2 zal worden gehanteerd om aan een bepaalde bedrijfstak -eventueel tegen de wil van een belangrijk deel der belanghebbenden- een standaardregeling "op te leggen".¹⁴⁾ Een garantie daartegen bevat de beschreven regeling echter niet.

11) Aldus de TM en de MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.853 en 861.

12) Minister, Kroon en commissie zullen bovendien oog moeten hebben voor het stelsel van het privaatrecht als geheel (TM, noot 11) terwijl mogelijk verschillende standaardregelingen op elkaar afgestemd dienen te worden.

13) Advies RvS bij het onderhavige ontwerp, 18 966, A, p.1 onder 1.

14) MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.861.

Het rechterlijk toetsingsrecht

De inhoud van een standaardregeling kan behalve aan dwingende wetsbepalingen -binnen de grenzen van artikel 6.5.1.2 lid 4- ook getoetst worden aan de Grondwet. Bovendien is mogelijk dat een posterieure wettelijke regel van niet-dwingende aard aan de standaardregeling derogeert: dit zal afhangen van de vraag of die latere regel afwijking beoogt.¹⁵⁾

Nu de standaardregeling wetgeving in materiële zin bevat, kan de al dan niet juiste toepassing van de regeling in cassatie worden getoetst.¹⁶⁾ Daarentegen kan de rechter de inhoud van de bepalingen zelf, de vraag of de belangen van betrokkenen op behoorlijke wijze zijn afgewogen, niet toetsen en is ook afdeling 6.5.2A niet op de regeling van toepassing. Hiertegen bestaan geen overwegende bezwaren gezien de wijze waarop de standaardregeling tot stand komt: een evenwichtige inhoud lijkt verzekerd.¹⁷⁾

Wel kan onder (extreme) omstandigheden het beroep op een uit de standaardregeling voortvloeiende regel in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Van artikel 6.5.3.1 lid 2 -ingevolge artikel 6.5.3.2a dwingend- kan bij standaardregeling niet worden afgeweken. Hetzelfde geldt voor artikel 6.5.3.11, hoewel in de standaardregeling natuurlijk in vele omstandigheden "voorzien" kan worden.¹⁸⁾

De standaardregeling in het licht van de consumentenbescherming

Hoofddoel van artikel 6.5.1.2 is niet langer de bescherming tegen onereuze algemene voorwaarden. Daartoe is een standaardregeling ook minder geschikt nu de regeling nimmer (zuiver) dwingend recht kan

15) TM en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.853-854 en 861-862.

16) Dit i.t.t. de uitleg van algemene voorwaarden, Contractenrecht VII (Hondius) nr.226 e.v. en de aldaar vermelde literatuur, alsmede Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6, p.864.

17) Vgl. MvT, 16 983 (noot 2), p.16 en van consumentenzijde E. Dil-Stork, BR 1982, p.389. Vgl. echter ook de voorgaande opmerkingen: het passeren van de wensen van een bij de standaardregeling betrokken groepering is niet volstrekt uitgesloten.

18) MvA II en Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6, p.861-864.

bevatten. Waar in het algemeen dwingend recht een ultimum remedium vormt waarvan, in verband met de contractsvrijheid van partijen, zo weinig mogelijk gebruik dient te worden gemaakt, is een dergelijke ingreep buiten medewerking van het parlement al helemaal ondenkbaar.¹⁹⁾

In beginsel bevat een standaardregeling dan ook slechts aanvullend recht. Indien zij echter aan haar doel beantwoordt -te weten een flexibele, praktische en rechtvaardige regeling waarmee betrokkenen kunnen instemmen- zal er weinig behoefte bestaan om van de bepalingen af te wijken. De behoefte aan afwijkende -mogelijke onereuze- (algemene) voorwaarden neemt derhalve af.²⁰⁾ Voordeel van een standaardregeling boven (algemene) voorwaarden -voor de gebruiker- is bovendien dat toepasselijkheid niet overeengekomen behoeft te worden: de regeling is immers van rechtswege van toepassing.

Toch kunnen er motieven zijn om de regeling te doorbreken. Hierbij kan men niet alleen denken aan een aanvulling op de regeling -bepaalde (groepen van) contractanten hebben bijzondere behoeften of achten een nadere detaillering wenselijk- maar ook aan een afwijking daarvan.²¹⁾ Een voorbeeld van dit laatste vormt een minder ver gaande aansprakelijkheid dan in de standaardregeling voorzien. Dit behoeft voor de wederpartij niet steeds nadelig te zijn; er kan bijvoorbeeld een prijsverlaging tegenover staan. Veelal zal het evenwel wenselijk zijn dat partijen die in een afwijking toestemmen zich daarvan bewust zijn en er toe worden gebracht zich de gevolgen van deze toestemming te realiseren. Om die reden wordt in artikel 6.5.1.2 lid 5 bepaald dat in de standaardregeling voor afwijking een bepaalde vorm kan worden voorgeschreven. Deze vormvoorschriften kunnen variëren van een verbod van afwijking bij algemene voorwaarden, via een al dan niet handgeschreven geschrift, tot zelfs een notariële akte indien de desbetreffende standaardregeling betrekking heeft op registergoed-transacties. Hoewel de vormvoorschriften niet bedoeld zijn om afwijking via een

19) Parl. Gesch. Boek 6: MvA II(2846) p.843, VV p.859 en MvA II p.861.

20) MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.860.

21) Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 6, p.848-849.

omweg alsnog onmogelijk te maken, kan er natuurlijk toch een zekere bescherming aan worden ontleend.²²⁾

Ook indien afwijking van de standaardregeling op rechtsgeldige wijze heeft plaatsgevonden, kan de regeling een rol blijven spelen bij de bescherming van consumenten e.d.

Afwijking van een standaardregeling bij algemene voorwaarden zal al snel als onredelijk bezwarend worden aangemerkt in het kader van afdeling 6.5.2A²³⁾, terwijl afwijking bij individuele overeenkomst getoetst kan worden aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6.5.3.1), waarbij de standaardregeling wellicht eveneens als maatstaf kan dienen.

Niet uitgesloten acht ik bovendien de mogelijkheid dat overeenkomsten welke niet aan een standaardregeling zijn onderworpen, in het kader van afdeling 6.5.2A c.q. artikel 6.5.3.1 bekeken zullen worden met in het achterhoofd de gedachte aan soortgelijke overeenkomsten waarop wèl een standaardregeling van toepassing is.

Ook van het bestaan van artikel 6.5.1.2 als zodanig kan een zekere invloed uitgaan. Wellicht dat bepaalde branches wegens de hogere status van een standaardregeling en eventueel onder druk van publieke opinie, publiciteitsmedia of belanghebbende (consumenten-)organisaties²⁴⁾ bereid zullen blijken mee te werken aan een standaardregeling. Indien de desbetreffende groepering eenzijdige of geheel geen algemene voorwaarden hanteert lijken de voordelen evident: een evenwichtige, actuele en gedetailleerde regeling. Zelfs indien vertegenwoordigers van de wederpartij inspraak hebben gehad in de gehanteerde voorwaarden, biedt een standaardregeling het voordeel dat ook de belangen van niet-contractanten worden afgewogen.

22) MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.862. Zie over de ratio voor dit zogenaamde semi-dwingend recht ook Asser-Scholten (Algemeen deel), 3^e druk 1974, p.23.

23) MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p.860.

24) Men zie over de invloed van deze instanties behalve de literatuur in noot 1 ook het Rapport Notarissen, WPNR 4982 (1968).

Toepassingen van artikel 6.5.1.2 in de praktijk

In de MvA wordt aangekondigd dat de bestaande in de wet geregelde overeenkomsten moeten worden nagelopen: wellicht kunnen deze geheel of ten dele door een standaardregeling worden aangevuld of vervangen.²⁵⁾ Ook met betrekking tot nieuw te regelen overeenkomsten zal een standaardregeling in overweging genomen kunnen worden. In welke gevallen zal een standaardregeling het juiste instrument voor regelgeving blijken?

Met het verschuiven van de ratio van de regeling kan niet langer worden beweerd dat een standaardregeling veelal te zien zal zijn als een directe reactie op een concrete misstand, situaties waarin de belangen van één groep niet behoorlijk behartigd zijn.²⁶⁾ Toch kan artikel 6.5.1.2 in die gevallen een rol spelen. Het wetsontwerp algemene voorwaarden zal niet in alle gevallen voldoende soelaas bieden en alsdan lijkt het niet uitgesloten dat de wetgever -alvorens naar het uiterste wapen van een dwingende wet te grijpen- partijen eerst in de gelegenheid stelt om zelf, te zamen met de overige commissieleden en onder goedkeuring van de Kroon, tot een evenwichtige standaardregeling te geraken. Vergelijk in dat verband ook artikel 7.1.1.4a. De consument-koper behoeft bescherming; afwijking van de wet in zijn nadeel is in beginsel niet mogelijk. De wetgever meent echter dat een koper ook in een standaardregeling -waarbij de vertegenwoordigers van de toekomstige contractanten in gemeenschappelijk overleg elkaar over en weer zekere rechten hebben verleend in ruil voor bepaalde concessies- voldoende bescherming zal vinden²⁷⁾: bij standaardregeling mag wel van de (dwingende) wet worden afgeweken. Deze procedure kan ook worden omgekeerd: indien partijen overeenstemming hebben bereikt over een regeling kan -ook in verband met alle

25) Aldus de MvA II (2846), Parl. Gesch. Boek 6, p.843. Vgl ook de MvA II, p.860.

