



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij Doerga/Ymere

Hondius, E.H.; Daalder, E.S.

Citation

Hondius, E. H., & Daalder, E. S. (2010). Annotatie bij Doerga/Ymere. *Bw-Krant Jaarboek*, 26, 137-148. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36837>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36837>

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

14 | Annotatie bij Doerga/Ymere

Van: E.H. Hondius

Aan: E.S. Daalder

Vorm: Annotatie

OPDRACHT

Schrijf een annotatie bij HR 18 juni 2010, *LJN* BM0893 (Doerga/Ymere).

UITWERKING

1 INLEIDING

In deze zaak, die veel aandacht in de media heeft gekregen, staat de vraag centraal of artikel 6:104 BW kan worden toegepast in gevallen van illegale onderverhuur. Deze vraag wordt door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Aangezien de overwegingen van de Hoge Raad voor een belangrijk deel voortbouwen op het arrest van het Hof, zal ook bij dat arrest uitgebreid stil worden gestaan.

De feiten in deze zaak waren als volgt. Doerga huurt vanaf 1 mei 1990 van stichting Ymere, een woningcorporatie in de zin van de Woningwet, een woning in Amsterdam. In de huurovereenkomst, destijds gesloten met de rechtsvoorgangster van Ymere, Levasu BV, wordt onder meer bepaald dat de huurder in geen geval zonder toestemming de woning mag onderverhuren. Doerga doet dit toch en zij verhuurt de woning in zijn geheel door aan studenten vanaf 1 januari 2003. De huuropbrengsten uit deze illegale onderverhuur zijn hoger dan de huur die Doerga aan Ymere betaalt.

Ymere vordert vervolgens van Doerga op grond van art. 6:104 BW afdracht van de winst die zij heeft gemaakt met de illegale onderverhuur. Artikel 6:104 BW bepaalt dat indien iemand door een onrechtmatige daad of tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, waarvoor hij jegens een ander aansprakelijk is, winst heeft genoten, de rechter op vordering van die ander de schade kan begroten op het bedrag van die winst of een gedeelte ervan. De reden voor opneming van dit artikel in het Burgerlijk Wetboek is dat het door de wetgever onredelijk werd geacht om 'ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wél schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is'.¹

De bepaling geeft geen 'vordering tot winstafracht', zoals ook in dit arrest van de Hoge Raad nogmaals benadrukt wordt (rov. 3.6). Zij verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, indien er een schadevergoeding wordt gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de winst of een gedeelte hiervan. Het artikel vormt een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97 BW.² Het biedt hiermee een wettelijke basis voor een vorm van abstracte schadeberekening. Dit heeft tot gevolg dat de eiser bij onzekerheid geen concreet nadeel hoeft aan te tonen. Wanneer echter uit de feiten blijkt of de aangesprokene kan aantonen dat er in zijn geheel geen

1 Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW. 6, p. 1269.

2 Namelijk het geval dat er door iemand schade is geleden door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad van de ander, waarvan de omvang niet in concreto vast te stellen is, en dat er door diezelfde toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad winst door de ander is gemaakt.

schade is geleden, dan is de weg naar toepassing van 6:104 BW afgesneden (HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, *Waeyen-scheers/Naus*).

In uitspraken van lagere rechters is de toepassing van art. 6:104 BW in gevallen van illegale onderhuur al vaker aan de orde gekomen.³ Deze uitspraken geven echter geen eenduidig antwoord op de vraag of dit artikel ook toepassing verdient in gevallen van illegale onderverhuur. Alleen al binnen de sector kanton van de rechtbank Amsterdam bestaat grote verdeeldheid.⁴ Tot dit arrest van de Hoge Raad bestond er dus onzekerheid over de vraag of toepassing van art. 6:104 BW in gevallen van illegale onderverhuur mogelijk is.