26) Zo nog Handelingen II en het Rapport aan de Koningin, Parl. Gesch. Boek 6, p.849 en 856-857.

27) MvT titel 7.1 (noot 7), p.24.

neveneffecten zoals in de vorige paragraaf omschreven- dwingende wetgeving wellicht achterwege blijven.²⁸⁾

Een standaardregeling kan in het algemeen worden overwogen indien een bijzondere soort van overeenkomst in praktijk geregeerd wordt door algemene voorwaarden, hetgeen het geval zal zijn indien er geen (aanvullende) wettelijke regeling bestaat dan wel deze verouderd is of niet gedetailleerd genoeg.

Wanneer valt een standaardregeling te prefereren boven de wet?²⁹⁾ Dit is speciaal dan het geval indien de desbetreffende materie zich minder tot regeling door de formele wetgever leent, bijvoorbeeld omdat te voorzien valt dat deze niet met voldoende slagvaardigheid op gewijzigde situaties kan of zal reageren of veelvuldige wijzigingen of aanvullingen zijn te voorzien.³⁰⁾ Aanvullend recht is daarentegen aangewezen indien het in de loop der tijden gekristalliseerde materie betreft waarbij een zich telkens herhalende behoefte tot wijziging ontbreekt en waarbij bovendien veel van de belanghebbenden nooit van een standaardregeling gebruik zullen maken, alleen al omdat deze overeenkomsten veelvuldig tussen particulieren worden gesloten: men denke aan koop, huur of geldlening.³¹⁾ Dit sluit niet uit dat m.i. een standaardregeling valt te prefereren indien in een bepaalde branche behoefte bestaat aan een meer gedetailleerde en op het bijzondere geval toegespitste benadering van deze algemeen georiënteerde wettelijke regeling. Een standaardregeling zal overigens slechts overwogen worden wanneer het een overeenkomst betreft die met enige regelmaat wordt gesloten en die tot een bepaald type is uitgegroeid.³²⁾

28) In dit kader zou men kunnen denken aan een regeling als de reisovereenkomst (afd. 8.2.6): betrokkenen zijn al met elkaar in overleg in SER-CCA-verband.

29) Een voordeel van standaardregeling en regelend recht boven algemene voorwaarden is overigens dat zij vermoedelijk tot een vermindering van het aantal procedures zullen leiden: er zijn minder toepasselijkheidsproblemen en er zal, i.v.m. de mogelijkheid van cassatie, meer eenheid in de toepassing van regels ontstaan.

30) Vgl. de argumenten die worden aangevoerd voor de mogelijkheid van delegatie; noot 4.

31) MvA II (2846), Parl. Gesch. Boek 6, p.843.

32) TM, Parl. Gesch. Boek 6, p.853.

Opgemerkt mag inmiddels wel worden dat het natuurlijk mogelijk blijft een regeling geheel over te laten aan het bedrijfsleven. Sterker nog: indien de gehanteerde algemene voorwaarden in praktijk een redelijke oplossing bieden, kan de wetgever om die reden bewust van wetgeving afzien, daarmee een zekere goedkeuring aan die regeling verlenend. Dit zal veelal slechts spelen indien dezelfde set algemene voorwaarden vrij algemeen gebruikt wordt en bovendien is ontworpen met voldoende oog voor de belangen van de wederpartij. Desalniettemin kan ook in die situatie de hogere status van een standaardregeling, waarbij bovendien ook andere belangen worden afgewogen, wenselijk zijn.³³⁾

Aan de historie van het Nieuw BW kunnen enige voorbeelden worden ontleend.³⁴⁾

Niet waarschijnlijk is een standaardregeling ten aanzien van (internationale) overeenkomsten waarbij de bestaande internationaal gehanteerde algemene voorwaarden bevredigend werken.³⁵⁾

De aanneming van bouwwerken wordt als species van de aanneming van werk (titel 7.12) nauwelijks geregeld omdat de bouw in praktijk steeds beheerst wordt door de UAV en andere algemene voorwaarden. De UAV zouden in de toekomst mogelijk de basis kunnen vormen voor een standaardregeling.³⁶⁾

33) Zie E.H. Hondius, diss., nrs. 357 e.v. en 366.

34) In de literatuur wordt nogal eens ingegaan op de mogelijkheid om uitgifte van grond door gemeenten door een standaardregeling te laten beheersen. Dit lijkt minder waarschijnlijk nu men gemeentelijke activiteiten vermoedelijk niet als bedrijfsuitoefening kan beschouwen. Zie J. de Jong, diss. Utrecht, Deventer 1984, p.232 e.v. en H.G. van der Werf, diss. Nijmegen, Arnhem 1980, p.84 alsmede HR 19 februari 1982, NJ 1982, 266 en W.H. Heemskerk onder HR 28 mei 1976, NJ 1977, 449.

35) Rapport aan de Koningin, Parl. Gesch. Boek 6, p.857.

36) Toel. Boek 7, p.1062 en 1077. I.v.m. art.7.12.5 zou een standaardregeling zelfs noodzakelijk zijn. Wel dient de in vele bouwregelingen opgenomen arbitrage-clausule, als in strijd met art.6 ECRM en de grondwet, aangepast te worden. Men zie over standaardregelingen in de bouw o.m.: A.F.M. Brenninkmeijer, BR 1982, p.743 e.v.; G. de Grooth, padvies NJV 1955, p.225 e.v.; Harmonisatie van standaardvoorwaarden in de bouw, Bouwrecht Monografieën 5, Deventer-Alphen a/d Rijn 1981, p.27, 50 e.v., 104 e.v. en 203; J.A.L.M. Loeff, HNJV 1955 II, p.11 e.v.; H.O. (vervolg noot)

In boek 8 onthoudt de wetgever zich, onder verwijzing naar bestaande condities, van een nadere regeling van de sleep- en de bevrachtingsovereenkomst.³⁷⁾

Een voorbeeld van een relatie die geheel wordt overgelaten aan standaard- en particuliere regelingen, zonder dat overigens verwezen wordt naar bestaande bevredigende voorwaarden, vormt de bankovereenkomst.³⁸⁾

Al met al valt de betekenis van artikel 6.5.1.2 niet eenvoudig te voorspellen. De standaardregeling lijkt een nuttig instrument: zij kan enerzijds een overvloed aan (dwingende) formele wetgeving voorkomen, terwijl anderzijds vermeden kan worden dat in beginsel identieke overeenkomsten worden beheerst door een onoverzichtelijke hoeveelheid verschillende (algemene) voorwaarden. De vraag is echter of er in praktijk veel standaardregelingen tot stand zullen komen.³⁹⁾ Dat kan uitsluitend de toekomst leren.

(vervolg noot)

Thunnissen, BR 1974, p.166; M.A. van Wijngaarden, rede Leiden, Zwolle 1986, p.16 e.v.; P. Zonderland, preadvies VBR nr.1, Deventer 1973, p.27, 31 e.v., 43 e.v., 74 en 76 en dezelfde in BR 1974, p.158.

37) Toel. Boek 8, eerste stuk, p.1293 en 1412; Vaststelling Boek 8, eerste stuk, MvT, 14 049, nr.3-4, p. 83, 155, en 186.

38) Toel. Boek 7, p.831.

39) Art. 6.5.1.2 is in de westerse wereld zo uniek dat zelfs rechtsvergelijking ons nauwelijks antwoord op die vraag kan geven. Vgl. Hondius, preadvies NJV 1979, p.99-100 en de aldaar vermelde literatuur.

ARTIKEL 6.5.3.4, EEN BAARLE-NASSAU?

mr J.F.M. Janssen

I INLEIDING

1. Karakteristieken van artikel 6.5.3.4

Bij overeenkomst kan worden bedongen dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel zullen verkrijgen en dat mede gebonden zullen zijn degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het goed zullen verkrijgen, aldus luidt de jongste versie¹⁾ van het lid 1 van artikel 6.5.3.4.

De meest saillante kenmerken van dit artikel zijn de volgende:

- a. het beding tussen de rechthebbende van het registergoed (R) en de schuldeiser (S) heeft zakelijke werking, bindt dus ook de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van R, mits R en S zulks, zijn overeengekomen (lid 1); er is dus sprake van een zekere "droit de suite";
- b. deze zakelijke werking treedt pas in wanneer het beding is neergelegd in een notariële akte, gevolgd door inschrijving in de openbare registers (lid 2);
- c. na inschrijving heeft het recht van S niet alleen voorrang boven obligatoire gebruiksrechten, maar ook boven op het registergoed gevestigde absolute rechten, mits deze rechten zijn ontstaan na het tijdstip van de inschrijving van het beding (lid 3); er is dus sprake van een zekere "droit de préférence";

1) Wetsvoorstel 17541, invoeringswet boeken 3-6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte) (wijziging van titel 11 van boek 3 en van de boeken 5 en 6), stuk nr. 8, p. 66 e.v.

- d. mits het beding van lid 1 van artikel 6.5.3.4 op de dag van de faillietverklaring van R in de openbare registers is ingeschreven, kan S zijn recht handhaven tegen de faillissementscurator van R (art. 35a Fw.). De positie van S is derhalve vergelijkbaar met die van een separatist.