2 TOEPASSING VAN 6:104 BW BIJ ILLEGALE ONDERVERHUUR

De kantonrechter oordeelde in het onderhavige geval dat toepassing van art. 6:104 BW niet mogelijk was (Vzr. Rb. Amsterdam, sector kanton, 23 juli 2007, *WR* 2008, 29 (*Ymere/Doerga*)). Hij wees een schadevergoeding op voet van art. 6:104 BW op twee gronden af (rov. 8). Ymere had aangevoerd dat zij schade had geleden doordat zij een apart team om illegale onderverhuurpraktijken op te sporen in stand moest houden en doordat zij door dergelijke praktijken in mindere mate aan haar sociale doelstellingen kon voldoen (rov. 3). De kantonrechter oordeelde dat Ymere weliswaar zowel door onderverhuur in het algemeen, als door de onderhavige onderverhuur in het bijzonder schade lijdt, maar achtte onvoldoende aannemelijk dat de gevorderde schade in direct verband stond met de tekortkoming van de huurder. Daarbij overwoog hij dat het houden van het door Ymere bedoelde toezicht veeleer een van de kerntaken van haar onderneming is, die zij uit haar normale exploitatie moet bekostigen. Ten tweede, zo overwoog de kantonrechter, volgt uit het sociale karakter van de door de woningcorporatie gedreven onderneming dat zij zelf de winst die door de huurder is behaald niet zou willen en kunnen behalen.⁵

Dit vonnis houdt bij het Hof, dat wel ruimte ziet voor toepassing van 6:104 BW, geen stand (Hof Amsterdam 9 september 2008, *NJF* 2008, 437, *WR* 2008, 120 m.nt. F. van der Hoek). Het Hof neemt in rov. 4.7 aan dat, nu dit niet in hoger beroep betwist is, Ymere zowel in het algemeen als door de onderhavige

3 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam, 20 december 2006, kenmerk 708264 CV EXPL 05-19699 (*woonstichting Lieven de Key/Pasternak en Van der Velde*), Rb. Amsterdam (vzr.), sector kanton, locatie Amsterdam, 7 maart 2007, *LJN*: BD1197 <www.rechtspraak.nl> (*De Wheermolen/Moes*) en Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam, 17 december 2007, *WR* 2008, 30, *JHV* 2008, 45 (*Het Oosten/Gharbharan*).

4 Zie hierover (uitgebreid) E.G. Veldhuizen, *JHV* 2009/1, p. 3-8, die ook een aantal van de in noot 3 aangehaalde zaken bespreekt.

5 Ymere is immers als woningcorporatie gebonden aan een maximale huurprijs die op basis van het zogenaamde 'woningwaarderingssstelsel' (ook wel 'puntenstelsel' genoemd) wordt berekend.

onderverhuur in het bijzonder schade heeft geleden. Ook staat vast dat de huurster een beduidend hoger bedrag aan huur heeft ontvangen, waardoor zij door haar wanprestatie winst heeft genoten. Hiermee is volgens het Hof 'in beginsel voldaan aan de vereisten die aan een schadebegroting op voet van art. 6:104 BW worden gesteld'.

In rov. 4.8 bouwt het Hof hierop voort door aan te geven dat het een feit van algemene bekendheid is dat contractueel verboden onderverhuur van sociale woningen in Amsterdam op grote schaal plaatsvindt. Dit heeft als gevolg dat deze huurwoningen worden onttrokken aan de doelgroepen waarvoor zij door de verhurende woningcorporatie bestemd zijn. Hierdoor lijdt Ymere schade in de vorm van de 'aanzienlijke kosten die zij moet maken om in voldoende mate de nadelen op te heffen die aan (grootschalige) onderverhuur verbonden zijn in verband met het realiseren van haar doelstellingen'. Hierbij moet worden gedacht aan kosten die verband houden met het sneller realiseren van de beschikbaarheid van woningen in de sociale sector en het waarborgen van de leefbaarheid van de woonomgeving, die door onderverhuur vaak zal worden aangetast. Deze schade wordt, zo zegt het Hof, (ten dele) veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming van de huurster en zij is hier dan ook mede aansprakelijk voor te houden.