De conclusie is duidelijk: hoewel de regeling van artikel 6.5.3.4 obligatoir van opzet is, veronderstellen de rechtsgevolgen eerder het bestaan van een absoluut dan van een persoonlijk recht. Geen wonder dat over het artikel in talrijke beschouwingen een rechtssystematisch veto is uitgesproken. Bij de hier bedoelde beschouwingen springen twee elementen in het oog. De bezwaren tegen artikel 6.5.3.4 worden vooral ontwikkeld vanuit een vergelijking met de erfdiensbaarheden. In de tweede plaats worden de betogen gekenmerkt door een volkomen ontbreken van aandacht voor de overwegingen die voor de ontwerper redengevend zijn geweest bewust de obligatoire variant te verkiezen boven een niet-obligatoire variant. In deze beschouwing staat het laatste aspect centraal.

2. Overwegingen van de ontwerper bij zijn keuze voor artikel 6.5.3.4.

De wetgever heeft ervoor gepast zich bij het bepalen van zijn keuze tot gijzelaar van de eigen systematiek te maken. Bij zijn keuze heeft hij zich blijkens de toelichting uitsluitend laten leiden door de gedachte dat met een obligatoire variant praktischere resultaten zijn te boeken dan met een niet-obligatoire variant. Dit uitgangspunt lijkt mij gezond: resultaten en niet dogmatiek behoren beslissend te zijn bij het maken van een keuze. Dat hierdoor wellicht een hybridische figuur ontstaat, is slechts een onderstreping van het vaste gegeven dat bij classificatie van rechtsverschijnselen een simpele dychotomie een simplificatie van de rijk verscheiden rechtswerkelijkheid is. In de parlementaire geschiedenis²⁾ wordt ten gunste van de obligatoire variant het volgende opgemerkt:

"Zo komt het hem voor dat, indien de kwalitatieve verplichting voortspuit uit een wederkerige overeenkomst in dier voege dat

2) Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 942.

tegenover deze verplichting een tegenpretatie verschuldigd is, in geval van niet nakoming door een der partijen de mogelijkheid dient te bestaan van opschorting overeenkomstig artikel 6.5.4.2 en van ontbinding overeenkomstig de artikelen 6.5.4.6 e.v. Ook is er naar zijn mening reden om voor een overdracht door de schuldeiser van de in artikel 6.5.3.4 bedoelde rechten in beginsel de leveringsvorm van artikel 4.3.2.7³⁾ voor te schrijven. Aldus wordt immers gewaarborgd dat de schuldenaar van de overdracht op de hoogte wordt gesteld door de in dat artikel bedoelde mededeling, terwijl bovendien behoefte kan bestaan aan toepassing van lid 3 van dat artikel. Tevens wordt op deze wijze bereikt dat de overeenkomst, ook voor het tot inschrijving in de openbare registers komt, reeds tussen partijen werkt, iets wat bij de onderhavige figuur veelal in overeenstemming met hun verwachtingen zal zijn. Bij dit alles komt dat de figuur van de verbintenis het beste bij die van de onderhavige kwalitatieve verplichting past, omdat deze immers zal bestaan in een enkelvoudige op de schuldenaar gelege verplichting jegens een bepaalde schuldeiser eventueel versterkt met een boetebeding als bedoeld in de artikelen 6.1.8.16 e.v. Bij een zakelijk recht gaat het veelal om een meer omvattende bundel verplichtingen en bevoegdheden, in de regel door partijen bij de vestiging ervan nader uitgewerkt, terwijl met de erfdiensbaarheid die soms ook op de eigenaar van het dienende erf een enkele verplichting legt, dit belangrijke verschil bestaat, dat deze aan beide zijden kwalitatief is, terwijl de kwalitatieve verplichting van 6.5.3.4 dat alleen aan de passieve zijde is".

Om de argumenten van de wetgever te kunnen wegen zal gekeken moeten worden naar het alternatief voor artikel 6.5.3.4, derhalve naar de absoluutrechtelijke variant ervan. Zou het dan zo zijn, dat hiermee dezelfde dan wel nagenoeg dezelfde resultaten waren te boeken als met de obligatoire variant, dan lag dunkt mij, de conclusie voor de hand dat de niet-obligatoire variant de voorkeur verdiende, omdat dan het herstel van de systematiek geen doel meer op zichzelf was. Zou de obligatoire variant wel het waarmerk van deugdelijkheid verdienen, omdat de argumenten van de wetgever steekhoudend waren, dan restte nog de vraag of de regeling van artikel 6.5.3.4 sluitend is en mitsdien de toets der kritiek kan doorstaan.

3) Lees: 3.4.2.7

II DE KWALITATIEVE VERBINTENIS, ABSOLUUTECHTELIJKE VARIANT

3. Voorbeelden

Op talrijke plaatsen in de boeken 3 en 5 kent het nieuw BW kwalitatieve verbintenissen. Boek 5 titel 4 (burenrecht) staat bijv. bol van dergelijke bevoegdheden/verplichtingen. Zo is op grond van artikel 5.4.15 een eigenaar verplicht ervoor te zorgen dat geen water of vuilnis van zijn erf in de goot van eens anders erf komt.

Ook in de sfeer van de beperkte rechten zijn er de nodige te vinden. De stereotype voorbeelden in de literatuur worden ontleend aan de rechten van erfdiensbaarheid en van opstal, merkwaardigerwijze echter nimmer aan de zekerheidsrechten, terwijl er toch ook in deze sector de nodige zijn te vinden, bijvoorbeeld het recht van de pand- of hypotheekhouder tot executie van het onderpand over te gaan in geval van verzuim van de schuldenaar (artt. 3.9.2.9 resp. 3.9.4.11), de bevoegdheid zichzelf uit de executieopbrengst te voldoen alsmede de bevoegdheid die opbrengst in voorkomende gevallen te verdelen onder andere schuldeisers met een verhaalsvoorrang (art. 3.9.2.14), de bevoegdheid van de hypotheekhouder onder bepaalde omstandigheden het verhypothekerde goed in beheer te nemen (art. 3.9.4.9).

In de aan het zekerheidsrecht ontleende voorbeelden zijn steeds de rechten van pand- en hypotheekhouder tot uitgangspunt genomen. Dit impliceert uiteraard niet dat de pand- en hypotheekgever geen rechten hebben, reeds omdat in het verlengde van ieder recht voor de titularis ook verplichtingen liggen. Deze liggen opgesloten in de voorwaarden waaronder hij zijn rechten geldend kan maken. Wanneer bijvoorbeeld art. 3.9.2.9 bepaalt dat de pandhouder, de titularis, slechts tot parate executie mag overgaan in geval van verzuim van de schuldenaar, houdt deze bepaling impliciet de beperking in dat zodanige bevoegdheid de titularis niet toekomt, wanneer de schuldenaar niet in verzuim is en aangezien een recht zonder een hiermee corresponderende verplichting en omgekeerd een verplichting zonder een hiermee corresponderend recht ondenkbaar is, ontleent in het gegeven voorbeeld de pandgever aan art. 3.9.2.9 de aanspraak dat de pandhouder het object van het pandrecht ongemoeid laat zolang de schuldenaar niet in verzuim verkeert.

4. Karakter van de absoluutrechtelijke kwalitatieve verbintenis

Wat is het karakter van de aanspraken en verplichtingen in de in het vorige nummer genoemde gevallen?

Bij mijn beschouwingen zal ik de genoemde gevallen van de artikelen 5.4.15 en 3.9.2.11 tot uitgangspunt nemen.

Teneinde het antwoord op deze vraag te kunnen vinden, zal de aandacht zich moeten uitstrekken tot het terrein van de rechtshandhaving, want de rechtsproblematiek wordt uiteindelijk altijd versmald tot de vraag: wat kan de een doen wanneer de ander zich niet aan zijn verplichtingen houdt? Welke rechten heeft derhalve de eigenaar, A, in wiens goot zijn buurman, B, vuilnis stort en welke rechten heeft de pand- of hypotheekgever, C, wanneer de pand- of hypotheekhouder, D, tot executie wil overgaan ook al is de schuldenaar niet in verzuim? Is er in deze gevallen sprake van wanprestatie van B resp. D en kunnen A resp. C nakoming en/of schadevergoeding vorderen?

Het antwoord op deze vragen luidt naar mijn mening ontkennend. Tussen enerzijds A en C en anderzijds B en D bestaat geen verbintenis. Kwalificaties als "schuldeiser", "schuldenaar", "wanprestatie", "nakoming", "verbintenis" e.t.q. zijn verbintenisrechtelijk geijkt. Van een verbintenis in de zin van boek 6 is dan ook geen sprake. Mitsdien komt men, om wat te noemen, niet toe aan tekortkoming (art. 6.1.8.11), opschorting (artt. 6.1.6A.1 en 6.5.4.2), ontbinding (art. 6.5.4.6) etc. Het opereren met dergelijke kwalificaties moet in de genoemde voorbeelden worden ontraden, omdat deze begrippen een vaste, verbintenisrechtelijke inhoud hebben en van gebruik, ook al is dit slechts spraakgebruik, verwarring is te duchten. Niet de regels van het verbintenisrecht, maar die van het zakenrecht zijn in casu van toepassing. Het is mitsdien zaak primo het bewijs voor de juistheid van deze stelling te leveren, secundo na te gaan hoe in het zakenrechtelijke systeem nakoming, opschorting, schadevergoeding, ontbinding etc. geoperationaliseerd (dienen te) worden. De aan art. 5.4.15 ontleende aanspraak van A dat B geen vuilnis in de goot van A stort, zegt iets over de omvang van de verschillende eigendomsrechten.