Nu de omvang van de aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto vast te stellen is, evenmin als de mate waarin de huurster aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen, is het Hof, in tegenstelling tot de kantonrechter, van mening dat schadeberekening op de voet van art. 6:104 BW wel passend is. Het Hof baseert zich hierbij op de parlementaire geschiedenis van art. 6:104 BW. Hieruit komt naar voren dat de wetgever bij toepassing van dit artikel expliciet heeft gedacht aan 'het onbevoegd uitbaten van zaken door een houder'.⁶

De Hoge Raad volgt het oordeel van het Hof dat art. 6:104 BW in dit geval kan worden toegepast. Hij voegt op basis van het cassatiemiddel de volgende overwegingen hieraan toe. Het middel richt zich om te beginnen tegen het oordeel van het Hof dat het er niet toe doet dat Ymere als sociale woningcorporatie niet dezelfde winst als de huurster zou willen en kunnen behalen, aangezien zij gebonden is aan een maximaal huurprijsniveau. De Hoge Raad bevestigt dit oordeel (rov. 3.7): de winst uit art. 6:104 BW hoeft geen betrekking te hebben op de winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. De bepaling behelst immers een begroting van de schade die mede kan bestaan in ander nadeel dan de gederfde winst.

Daarnaast kan volgens de Hoge Raad niet de eis worden gesteld dat de op voet van art. 6:104 BW op te leggen schadevergoeding in reële verhouding staat tot de daadwerkelijk geleden schade. Deze bepaling leent zich immers juist voor die gevallen waarin de omvang van de schade niet duidelijk is. Er moet echter wel rekening worden gehouden met het niet-punitieve karakter

6 MvA II, Parl. Gesch. InvW. 6, p. 1266-67.

van art. 6:104 BW. Wat bedoelt de Hoge Raad hiermee? In rov 3.6 stelt de hij dat 'de wijze van schadebegroting waarin art. 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel – zoals blijkt uit het arrest van het BenGH van 24 oktober 2005, nr. A2004/5, LJN AW2551, NJ 2006, 442 (rov. 11) wel het geval is met de vordering tot winstafdracht van (thans:) art. 2:21 lid 4 BVIE'.^{7/8} De rechter behoort daarom, zo zegt de Hoge Raad, bij toepassing van art. 6:104 BW in zoverre terughoudendheid in acht te nemen, dat indien aannemelijk is dat de winst die de schuldenaar heeft genoten de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel moet worden begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Kortom, er hoeft geen reële verhouding te bestaan tussen schade en schadevergoeding, maar helemaal vrij is de rechter bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding nu ook weer niet: art. 6:104 BW is en blijft een vorm van schadebegroting, geen punitieve maatregel.

3 EEN NIEUW WAPEN TEGEN ILLEGALE ONDERVERHUUR?

Het arrest van het Hof en dat van de Hoge Raad worden in de media bestempeld als een doorbraak.⁹ Het lijkt er daarom op dat het arrest van de Hoge Raad van groot belang in de strijd tegen illegale onderhuur zal blijken te zijn. Of toch niet? Bij nadere bestudering lijkt er toch een aantal haken en ogen aan de toepassing van dit arrest in de praktijk te zitten.

Om te beginnen roept de aard van de schade die het Hof en later ook de Hoge Raad aanneemt vragen op. Koning plaatst een kritische kanttekening bij deze schadeposten.¹⁰ Volgens haar is het onzeker in hoeverre verboden onderverhuur nu echt leidt tot het sneller bouwen van huurwoningen. Het lijkt haar onwaarschijnlijk dat het aantal te bouwen woningen wordt opgevoerd naarmate de wachttijd voor een sociale huurwoning oploopt en (wellicht belangrijker nog) de woningcorporatie is hiertoe ook niet verplicht. In hoeverre Ymere in dit opzicht dus schade lijdt is maar de vraag.

⁷ Beneluxverdrag inzake de Intellectuele Eigendom.