Theoretisch kan men de kwestie op twee verschillende manieren benaderen: enerzijds kan men betogen dat de eigendom van A territoriaal niet is begrensd tot zijn eigen erf, omdat hij een zekere mate van

zeggenschap heeft over de wijze waarop het B vrij staat zich op zijn erf te gedragen. Anderzijds kan worden volgehouden dat de eigendom van A territoriaal wel begrensd is tot het eigen erf, maar het subjectief recht van B, vergeleken met dat van A, geringer van omvang is, hetgeen zijn oorzaak vindt in de hogere ligging van het erf van B.

Dit verschil in benadering heeft naar mijn mening consequenties voor de wijze rechtsbescherming. In de eerste optiek zou een schending door B van zijn verplichting jegens A een inbreuk opleveren op diens eigendomsrecht en uit dien hoofde in beginsel onrechtmatig zijn. In de tweede visie zou dit uitgesloten zijn, omdat tot het eigendomsrecht van A niet behoort een zekere zeggenschap over het erf van B. De aanspraak die A jegens B heeft, stoelt rechtstreeks op de wet. B usurpeert bevoegdheden die hem rechtens niet toekomen. Ook dan handelt hij onrechtmatig, maar niet omdat hij het eigendomsrecht van A schendt, maar omdat hij in strijd handelt met een in het belang van A geschreven wettelijke plicht.

In het huidige recht heeft aanvankelijk de tweede opvatting gegolden⁴⁾. Bijna twee decennia later ging mijns inziens de Hoge Raad om. In zijn arrest van 5 juni 1914 NJ 1914-845 overwoog hij:

"dat het recht op een voetpad, dreef of weg, aan verscheiden geburen gemeen, met den eigendom der goederen is verbonden en aan die geburen als eigenaren der gronden toekomt."

Het nieuw BW heft zich bij deze opvatting aangesloten. In de toelichting⁵⁾ wordt over de regels van boek 5 titel 4 (burenrecht) opgemerkt - het cursief is van mij -:

"Zij geven dus niet een recht dat *naast* de eigendom staat - hetzij een wettelijke erfdienstbaarheid, gelijk in Frankrijk, hetzij een *persoonlijk vorderingrecht* - maar zij bepalen nader de inhoud van het eigendomsrecht".

Uitdrukkelijk wordt dus ontkend dat de bevoegdheden/verplichtingen in het burenenrecht verbintenissen (uit de wet) zijn. De bevoegdheden en

4) HR 17-1-1896 W 6766

5) Parlementaire geschiedenis boek 5, p. 175

verplichtingen geven een nadere aanduiding van de inhoud van de verschillende eigendomsrechten.

5. Verbintenis (uit de wet), een onhoudbare optie.

De hier bedoelde rechtsverhoudingen beantwoorden uitgesproken slecht aan de omschrijving van het begrip verbintenis. Kenmerkend voor een verbintenis zijn (a) de aanspraak van een bepaalde persoon jegens, een andere persoon, (b) de toepasselijkheid van rechtsregels van boek 6 in het bijzonder die van de eerste titel. Zou kunnen worden aangetoond dat op de hiervoor bedoelde rechtsverhouding tussen enerzijds A resp. C en anderzijds, B resp. D de regels van boek 6 niet van toepassing zijn, dan volgde hieruit dat A/C en B/D niet tot elkaar staan in een verhouding van schuldeiser en schuldenaar.

De volgende argumenten pleiten tegen een verbintenisrechtelijke verhouding. Ter vermijding van wijdlopijge omschrijvingen zal ik de rechtsverhouding tussen enerzijds A resp. C en anderzijds B resp. D, zij het minder juist, aanduiden als een zakenrechtelijke verbintenis:

- (a) Kenmerkend voor een verbintenis van boek 6 is dat partijen, binnen de grenzen van art. 3.2.7, autonoom zijn in de bepaling van haar inhoud. Een dergelijke autonomie ontbreekt bij de zakenrechtelijke verbintenis. De inhoud hiervan wordt ofwel exclusief bepaald door de wet, bijvoorbeeld het burendrecht en de zekerheidsrechten, ofwel gedeeltelijk door partijen, bijvoorbeeld erfdiensbbaarheden, opstal, vruchtgebruik, maar zij zijn hierbij aan stringente beperkingen gebonden⁶⁾: ten eerste, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit, mogen zij aan de verschillende beperkte rechten (...) geen andere inhoud geven dan deze rechten volgens de desbetreffende bijzondere wetsbepalingen hebben. Als tweede restrictie, evenals de eerste verwoord in artikel 3.4.1.2 lid 1, geldt dat wanneer men bevoegdheden en verplichtingen die de wet niet regelt tot de inhoud van het desbetreffende beperkte recht wenst te maken ze zodanig verband moeten hebben met het beperkte

6) Parlementaire geschiedenis boek 5, p. 3.

- recht, dat een gelijke behandeling met de door de wetgever wel geregelde bevoegdheden en verplichtingen gerechtvaardigd is. Wordt deze grens overschreden, dan missen deze bevoegdheden en verplichtingen zakelijke werking en werken ze slechts obligatoire. De rechtsopvolger onder bijzondere titel is er dan niet aan gebonden;
- (b) nauw met de sub (a) vermelde karakteristiek van de verbintenis hangt samen dat binnen de grenzen van art. 3.2.7 partijen een onbeperkt aantal verbintenissen in het leven kunnen roepen. Bij de zakenrechtelijke verbintenis is dit uitgesloten, zoals blijkt uit art. 3.4.1.2 lid 1. De zakenrechtelijke verbintenissen vormen in tegenstelling tot de obligatoire verbintenissen een gesloten systeem;
 - (c) obligatoire verbintenissen ontstaan doorgaans vormvrij, bij de zakenrechtelijke verbintenissen geldt in de regel een vormvoorschrift (artt. 3.4.2.4 e.v.);
 - (d) voor het doen ontstaan van een obligatoire verbintenis is enige zakenrechtelijke kwaliteit geen vereiste, wie geen rechthebbende is, kan toch bijvoorbeeld een huis verhuren ook wanneer toestemming van de rechthebbende ontbreekt. De omstandigheid dat de verhuurder buiten staat is het huurgenot te verschaffen maakt de overeenkomst niet nietig. Dit volgt uit de artt. 6.1.8.1 j^o 6.1.8.11 dat bepaalt dat wanneer nakoming blijvend onmogelijk is de primaire prestatie - in casu - het verschaffen van huurgenot - automatisch wordt omgezet in een (subsidiare) verbintenis tot schadevergoeding. voor het doen ontstaan van een zakenrechtelijke verbintenis is het hebben van een zakenrechtelijke kwaliteit *conditio sine qua non*. Beperkte rechten zijn immers rechten die uit een meeromvattend recht zijn afgeleid hetwelk met dit beperkte recht is bezwaard (art. 3.1.17). Wie niet zo'n meeromvattend recht heeft, kan vanzelfsprekend hiervan niet een aantal bevoegdheden afsplitsen en die aan een ander overdragen (*nemo plus-regel*);
 - (e) uit het vorige kenmerk van de verbintenis volgt logisch dat wie van zijn meeromvattend recht reeds een aantal bevoegdheden heeft afgesplitst, niet nogmaals, dezelfde bevoegdheden voor hetzelfde tijdvak aan een derde kan overdragen. Deze *prior tempore*-regel is een logisch sequeel van de *nemo plus*-regel. Een identieke beperking ontbreekt bij de obligatoire verbintenis. Zo kan

in overeenstemming met de ratio van art. 3.2.9, nml. bescherming van de individuele burger, maar vooral ook het algemeen belang (zie hierover hetgeen is opgemerkt m.b.t. de art. 1504-1506 BW) dat art. 3.2.9 BW met zijn sanctie van absolute nietigheid niet gemist kan worden.

Concluderend kan gesteld worden dat in het Nieuw BW minder artikelen voorkomen waarin de obligatoire handelingsonbevoegdheid met zoveel woorden tot uitdrukking is gebracht. Eigenlijk worden alleen art. 346 Boek 1 BW (handelingsonbevoegdheid voogd) en de hierboven besproken handelingsonbevoegdheid van de openbare ambtenaren met name genoemd. Dat deze reductie t.o.v. het wetboek van 1838 van het aantal wetsartikelen waarin handelingsonbevoegdheid te lezen is heeft plaats gevonden, is niet zo vreemd gezien de verouderde maatschappelijke opvattingen die juist bijvoorbeeld m.b.t. het huwelijk plaats gevonden hebben, op welk gebied de wetgever van 1838 zo rijkelijk met verbodsbepalingen gestrooid heeft.

UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

mr G.H. Lankhorst

Inleiding

In de artikelen 1378 tot en met 1387 geeft ons huidige Burgerlijk Wetboek een opsomming van de regelen, die de rechter bij de uitleg van overeenkomsten in acht heeft te nemen. In het Nieuw Burgerlijk Wetboek zal men tevergeefs zoeken naar bepalingen met een soortgelijke inhoud. De huidige uitlegbepalingen overleven de op handen zijnde codificatie niet. De toelichting op het NBW laat weinig twijfel bestaan over de vraag of "van oud naar nieuw" ook "van goed naar beter" betekent:

"De regels die het geldende wetboek daaromtrent in de artikelen 1378 en volgende formuleert, zijn in het ontwerp niet overgenomen, daar zij gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn."¹⁾

Een minder vernietigend oordeel wordt uitgesproken door Van den Bergh²⁾, die betoogt dat de interpretatieregels "geen eigenlijke rechtsregels zijn, maar regels van praktische logica (die een kind kan begrijpen) ..." Voor de jonge jurist lijkt het een troost, dat niet ieder kinderlijk eenvoudig leerstuk uit het BW eenzelfde lot in het NBW beschoren is als de artt. 1378-1387! Hoe dan ook, de stellingen van de Toelichting en Van den Bergh vragen om tekst en uitleg.