⁸ Deze overweging van de Hoge Raad is minder verwonderlijk dan zij op het eerste gezicht lijkt. Als men kijkt naar de bewoordingen van 2:21 lid 4 BVIE komt veel duidelijker naar voren dat het daar gaat om een punitieve maatregel. Zo kan de merkhoudster de winst opvorderen *naast* een eventuele vordering tot schadevergoeding (2:21 lid 4 eerste zin). Ook wordt de vordering tot winstafdracht alleen door de rechter toegewezen, indien degene die inbreuk heeft gemaakt, kort gezegd, te kwader trouw was (2:21 lid 4 laatste zin).

⁹ Zie bijvoorbeeld, los van de juridische media die vrijwel allemaal melding maken van deze arresten, over het arrest van het Hof het bericht in de Volkskrant op 18 september 2008. Zie over het arrest van de Hoge Raad het bericht op <www.nu.nl> van 18 juni 2010, het bericht in de Telegraaf van 18 juni 2010 en de NRC weblog van Jos Verlaan op 25 juni 2010.

¹⁰ J. Koning, *vastgoedrecht* 2008-4, p. 19-20.

Ook van der Hoek zet zijn vraagtekens bij de door het Hof aangenomen schade in zijn noot onder het arrest van 9 september 2008.¹¹ Hij wijst erop dat de schade die Ymere meent te lijden ook door andere oorzaken kan ontstaan. Zo dragen de woningcorporaties volgens hem ook zelf bij aan de verkleining van de sociale woningvoorraad door verkoop van een zeker quotum van de voorraad en verhuur van woningen boven de liberalisatiegrens. Voorts kan de door het Hof als schade aangenomen aantasting van de leefbaarheid van de woonomgeving door andere oorzaken dan onderhuur ontstaan.

In het licht van de opmerkingen van Koning en van der Hoek zou betoogd kunnen worden dat de schade, zoals zij door het Hof wordt ingevuld, wellicht niet zo evident is als zij lijkt.¹² Van der Hoek merkt op dit punt op dat het Hof een groot aantal aannames hanteert en weidse causale verbanden legt. Hierdoor dreigt het Hof volgens hem aan art. 6:104 BW wellicht toch een punitief karakter toe te dichten. Immers, hoe zwakker het causaal verband tussen schending en schade, hoe eerder een bepaling een punitief karakter dreigt te krijgen.

Een ander interessant facet van dit arrest is zijn toepassing bij *particuliere ver- en onderverhuur*. Kan art. 6:104 BW in die gevallen ook worden toegepast? In zijn conclusie onder 3.7 geeft A-G Wissink aan dat zijns inziens 'niet op voorhand gezegd kan worden dat een afweging die de rechter in dit kader maakt, ook zonder meer zal gelden in alle andere gevallen, zoals bijvoorbeeld die van *particuliere verhuur van woningen*'. Ook in de literatuur wordt getwijfeld aan de toepasbaarheid van art. 6:104 BW in gevallen van *particuliere verhuur*.¹³ Het probleem in deze gevallen is het bestaan van de abstracte schade, zoals die door het Hof en de Hoge Raad wordt ingevuld, die een toepassing van art. 6:104 BW rechtvaardigt. De schade die door het Hof wordt aangenomen zullen *particuliere verhuurders* doorgaans niet lijden. Immers, zij hebben geen sociale doelstellingen en maken dus ook geen kosten om deze te realiseren. De enig denkbare kosten die zij zouden kunnen maken, zijn kosten ter opsporing en preventie van illegale onderverhuur. Over die kosten en de mogelijke toepassing van art. 6:104 BW hebben het Hof en de Hoge Raad zich nu juist niet uitgelaten; of art. 6:104 BW met betrekking tot schade in de vorm van deze kosten kan worden toegepast staat geenszins vast. Ymere had deze kosten als schade gevorderd in eerste aanleg. Naar aanleiding van het debat dat hierover bij de kantonrechter ontstond (zie 3.29.4 van de conclusie A-G) en het oordeel van de kantonrechter over deze kosten,¹⁴ heeft Ymere in appel deze alleen gevorderd in het kader van haar subsidiaire grondslag,

11 Hof Amsterdam 9 september 2008, WR 2008, 120 m.nt. F. van der Hoek.

12 Beide schrijvers dragen helaas geen cijfermateriaal of andere bronnen aan ter ondersteuning van deze opmerkingen.

13 E.G. Veldhuizen, *JHV* 2009-1, p. 3-8 onder 'particuliere (grote) verhuurders' en J. Koning, *Vastgoedrecht* 2008-4, p. 89 en 2009-1, p. 20.

14 Zie de behandeling van het vonnis van de kantonrechter onder 5 en rov. 8 in het vonnis zelf.

te weten art. 6:96 lid 2 sub b en c BW (redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en tot verkrijging van vergoeding buiten rechte). Door het Hof en de Hoge Raad is hierdoor alleen de schade in de vorm van de kosten tot het verwezenlijken van de sociale doelstellingen beoordeeld. Met betrekking tot de kosten ter opsporing van de illegale onderverhuurpraktijken blijft het oordeel van de kantonrechter staan.

De conclusie van het bovenstaande moet zijn dat het nog te bezien valt of de toepassing van art. 6:104 BW bij illegale onderverhuur een krachtig middel in de strijd tegen illegale onderverhuur oplevert, zoals Ymere betoogt. Mijns inziens is het zeker een krachtig middel, indien 6:104 ook daadwerkelijk op een dergelijk geval van toepassing kan worden verklaard. Dit is zeer afhankelijk van de feiten en daardoor zeker niet in elk geval van onderverhuur mogelijk. Zie bijvoorbeeld (recent) een uitspraak van de kantonrechter in Breda in een zaak, waarin een woningcorporatie wel schade had geleden door onderverhuur, maar er niet kon worden aangetoond dat de onderverhuurder ook daadwerkelijk winst had genoten en toepassing van 6:104 BW dus niet mogelijk was.¹⁵

(Aantal woorden: 2236)

15 Rb. Breda, sector kanton, 10 maart 2010, rov. 3.18-19. Dit vonnis is gewezen voor het besproken arrest van de Hoge Raad, maar na het arrest van het Hof Amsterdam, dat ook in de procedure door de Stichting Wonen West-Brabant is aangedragen.

C O M M E N T A A R

Over het annoteren van arresten. Naar aanleiding van HR 18 juni 2010, LJN BM0893 m.nt. E.S. Daalder

1 EEN GOEDE NOOT

De noot van Elsemieke Daalder onder HR 18 juni 2010, LJN BM0893 is een goede annotatie. Dat oordeel behoeft onderbouwing. Wat is een goede annotatie? Een annotatie is goed als zij, zo nodig, uitleg geeft van de door de Hoge Raad gekozen lijn. Als zij het geannoteerde arrest in context plaatst: deze uitspraak is in lijn met voorgaande arresten, of wijkt er op een bepaald punt van af; het onderhavige arrest is al dan niet in overeenstemming met ontwikkelingen in belendende rechtspercelen, met komende wetgeving of met de literatuur.

Jurisprudentie is niet enkel een zaak van de rechter; wil er precedentwerking van uit gaan, dan is medewerking van de annotatoren noodzakelijk. De arresten van de Hoge Raad gingen pas een bijdrage aan de rechtsvorming leveren toen Meijers en Scholten ze van annotaties gingen voorzien. De Amerikaanse auteur Lasser ziet in de annotaties van Franse cassatie-arresten zelfs een zodanige toegevoegde waarde dat zij op hetzelfde plan moeten worden geplaatst als de uitspraak zelf – zie hierover bij ons Nick Huls, Maurice Adams, Jacco Bomhoff (red.), *The legitimacy of highest courts' rulings/Judicial deliberations and beyond*, Den Haag: Asser Press, 2009, 478 p.