Drie methoden

Voor een goed begrip van de problemen die rond de uitleg kunnen rijzen, is het allereerst noodzakelijk in te zien dat er - naast het

1) Toelichting NBW Afdeling 6.5.3, blz. 759

2) G.C.J.J. van den Bergh, Taal en recht of het interpretatieprobleem, AAe 1967, blz. 103.

dit is volledig in overeenstemming met art. 6.3.1.1, de bepaling die strekt tot bescherming van zakelijke rechten, omdat de verplichtingen waarnaar dit artikel verwijst per definitie slechts kwalitatief bepaald zijn: zo kunnen verkeersnormen slechts geschonden worden door verkeersdeelnemers, normen van economische mededinging door ondernemers geschonden worden. Voor het karakter van de verplichting: verbintenis of beperkt recht, is niet beslissend het kwantitatief gegeven dat slechts één persoon, in casu de erfpachter, de verplichting tot betalen van de canon kan schenden, maar het kwalitatief gegeven dat slechts een erfpachter hiertoe in staat is. Terecht verwijzen dan ook verschillende bepalingen uit het burendrecht naar art. 6.3.1.1.

Een punt verdient in dit verband nog aandacht; van een verbintenis kan nakoming worden gevorderd. Op welke wijze kan nakoming gevorderd worden van zakenrechtelijke verplichtingen? Hoe kan bijvoorbeeld de bloot-eigenaar de erfpachter tot betaling van de canon dwingen? Ook deze actie vindt naar mijn mening zijn grondslag in art. 6.3.1.1. Niet nakoming in het zakenrecht is, zoals gezegd, een inbreuk op het subjectieve recht van de titularis. Wie nakoming verlangt, eist met andere woorden een verbod van verdere inbreuk. Mijns inziens dient dit niet te worden beschouwd als een vorm van schadevergoeding op andere wijze dan in geld (art. 6.1.9.9), want dan zou deze actie slechts mogelijk zijn, wanneer aan alle vereisten van art. 6.3.1.1 was voldaan, in het bijzonder aan het vereiste dat de onrechtmatige gedraging aan de dader kan worden toegerekend. De parallel met het verbintenissenrecht eist dat in het zakenrecht aan materieel dezelfde rechtsvorderingen geen verschillende eisen worden gesteld. De enige eis die men derhalve aan "nakoming" stelle, is het bestaan van een afdwingbare verplichting.

6. Artikel 6.1.6A.6, een faux pas

In het zakenrecht bestaan geen verbintenissen, derhalve ook geen kwalitatieve verbintenissen. Bevoegdheden/verplichtingen die als kwalitatieve verbintenissen worden aangeduid, zijn in werkelijkheid een nadere bepaling van (de inhoud van) subjectieve rechten. In ronde

bewoordingen wordt dit door de ontwerper in zijn toelichting op boek 5 titel 4 toegegeven - zie hiervoor no. 4 -. Des te merkwaardiger is daarom art. 6.1.6A.6. Dit artikel verklaart de artikelen 6.1.6A.1 e.v. van overeenkomstige toepassing op het retentierecht, voor zover daarvan niet wordt afgeweken in de artikelen 3.10.4A.1 e.v. Voor zover tussen de retentor en zijn wederpartij een obligatoire rechtsbetrekking bestaat, is toepasselijkheid van afdeling 6.1.6A niets bijzonders. Dit wordt eerst anders wanneer de retentor slechts in een zakenrechtelijke rechtsbetrekking staat tot degene jegens wie hij zijn opschortingsbevoegdheid uitoefent. Tot deze laatste categorie retentors beperk ik mij.

Kenmerkend voor het retentierecht is de bevoegdheid van de retentor de zaak van een ander onder zich te houden totdat zijn vordering met betrekking tot de zaak is voldaan. Deze formulering wijkt af van die van art. 3.10.4A.1, omdat binnen de door mij bedoelde doelgroep twee verschillende categorieën moeten worden onderscheiden:

(a) de retentor heeft op de eigenaar van de zaak zelf een vorderingsrecht (bijv. art. 3.5.14); (b) de retentor heeft wel een opschortingsbevoegdheid jegens de eigenaar, maar de vordering heeft hij op een ander (de gevallen van art. 3.10.4A.2). Normaliter komt aan de eigenaar de revindicatie toe (art. 5.1.4). Aan het retentierecht ontleent de retentor evenwel de bevoegdheid inbreuk te maken op dit eigendomsrecht. In alle gevallen waarin de retentor *bevoegdelijk* zijn verplichting tot afgifte van de zaak opschort, ontleent hij aan de wet de rechtvaardigingsgrond voor deze inbreuk die hierdoor niet langer onrechtmatig is.

In de toelichting op artikel 3.10.4A, wordt opgemerkt, dat deze bepaling ruimer is geformuleerd dan artikel 6.1.6A, - dat het over en weer bestaan van *verbintenissen* veronderstelt, omdat zij rekening houdt met het geval dat de verplichting tot afgifte niet berust op een verbintenis. Als voorbeeld wordt dan genoemd⁷⁾ de verplichting van de bezitter-niet eigenaar de zaak af te geven aan de eigenaar-niet bezitter (art. 3.5.14).

7) Parlementaire geschiedenis boek 3, p. 88

Het komt mij voor dat in de door mij bedoelde gevallen de ontwerper met artikel 6.1.6A.6 ingaat tegen zijn eigen systeem: wanneer er geen *verbintenis* is tot afgifte, is het van overeenkomstige toepassing verklaren van specifiek voor verbintenissen geschreven bepalingen - de afdelingen 6.1.6A (opschortingsrechten) en 6.1.7 (schuldeisersverzuim) - niet alleen onlogisch, maar het leidt ook tot uitkomsten waarvan de redelijkheid niet boven iedere twijfel verheven is in het bijzonder waar het de aansprakelijkheid van de retentor betreft, welke overigens slechts voor de hiervoor sub (a) aangeduide gevallen is geregeld. Ter toelichting diene het volgende: categorie (a) - artikel 3.5.14 -: als gevolg van artikel 6.1.6A.6 is ook artikel 6.1.7.2 van toepassing.

Ingevolge deze bepaling brengt de retentor die *bevoegdelyk* zijn verplichting tot afgifte opschort de eigenaar in schuldeisersverzuim. Hiervoor is weliswaar nodig dat door diens toedoen de retentor zich genoodzaakt ziet zijn verplichting tot afgifte op te schorten, maar aan deze voorwaarde van artikel 6.1.7.2 zal normaliter zijn voldaan, omdat de eigenaar die de vergoeding van artikel 3.5.14 niet betaalt, toerekenbaar tekort schiet (wanprestatie pleegt). Door deze houding van de eigenaar wordt de retentor gedwongen de zaak langer dan hem lief is, onder zich te houden met alle kwade kansen van dien. Artikel 6.1.7.7 nu komt de retentor te hulp door diens aansprakelijkheid jegens de eigenaar te beperken: de retentor is nog slechts aansprakelijk voor de aan de zaak opgekomen schade wanneer hij door zijn schuld of die van een ondergeschikte is tekortgeschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden verwacht. De aansprakelijkheid voor *eigen* gedragingen van de retentor is derhalve beperkt tot *schuld*, terwijl de *afgeleide* aansprakelijkheid beperkt is tot gedragingen van niet-ondergeschikten. Voor gedragingen van niet-ondergeschikten - bijv. de sequestor - is de retentor niet aansprakelijk. Met name de beperking die geldt voor de afgeleide aansprakelijkheid lijkt niet altijd redelijk.

Zou artikel 6.1.7.7 niet van toepassing zijn, dan zou de aansprakelijkheid van de retentor worden beheerst door de regels van de onrechtmatige daad (artikelen 6.3.11 e.v.). Uit *eigen* hoofde was de retentor aansprakelijk in geval van een fout - NBW-jargon voor een toerekenbare onrechtmatige daad -. Bij de beoordeling van deze

aansprakelijkheid zal gewicht moeten toekomen aan het gegeven dat de retentor de zaak noodgedwongen onder zich heeft. Dit gegeven staat er mijns inziens aan in de weg op voet van lid 3 van artikel 6.3.1.1 een *risico*aansprakelijkheid aan te nemen voor enige normschending door de retentor. Op hem rust derhalve en schuldaansprakelijkheid, hij is alleen dan aansprakelijk wanneer hij niet die zorgvuldigheid in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden - het onvrijwillig onder zich hebben van de zaak - van hem mocht worden verwacht. Wat betreft de aansprakelijkheid voor eigen gedragingen van de retentor is er geen verschil in uitkomst tussen de artikel 6.1.7.7 en 6.3.1.1.