Context is een ruim begrip. In mijn ogen valt er ook de Europese context onder. In het huidige tijdsgewricht mag een verwijzing naar het *Draft common frame of reference* niet ontbreken. Soms is voorts nadere explicatie gewenst, bijvoorbeeld omdat de casuspositie niet volledig uit de gepubliceerde stukken blijkt. De annotator zal veelal desgevraagd de beschikking over het gehele procesdossier kunnen krijgen.

Een noot mag, nee moet ook kritisch zijn, graag zelfs. Indien de kritiek gerechtvaardigd is, zal de desbetreffende instantie er haar voordeel mee kunnen doen.

2 WAAR EEN ANNOTATIE AAN MOET VOLDOEN

Waar aan ontleen ik deze criteria? Over het verschijnsel annoteren is niet zo veel geschreven.¹ Kort geleden schreef de Amsterdamse advocaat Rob Bleeker er over in de Van den Berg-bundel.² Voordien had Bloembergen er al over gepubliceerd.³ Die laatste publicatie is het meest interessant. Bloembergen vertelt van het Leidse experiment van Hans Crombag (de latere Limburgse rechtspsycholoog) en Job Cohen (de latere politicus) om annotatoren in een bandopname-apparaat te laten inspreken hoe hun denkwerk bij het annoteren verliep. Met name de brainwave van Bloembergen – na hem stakte het experiment – om het bestuursrecht in zijn noot te betrekken is menigeen bijgebleven. Een noot begint voor hem met het uiteen zetten van de kern van de feiten. Vervolgens moet de annotator thuis geraken in het spraakgebruik van de Hoge Raad. Dan moet hij de bewoordingen van de uitspraak duiden. En daarna moet het arrest in het bestaande systeem van het recht worden geplaatst. Soms zullen ook stijl en vorm, cassatietechniek, methode van rechtsvinding en de plaats van de rechter in het staatsbestel aandacht behoeven. Essentieel is tenslotte het kritisch opiniëren. Bleeker voegt daar nog de historische en de rechtsvergelijkende context aan toe.

3 SCHADEBEGROTING EN ‘GEWINNABSCHÖPFUNG’

Terug naar het hierboven geannoteerde arrest. Het is een goede noot, schreef ik al. Er is weinig op aan te merken. De annotator geeft aan dat het arrest veel commentaar heeft uitgelokt, waarvan een deel eerst na voltooiing van haar noot is verschenen. Dat is niet erg, in tegendeel: het is juist van groot belang dat annotaties zo spoedig mogelijk na het wijzen van het arrest verschijnen. Een mooi voorbeeld wordt gevormd door de annotaties van oud-PG Rob Mok in de *NJ*, die stevast zeer kort na het arrest uitkomen. Afschrikwekkend voorbeeld is het BOVAG III-arrest van 26 februari 1960, dat eerst na vijf jaar – zonder noot – de *NJ* (1965, 373) haalde, naar boze maar betrouwbare tongen beweren omdat de annotator het niet uit zijn handen liet komen.

Op één punt wil ik de auteur aanvullen. In Waeyen-Scheers/Naus (*NJ* 1995, 421) heeft de Hoge Raad de mogelijkheid om art. 6:104 te hanteren als bron

1 Ook algemene onderzoeksinstructies plegen de annotatie niet afzonderlijk te behandelen – zie bijv. Ian Curry-Sumner *et al.*, *Onderzoeksvaardigheden/Instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aequi, 2010, 68 + 68 p. (ook Engelstalig).

2 R.G.T. Bleeker, De noot, in: M.A.B. Chao-Duvis, C.E.C. Jansen, J.B.M. Vranken (red.), *Alleen samen/Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2010, p. 483-492.