Wat betreft de afgeleide aansprakelijkheid van de retentor, die bestaat in ieder geval voor ondergeschikten (art. 6.3.2.2), zodat er ook in dit opzicht geen verschil bestaat met artikel 6.1.7.7. Artikel 6.1.7.7 sluit echter aansprakelijkheid voor gedragingen van de retentor uit, artikel 6.3.2.3 daarentegen opent wel de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor niet ondergeschikten, hetgeen soms tot meer bevredigende uitkomsten leidt. Ter toelichting moge het volgende voorbeeld dienen. A heeft zijn auto in reparatie gegeven aan B. A weigert op ondeugdelijke gronden de rekening te voldoen en B weigert hierop afgifte van de auto. Wegens plaatsgebrek stalt B vervolgens de auto bij C die iedere aansprakelijkheid jegens B heeft uitgesloten. Door een onhandige manoeuvre van een werknemer van C raakt de auto beschadigd. Naar mijn mening is er geen reden B, die geen gebruik heeft gemaakt van de aansprakelijkheidsbevrijdende consignatieregeling (artikelen 6.1.7.9 e.v.) niet ex 6.3.2.3 aansprakelijk te achten jegens A, omdat hij door inschakeling van derden in het kader van zijn bedrijfsvoering niet in een gunstigere positie mag komen dan zonder deze inschakeling het geval zou zijn geweest. Blijkens de toelichting op verschillende bepalingen ligt aan afdeling 6.3.2 de gedachte ten grondslag dat wie door inschakeling van derden zijn debiet vergroot tegenover grotere lusten ook grotere lasten heeft. Aansprakelijkheid van B is des te redelijker, omdat hij A de gemaakte kosten in rekening zal brengen.,

Wat betreft categorie (b) - de gevallen van artikel 3.10.4A.2 -, voor deze gevallen kent het nieuw BW geen aparte aansprakelijkheidsregeling. Hoofdregeel dient mijns inziens te zijn dat de aansprakelijkheid van de retentor jegens de eigenaar nooit verder mag reiken dan

zijn aansprakelijkheid jegens de schuldenaar. Het verdient daarom wellicht aanbeveling in artikel 6.1.7.16 een verwijzing naar ratikel 6.1.7.7 op te nemen.

Ik concludeer dat artikel 6.1.6A.6 overbodig is voorzover de retentor tot degene jegens wie hij zijn opschortingsbevoegdheid inroept in een verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking staat en onjuist is voor zover deze rechtsbetrekking slechts zakenrechtelijk van aard is; de materie dient dan niet beheerst te worden door artikel 6.1.7.7, er is immers geen verbintenis, maar door artikel 6.3 (onrechtmatige daad).

III DE KWALITATIEVE VERBINTENIS, OBLIGATOIRE VARIANT (ARTIKEL 6.5.3.4)

7. Argumenten ten gunste van de obligatoire variant

In het nieuw BW kan men op twee verschillende wijzen aan een verbintenis kwalitatieve werking verlenen: ten eerste via de bekende weg van het kettingbeding, beperkingen bestaan dan niet; ten tweede door middel van artikel 6.5.3.4, dat een aantal beperkingen kent. Ik beperk mij tot het laatste alternatief.

In II zijn de karakteristieken van de zakenrechtelijke variant van artikel 6.5.3.4 aangegeven. Het is thans zaak de in no. 2 opgesomde argumenten die de ontwerper hebben doen kiezen voor de obligatoire variant kritisch te bekijken.

(a) artikel 6.5.4.2: komt de rechthebbende van het registergoed zijn verplichtingen niet na, dan kan de wederpartij zijn verplichting opschorten en omgekeerd. Met de zakenrechtelijke variant kan hetzelfde resultaat worden bereikt: ontvangt de rechthebbende van het registergoed de vastgestelde vergoeding niet, dan staat het hem vrij zijn verplichting om te dulden of niet te doen op te schorten. Juridisch levert deze gedraging een inbreuk op het subjectief recht van de beperkt gerechtigde op een dus een onrechtmatige daad - zie no. 5 -, het onrechtmatig karakter komt evenwel hieraan te ontvallen door de weigering van de beperkt gerechtigde de verschuldigde vergoeding te voldoen. Recht en plicht zijn immers in onderlinge afhankelijkheid van elkaar gevestigd. In bijzondere gevallen kan echter anders met name

wanneer opschorting leidt tot een situatie die zich niet gemakkelijk laat terugdraaien, bijv. wanneer de verplichting bijv. strekt tot het niet bebouwen van een perceel grond. Het evenredigheidsprincipe - zie art. 6.5.4.2 - vormt dan een niet te nemen barrière.

M.m. geldt hetzelfde wanneer de beperkt gerechtigde zijn betalingsverplichting opschort, omdat de hoofdgerechtigde zijn verplichtingen niet nakomt.

De opschortingsbevoegdheid kan derhalve op artikel 6.3.1.1 ook gegrond worden op artikel 6.5.4.1 lid 2, dat bepaalt dat de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing zijn op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Deze bepaling lijkt rechtstreeks toepasbaar op zakenrechtelijke verhoudingen. Uit haar plaats in boek 6 mag, dunkt mij, niet afgeleid worden dat de in dit lid bedoelde "andere rechtsbetrekkingen" slechts rechtsbetrekkingen van obligatoire aard kunnen zijn.

(b) artikel 6.5.4.6: de tekortkoming van de ene partij geeft de wederpartij de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden. De zakenrechtelijke variant voert in dit opzicht zelfs tot betere resultaten. Immers in de akte van vestiging kan worden bepaald dat niet-betalen van de verschuldigde vergoeding leidt tot verval van het beperkte recht (vergelijk art. 5.7.1.10), dan wel geldt als ontbindende voorwaarde. In het laatste geval vervalt door de werking van lid 4 van artikel 3.4.2.2 op het tijdstip dat de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat het beperkte recht, een en ander ex nunc, derhalve zonder terugwerkende kracht (zie artikel 3.2.5). Deze zakelijke werking volgt ook uit de artikelen 3.4.1.2 lid 2 sub (b) en 3.1.2.2 lid 2 sub (c). Een minder drastisch alternatief is in de akte van vestiging de bevoegdheid tot opzegging te reserveren in geval de ander zijn verplichting verzaakt;

(c) de obligatoire variant (art. 6.5.3.4) zou voorts de voorkeur verdienen met het oog op de mogelijkheid van een cessie, waardoor als gevolg van het voor de geldigheid van een cessie constitutief vereiste van mededeling van de akte aan de schuldenaar gewaarborgd is dat de schuldenaar van de overdracht op de hoogte raakt. Niet duidelijk is of gedoeld wordt op cessie door de rechthebbende van het registergoed van

de tegenprestatie dan wel op cessie door de schuldeiser van lid 1 van artikel 4.5.3.4 van diens gedoogaanspraak wat betreft de eerste mogelijkheid, de zakenrechtelijke variant heeft inderdaad tot gevolg dat de overdracht van het registergoed zich buiten medeweten van de beperkt gerechtigde voltrekt (artikel 3.4.2.4), maar voor een betaling door deze aan een ander dan de rechthebbende van het registergoed behoeft niet worden gevreesd, omdat voor de hand ligt, dat de beperkt gerechtigde van de overdracht van het registergoed en dus van de verandering van de persoon die aanspraak heeft op de vergoeding op de hoogte zal worden gesteld, zoals huurders van een overdracht van het gehuurde goed aan een ander. Zou de beperkt gerechtigde, geheel onwetend, aan de rechthebbende van het registergoed betalen, dan pleegde hij weliswaar een inbreuk op het subjectief recht van de nieuwe hoofdgerechtigde, maar deze inbreuk zou wegens verschoonbare onbekendheid met de overgang van het recht geen onrechtmatige daad opleveren en dus met schadevergoeding - opnieuw betalen - leiden. Uiteraard zou hij het betaalde uit hoofde van onverschuldigde betaling kunnen terugvorderen (artikel 6.4.2.1).

Wat betreft de tweede mogelijkheid, cessie van de gedoogdaanspraak, voor zover deze al mogelijk zou zijn (art. 3.4.2.1), ik zou menen dat de "schuldenaar", de rechthebbende van het registergoed, geen enkel belang heeft bij de "bescherming" van art. 3.4.2.7, omdat hij slechts tot passiviteit gehouden is, waardoor het gevaar van het verrichten van een prestatie aan een ander dan de rechthebbende uitgesloten is.

Het argument van de ontvanger lijkt echter ook hier vergezocht. In de zakenrechtelijke variant zou de beperkt gerechtigde zijn aanspraak op een dulden of niet doen slechts kunnen overdragen op de wijze van art. 3.4.2.4. Inderdaad voltrekt zo'n overdracht zich buiten medeweten van de hoofdgerechtigde om, maar het is onwaarschijnlijk dat de nieuwe beperkt gerechtigde de hoofdgerechtigde niet op de hoogte zou stellen van de overdracht;

(d) als voordeel van de obligatoire variant wordt verder genoemd dat deze onmiddellijk tussen partijen werkt. In de zakenrechtelijke variant ontstaat deze zakelijke werking pas door en op het tijdstip van de inschrijving van de notariële akte in de openbare registers. Dit argument heeft inmiddels belangrijk aan betekenis ingeboet,

doordat in de jongste versie van lid 2 van artikel 6.5.3.4 de zakelijke werking van het beding afhankelijk wordt gesteld van een inschrijving ervan in de openbare registers. Technisch blijft er nog één verschil bestaan met de zakenrechtelijke variant: ook tussen partijen die het beding in het leven roepen, werkt dit eerst vanaf het tijdstip van de inschrijving. Het tijdsvoordeel van de obligatoire variant is marginaal, betreft hooguit enkele dagen. Niets verhindert evenwel partijen zich obligatoir tot dezelfde prestatie te verbinden totdat de inschrijving een feit is;

(e) de obligatoire variant zou tenslotte de voorkeur verdienen, omdat deze zich leende voor het aangaan van een enkelvoudige verplichting, terwijl, aldus de ontwerper, de zakenrechtelijke variant zou worden gekenmerkt door een cluster verplichtingen. Dit - dogmatische - argument mist uiteraard reliëf in een betoog dat, in de eigen woorden van de ontwerper, uitsluitend is geënt op overwegingen van praktische aard, nog afgezien van het feit dat de ontwerper uitgerekend als uitzondering noemt het recht waarmee artikel 6.5.3.4 de grootste verwantschap vertoont: de erfdiensbaarheid.

Wel terzake, maar wijselijk door de ontwerper verzwegen, is dat artikel 6.5.3.4 één duidelijk manco vertoont: kwalitatieve verplichtingen als die van artikel 6.5.3.4 staan en vallen met het boetebeding dat hun naleving moet afdwingen en juist dit beding mist kwalitatieve werking, omdat het verplicht tot een geven. Partijen kunnen slechts aan het boetebeding kwalitatieve werking verlenen via de onzekere weg van het kettingbeding en dan te bedenken dat artikel 6.5.3.4 in het leven is geroepen vanwege de talrijke onzekerheden die het kettingbeding in het leven roept!

Ik concludeer dat van een verschil in *praktische* resultaten tussen artikel 6.5.3.4 en het zakenrechtelijk alternatief niet is gebleken, waardoor de grond is komen te ontvallen aan de keuze van de wetgever en overwegingen van rechtssystematiek beslissend zijn voor de keuze voor een zakenrechtelijke variant.

DE OVEREENKOMST INZAKE GENEESKUNDIGE BEHANDELING - OUD NIEUWS?

mr C.J.J.M. Stolker

Wanneer het *hele* nieuw BW van kracht zal worden - het is iets waarover ik me steeds minder blijf op te winden. Alle uitstel went. Sinds enige maanden is een nóg nieuwer stukje civielrechtelijke wetgeving me gaan boeien: de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling¹⁾. Het zal deel gaan uitmaken van boek 7 nieuw BW, maar met wat voorspoed zal het ontwerp (thans nog voorontwerp) al eerder kracht van wet krijgen²⁾. Vooralsnog is de tekst zelfs gepland ter invoeging in het geldende BW, onder artikel 1653, na de afdeling over aanneming van werk en vóór het regt van beklemming.

Het is nogal wat: in deze tijd van ontregeling een wet voorstellen die voor een heel groot deel geen nieuws bevat. Het meeste wat er in staat geldt allang, omdat het als *ongeschreven* recht in de samenleving inmiddels gemeengoed is geworden. Waarom dan tóch een wet?

In de eerste plaats omdat in de relatie arts-patiënt niet alles duidelijk is of blijkt te zijn. Het inzagerecht van de patiënt bijvoorbeeld, waarover nog veelvuldig wordt geprocedeerd.

Maar er is nog een tweede argument voor een wet. Er mogen dan ongeschreven rechtsregels bestaan, ze moeten ook nog worden nageleefd en gehandhaafd. Zo rust op de arts de verplichting om zijn patiënt te informeren over de aard en het doel van het onderzoek, over de te

-
- 1) De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, Voorontwerp van Wet, februari 1987. Aan de kwestie der deregulering wordt in het voorontwerp veel aandacht besteed.
 - 2) W.B. van der Mijn hoopt dat het voorontwerp al in 1988 wet zal zijn, MC 1987, blz. 42 e.v. Omdat de wet voor het grootste deel slechts vastlegt wat al *is*, hoeft ook niet op tegenwerking van de zijde van de artsenorganisatie te worden gerekend. Zie uitvoeriger over het voorontwerp mijn bijdrage in Cicero, veertiendaags Magazine van Academisch Ziekenhuis en Medische Faculteit Leiden, 2 juni 1987, blz. 252-258.

verwachten gevolgen en risico's voor de patiënt, enzovoort. Ook zonder wet behoort hij dat al te doen, maar heel vaak komt het daar niet van. De wetgever hoopt nu, dat met het vastleggen van de rechten en een enkele verplichting³⁾ van de patiënt, de werkers in de gezondheidszorg extra wordt ingescherpt waaraan ze zich dienen te houden. Patiënten kunnen zich er dan zo nodig op beroepen "dat het in de wet staat". En zo'n beroep op de wet klinkt toch nog altijd een stuk overtuigender dan een beroep op de "regels van ongeschreven recht", zoals die thans gelden.

Mijn persoonlijke ervaring is ook dat als ik als jurist met artsen of verpleegkundigen spreek over patiëntenrechten, de belangstelling aanmerkelijk toeneemt als ik vertel dat diezelfde patiëntenrechten in een dwingendrechtelijke wettelijke regeling zijn (worden) opgenomen.

Het had natuurlijk ook anders gekund: geen *wet* met dwingendrechtelijke bepalingen, maar *gedragsregels*, zoals die er nu op allerlei punten ook al zijn. De moeilijkheid met die gedragsregels is echter dat ze veelal uit de boezem van één der partijen voortkomen, die der artsen en hun organisaties. Van een werkelijke inbreng van patiënten en hun organisaties is nauwelijks sprake. Bovendien, en daarop wijst de toelichting bij het voorontwerp terecht, is het onwaarschijnlijk dat een individuele patiënt vóór het totstandkomen van de overeenkomst zijn eisen aan de inhoud van die overeenkomst zal stellen. Voorzover zijn wederpartij, de arts of het ziekenhuis, al zou openstaan voor zoveel eigen (juridische) inbreng, zal de patiënt toch met andere zaken bezig zijn.

De wet reikt overigens verder dan tot de arts, aan wie men, sprekend over geneeskundige behandelingen, het eerst zal denken. De wet spreekt van 'hulpverlener'.

3) De verplichtingen van de patiënt zijn dat hij naar beste weten aan de hulpverlener de inlichtingen moet verstrekken en de medewerking moet verlenen die deze behoeft voor het uitvoeren van de overeenkomst (art.f). Daarnaast is de patiënt - kort gezegd - aan de hulpverlener loon verschuldigd.

Voor een groot deel bevat de wet oud nieuws en tóch is ze belangrijk. Wat zijn nu de belangrijkste verschillen met wat op het ogenblik al als *geldend* recht wordt beschouwd? Wat is er echt nieuw⁴⁾? Ik geef een overzicht.

- * dat de arts *verplicht* is schriftelijke informatie te verstrekken, als de patiënt daarom vraagt;
- * dat de arts *verplicht* is de toestemming van de patiënt schriftelijk vast te leggen, als de patiënt daarom vraagt;
- * dat de toestemming van de patiënt mag worden verondersteld als het gaat om een ingreep van niet ingrijpende aard;
- * de leeftijdsgrenzen van 12 en 16 jaar voor wat betreft de minderjarigen, die (zelfstandig) met de arts een behandelingsovereenkomst willen sluiten; een belangrijke bepaling, met de charme van de eenvoud zoals ook de artikelen 6.3.1.2a en 6.3.2.1 die bezitten;
- * dat de patiënt een inzagerecht heeft, *ongeacht* de kans op schade bij de patiënt als gevolg van de inzage; dat inzagerecht geldt kennelijk ook voor persoonlijke werkaantekeningen (het voorontwerp spreekt van 'aangetekende gegevens');
- * dat het ziekenhuis centraal aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten gemaakt in het kader van de behandeling (ofschoon dat ook nu al wel wordt verdedigd); iets als intra-murale aansprakelijkheid dus;
- * dat noch de arts noch het ziekenhuis met de patiënt kunnen en mogen overeenkomen dat zij niet aansprakelijk zijn voor door hen gemaakte fouten; ook van deze regel wordt aangenomen dat ze thans al geldt.

Omdat de bijdrage aan deze bundel kort moet zijn, wil ik me beperken tot een drietal bepalingen, 1653b, d lid 3 en s.

4) Zie over elk van deze noviteiten uitvoeriger mijn stuk in Cicero 1987, blz. 253 e.v. met literatuurverwijzingen.

Vooreerst lijkt mij van groot belang art. 1653b waar, enigszins verscholen, aan de hulpverlener de *verplichting* wordt opgelegd om *schriftelijk* informatie te verstrekken als de patiënt daarom vraagt. Zo'n verplichting bestaat er thans niet⁵⁾. In de gezondheidszorg zal men reeds nu moeten anticiperen op de inwerking treding van deze bepaling. In sommige ziekenhuizen gebeurt dat overigens al. En ook een nationale organisatie als het Koningin Wilhelmina Fonds geeft al folders uit over de diverse soorten van kanker. Anderzijds mag het niet zo zijn - en dat gevaar is er wel een beetje - dat schriftelijke informatie *in de plaats komt* van mondelinge informatie. Dat zou naar mijn oordeel wat duidelijker uit de tekst van de wet kunnen blijken⁶⁾.

Een tweede bepaling met naar mijn oordeel zeer belangrijke gevolgen is 1653d, lid 3. De toestemming mag door de arts worden verondersteld als de verrichting "niet van ingrijpende aard is" staat in het ontwerp. Hierover heb ik een wat onbevredigend gevoel. Gaat deze bepaling - toestemming wordt verondersteld bij niet-ingrijpende verrichtingen - niet veel te ver? Want wie bepaalt wanneer een behandeling van niet-ingrijpende aard is⁷⁾? En zal deze uitzondering in de praktijk er niet toe leiden, dat nog maar zelden om toestemming zal worden gevraagd, zodat voor *uitholling* van het toestemmingsvereiste moet worden gevreesd?