3 A.R. Bloembergen, Over het annoteren van arresten, in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later/Opstellen aangeboden aan mr A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 165-192.

voor winstafdracht afgewezen. In het onderhavige arrest wordt hier niet op teruggekomen. Er was voor de annotator dus ook geen reden om hierop in te gaan. Mijn kanttekening is niet meer dan een overweging ten overvloede en nog wel een *ceterum censeo*. Ik betreur het dat ons recht niet de mogelijkheid van *Gewinnabschöpfung* biedt. In het kader van het pluk ze-beginsel zou het goed zijn als onrechtmatige winst moet worden afgedragen. In (sommige) andere landen gebeurt dat wel. Ik verwijs naar publicaties van James Edelman, *Gain-based damages*, diss. Oxford, Oxford: Hart, 2002, 279 p.; J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom, 2001, 848 p.; Hans Micklitz en Astrid Stadler, *Unrechtsgewinnabschöpfung*, Baden-Baden: Nomos, 2003, 147 p.; Konrad Rusch, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, diss. Regensburg, Tübingen: Mohr, 2003, 299 p. en Irina Soeffky, *Vertragliche Gewinnhaftung in Europa*, diss. Berlijn, Baden-Baden: Nomos, 2004, 185 p. Overigens moet ik erkennen dat ook het DCFR winstafdracht afwijst (deel I, p. 915 ad art. III-3:701 Comment B).

4 WETENSCHAPSPOLITIEK: SNIJDERS C. STOLKER

Er is nog een andere zaak. Wat is de waarde van een annotatie? Behoren noten tot de categorie wetenschappelijke publicaties of die der vakpublicaties? De kwestie lijkt van louter academische betekenis, maar dat is zij niet. Aan het eind van ieder jaar moeten onderzoekers – ook van onze faculteit – hun publicaties turven en inzenden naar het faculteitsbestuur. Wie duurzaam onder de maat blijft, kan promotie naar hogere rangen wel vergeten. Het aantal goede onderzoekers speelt ook een rol bij de vierjaarlijkse onderzoeksvisitatie en indirect zelfs bij de al dan niet accreditatie van een – door Leiden begeerde maar niet goedgekeurde – onderzoeksmaster. Het kwam bij annotatoren daarom hard aan dat de commissie-Stolker enige jaren terug besloot om annotaties bij de beoordeling van het juridisch onderzoek in het geheel niet mee te wegen. *NJ*-annotator Henk Snijders nam er in *NTBR* 2003, p. 173 ernstig aanstoot aan. Een interne Leidse discussie in optima forma! Nadien zijn de annotaties alsnog ‘erkend’, maar dan wel als ‘vakpublicaties’. Ook dat zal de annotatoren niet zinnen. Maar de kwalificatie is mijns inziens wel terecht. Een annotatie kan heel belangrijk, heel goed geschreven en heel doorwrocht zijn. Maar het is en blijft een *afgeleide* publicatie. Net als een boekbespreking of commentaar op een wetsvoorstel dat zijn.

5 TERUG NAAR HET PRAKTICUM

Deze annotatie verschijnt in een bundel bij gelegenheid van veertig jaar Prakticum privaatrecht. Veertig jaar geleden was ik bij de totstandkoming van het practicum betrokken. Ik ben er niet de bedenker van, zoals de initiatiefnemers

van deze bundel dachten. Dat waren Piet Neleman en Rob Smits die toen in Leiden *in civilibus* de dienst uitmaakten (zij waren het ook die de basis legden van het *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* van Huib Drion, waarvan de opvolger wordt verzorgd door Jaap Hijma en Marianne Olthof). Bij gelegenheid van hun beider overstap naar de rechterlijke macht, Piet uiteindelijk naar de Hoge Raad en Rob naar de Rechtbank Arnhem waar hij jarenlang de opleiding van jonge rechters verzorgde, kwamen zij met een notitie 'Après nous'. Hierin ontvouwdde zij enige gedachten over de toekomst van het Leidse onderwijs in het burgerlijk recht na hun vertrek. Een van deze gedachten was de invoering van 'prak & priv', zoals zij al spoedig zouden gaan heten: een practicum en een privatissimum burgerlijk recht. Het practicum zou bestaan in acht opdrachten van wisselende signatuur over wisselende onderwerpen. Zo diende bijvoorbeeld een contract te worden ontworpen, een memorie van grieven te worden geschreven en een kritische reactie op een familierechtelijk wetsvoorstel te worden geconcipieerd. Het privatissimum was gewijd aan steeds wisselende thema's, die op dat moment de aandacht trokken.