Ik vraag me daarom af of we deze uitzondering niet kunnen missen? Voor zover ik kan nagaan kent ook het buitenland een soortgelijke regel niet. Wat is dan de achterliggende gedachte bij dit voorstel?

5) Zie daarover A.F.M. Dekkers, De patient en het recht op informatie, diss. Leiden 1979, blz. 117 e.v. en C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties, 1986, blz. 23 e.v. met de daar genoemde literatuur (noot 29).

6) Artikel b begint nu als volgt: "de hulpverlener licht de patiënten op duidelijke wijze en, desgevraagd, schriftelijk in over ... enz." Voor alle duidelijkheid zou ik daarom achter "desgevraagd", ... het woordje "ook" opnemen.

7) Is de behandeling van een verstuurde enkel een verrichting van niet-ingrijpende aard? Ik meen van niet, hoewel een kleine enquête in mijn omgeving tot verschillende antwoorden leidde.

Die zie ik nog niet. Misschien is de achterliggende gedachte geweest om een heel vanzelfsprekende situatie niet te gecompliceerd te maken. Stel, iemand komt een EHBO-poli binnenlopen met een gebroken pols. Hem zal dan in de praktijk niet worden gevraagd: "Wilt U misschien behandeld worden?" En terecht niet naar ik meen. In zo'n geval mag men toestemming van de patiënt tot de gebruikelijke behandeling veronderstellen. In de Engelstalige literatuur spreekt men wel van *implied consent*. De toestemming van de patiënt volgt uit het *gedrag* van de patiënt en hoeft niet nog eens uitdrukkelijk herhaald te worden. In dit soort gevallen heeft het zin te spreken van "veronderstelde toestemming". Soms zal het daarbij tevens gaan om "niet-ingrijpende verrichtingen", maar dat hoeft zeker niet⁸⁾.

Een onzekerheid waaraan het voorontwerp een eind aan maakt is, of een arts of een ziekenhuis bij het sluiten van een behandelings-overeenkomst mag bedingen dat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor gemaakte fouten. Dergelijke bedingen zijn buiten de medische wereld niet ongebruikelijk. Zou een arts zich ook niet kunnen exonereren tegen aansprakelijkheid voor te maken fouten? Deze vraag is in de literatuur levendig bediscussieerd en men neigt ertoe haar ontkennend te beantwoorden⁹⁾. Al eens eerder heb ik geschreven dat exoneratie-clausules in het medisch bedrijf eigenlijk onwenselijk zijn¹⁰⁾. Zij zullen waarschijnlijk een storende invloed hebben op de relatie arts-patiënt. En bovendien is er het gevaar dat we bij gebruik van exoneratie-clausules op ruimere schaal verzeild raken in problemen

8) Overigens wordt de arts daarmee niet ook van zijn *informatieplicht* ontslagen.

9) Of naar thans geldend recht exoneraties geheel ontoelaatbaar zouden worden geacht, is onduidelijk. Zie ook P.A. Stein en R.M. Lodeizen-Schoonenberg, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1983, blz. 171. In West-Duitsland is men zeer terughoudend, zie mijn boek 1986, blz. 84. In Amerika is de rechtspraak afwijzend, zie bijvoorbeeld Tunkl v. The Regents of the University of California, 383 P2d 441 (Cal. 1963): "The would-be patient is in no position to reject the proffered agreement ...".

10) Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties, 1986, blz. 85.

en procedures rond vragen als: is de clause al dan niet nietig?, is een beroep erop al dan niet in strijd met de goede trouw?, is er wel of geen grove schuld aan de zijde van de exonerant? En zeker zolang de medische beroepsaansprakelijkheids-verzekering niet uit de hand dreigt te lopen, valt er veel voor te zeggen om de artsen via de premies en de patiënten via de rekening te laten opkomen voor de schade.

In het voorontwerp wordt in artikel 5 de exoneratie verboden: "De aansprakelijkheid van een hulpverlener, of, in het geval bedoeld in artikel 1653r, van het ziekenhuis kan niet worden beperkt of uitgesloten".

Twee opmerkingen bij dit artikel: niet alleen het uitsluiten, maar ook het *beperken* van de aansprakelijkheid wordt verboden. Ik vraag me bij nader inzien, toch af of zo'n beperking onder bepaalde omstandigheden niet toch van pas zou kunnen komen. Ik denk aan gevallen waarin de mogelijke schade de verzekeringsdekking van de arts zou kunnen overschrijden. Stel, een sterspeler van Ajax wil zich laten behandelen aan een hardnekkige enkelblessure. Een fout van de behandelend arts of van iemand voor wie hij aansprakelijk is zou kunnen leiden tot het einde van de voetbalcarrière van de speler. Een miljoenschade is het gevolg. Is er nu in zo'n geval - en er zijn er meer te bedenken - niet toch iets voor te zeggen een exoneratie bóven een bepaald bedrag toe te laten. De hoogte van dat bedrag zou kunnen samenvallen met de maximumdekking die de verzekeraar aan arts en ziekenhuis per gebeurtenis pleegt te geven: 1 miljoen resp. 2½ miljoen. Toen ik hem daarnaar vroeg vertelde een woordvoerder van een grote medische aansprakelijkheidsverzekeringsmaatschappij mij, dat hem geen gevallen bekend waren waarin de maximum-dekking werd overschreden. Maar al zou men de grens van 1 miljoen gulden waarboven exoneraties toelaatbaar zijn te *laag* vinden, dan legt men zo mogelijk de grens (wat) hoger. Gelet op de geringe premies die artsen hoeven te betalen, zal een hoger dekking waarschijnlijk geen probleem opleveren¹¹⁾.

11) Welke premies worden er nu in Nederland betaald door artsen die zich zelfstandig (buiten een ziekenhuis om) verzekeren? Ik geef wat voorbeelden die ik kreeg van Nationale Nederlanden. Het meest
(Vervolg Voetnoot)

Mijn tweede opmerking is er een van meer juridisch-technische aard. Het gaat mij om de aansprakelijkheid van het ziekenhuis: de verwijzing naar artikel r slaat op aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor tekortkomingen van de arts met wie de patiënt een aparte overeenkomst heeft gesloten (de zogenaamde centrale aansprakelijkheid van ziekenhuizen voor arts-out-contracten). Welnu een exoneratie dáárvoor wordt nu dus verboden, maar daarmee is nog niets gezegd over exoneraties van het ziekenhuis voor *eigen* tekortkomingen. Met andere woorden: naar de letter kan het ziekenhuis zijn aansprakelijkheid nog steeds uitsluiten als dat ziekenhuis met de patiënt een arts-in-contract heeft gesloten. Dat kan de bedoeling niet zijn. Het artikel zou dan een korte aanvulling behoeven, zo schreef ik enige tijd geleden¹²⁾. Bij nader inzien twijfel ik toch weer. Onder "hulpverlener" verstaat de wetgever "een natuurlijke of een rechtspersoon" die zich verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. In die zin valt het ziekenhuis dat zelf een contract sluit met een patiënt onder het begrip hulpverlener. Mijn verwarring komt denk ik voort uit het feit dat in artikel s een onderscheid wordt gesuggereerd tussen hulpverlener enerzijds en ziekenhuis anderzijds. Dat komt denk ik door de *komma* achter "1653r". Als die komma zou worden verplaatst naar achter "ziekenhuis" dan lijkt de verwarring opgelost¹³⁾, aldus: aansprakelijkheid van een hulpverlener, of in het geval bedoeld in artikel 1653r van het ziekenhuis, kan niet worden beperkt of uitgesloten.

(Vervolg Voetnoot)

betalen de anaesthesisten en de gynaecologen en verloskundigen: f 725,- per jaar. Chirurgen betalen f 625, net zoals de neurochirurgen, die in Amerika aan de top staan. Een cardioloog betaalt f 475 net zoals een huisarts met apotheek. Een huisarts zonder apotheek is minder kwijt: f 325. Als specialisten al onder de dekking van een ziekenhuis vallen en ze willen zich nog eens, maar dan zelfstandig, verzekeren dan krijgen ze bepaalde kortingen (\pm 40%). Zo'n extra verzekering dekt dan tegen aansprakelijkheid voor fouten gemaakt buiten de muren van het ziekenhuis, bijvoorbeeld in de eigen privépraktijk.

12) Cicero 1987, blz. 258.

13) ook de komma achter "of" kan dan weg.

Men zou kunnen denken: dit voorontwerp is nog lang geen wet en zo lang hebben we er niets mee te maken. Dat zou een ernstige fout zijn. Zoals ik al in de inleiding zei: veel wat er staat in dit voorontwerp, geldt allang op grond van ongeschreven rechtsregels.

En terecht. Beginselen als: de patiënt behoort te worden geïnformeerd of, de patiënt behoort toestemming te hebben gegeven voordat hij mag worden behandeld zijn van onschatbare waarde. Wie zou dat durven ontkennen? Anderzijds zijn ze niet absoluut. Erkend moet worden dat deze beginselen in sommige situaties uitzondering lijden, willen zij niet, in al hun glans, gaan knellen, en zich uiteindelijk tégen de patiënt keren in plaats van hem te beschermen. Ze mogen niet worden tot een dwangbuis voor wie werken in de gezondheidszorg; maar anderzijds zijn ze wezenlijk meer dan wat glimmende knopen op een doktersjas.