Wat was de achtergrond van 'après nous'? Het was in die tijd zo dat studenten Nederlands recht konden kiezen uit vier afstudeerrichtingen: civielrechtelijk, handelsrechtelijk, staatsrechtelijk en strafrechtelijk. De grote meerderheid opteerde voor civiel recht. Omdat dat status gaf, omdat 'men' dat nu eenmaal deed (zelfs de docenten strafrecht van die tijd waren alle acht civielrechtelijk afgestudeerd) en omdat ... het de lichtste richting was. Het enige verschil met een tentamen 'burgerlijk recht summier' (voor de andere richtingen) was dat 'burgerlijk recht uitgebreid' wat meer rechtspraak, bijzondere contracten en stukken handboek bekend veronderstelde. Door practicum en privatissimum voor de civielrechtelijke richting verplicht voor te schrijven, kon de wassen neus van het 'burgerlijk recht uitgebreid' verdwijnen. De invoering van beide nieuwe onderwijsvormen was meteen een succes. Dat was het mede omdat samenwerking werd toegestaan (mits de ingeleverde werkstukken maar onderling verschilden). Nu nog worden er jaarlijks reünies georganiseerd van oud-practicumdeelnemers. Het practicum vond ook elders, zowel binnen als buiten de faculteit (bijvoorbeeld in Utrecht) navolging.

Een verklaring voor het succes was dat de opdrachten steeds verschillend waren. Iedere week was er weer wat nieuws. Een van de meest aantrekkelijke opdrachten was het schrijven van een conclusie van de PG of AG bij de Hoge Raad. Ter voorbereiding plachten wij te luisteren naar de pleidooien in een civielrechtelijke zaak. Vervolgens schreven de studenten de Conclusie die door ons werd beoordeeld. Enige tijd later werd de 'echte' conclusie van de AG of PG gepubliceerd en konden zij controleren of wij hun werkstukken juist hadden beoordeeld (het gebeurde een enkele keer dat de werkstukken stukken beter dan het echte werk waren!). Aanvankelijk lieten wij een arrest schrijven, maar omdat dat – zeker in die tijd – nog geen verwijzingen naar vindplaatsen bevatte, was een dergelijk werkstuk minder gemakkelijk te toetsen. Een Conclu-

sie, met de gebruikelijke literatuurverwijzingen en rechtsvergelijkende notities, was hiervoor ideaal.

Bijkomend voordeel was dat we naar topadvocaten gingen luisteren. In die tijd – hoe lang nog? – was er in Den Haag een aparte cassatie-balie met gespecialiseerde cassatie-advocaten. Nog herinner ik mij het pleidooi van de advocaat Maris in de Teixeira de Mattos-zaak (NJ 1968, 274): ‘Hoogedelachtbaar college, vanmorgen nog heb ik de proef op de som genomen. Van mijn oudste dochter (‘Mulder’) heb ik één tennisbal in leen gevraagd en van mijn jongste (‘Peijnenburg’) drie. Die zijn dus nu mijn eigendom, zei ik mijn dochters, die dit apert onredelijk bleken te vinden’. Ik citeer uit het hoofd. Helaas: pleidooien vinden nauwelijks meer plaats aan de Kazernestraat (vroeger: Plein). Toch hadden we het graag nog eenmaal overgedaan, de annotator en ik. Met medewerking van de oud-practicumdocent AG Wuisman bij de Hoge Raad hadden we een mooie zaak uitgezocht waarin hij zou concluderen. Maar hij concludeerde vervroegd en zelfs de Hoge Raad deed vervroegd uitspraak. Daarmee werd ons de mogelijkheid ontnomen om voor de AG en de Hoge Raad uit te werken. Zodat we besloten om maar gewoon de vorm van een annotatie te kiezen. Die u hierboven hebt kunnen lezen.