



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De verkeersopvatting

Memelink, P.

Citation

Memelink, P. (2009, February 5). *De verkeersopvatting. Meijers-reeks*. Boom Juridische uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13476>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13476>

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

De verkeersopvatting

De verkeersopvatting

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 5 februari 2009
klokke 16.15 uur

door

Pauline Memelink

geboren te Rozenburg in 1971

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. H.J. Snijders
Referent: prof. mr. J.B.M. Vranken (Universiteit van Tilburg)
Overige leden: prof. mr. drs. C.H. Sieburgh (Radboud Universiteit
Nijmegen)
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. Jac. Hijma
mr. dr. C.E. Smith

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Dit boek is gedrukt op houtvrij FSC-papier.

© 2009 P. Memelink / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische vervaelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-056-4
NUR 822

www.bju.nl

De dingen worden voorafgegaan door de geest,
Hebben de geest als voorman,
Worden door de geest gemaakt.

Dhammapada, regel 1-3 van vers 1 en 2.

Aan mijn ouders en zussen

Inhoudsopgave

1	VERKENNING, PROBLEEMSTELLING EN METHODE	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Verkenning van het onderwerp	2
1.2.1	Vier categorieën gevallen	2
	a) <i>De aard en omvang van zaken</i>	3
	b) <i>De verhouding persoon – goed</i>	4
	c) <i>Toerekening van risico's</i>	5
	d) <i>Overige gevallen</i>	6
1.2.2	De verkeersopvatting in de literatuur	7
1.3	Probleemstelling	8
1.4	Terminologie: 'verkeersopvatting(en)' en 'in het verkeer geldende opvattingen'	11
1.5	Afbakening	12
1.5.1	Niet a priori onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht	13
1.5.2	Beperking tot de drie grote categorieën gevallen	14
1.5.3	Rechtsvergelijking	14
1.6	Gevolgte methode	19
1.7	Leeswijzer	21
2	NOODZAAK EN NADEEL VAN HANTERING VAN DE VERKEERSOPVATTING	23
2.1	Inleiding	23
2.2	Maatschappij en recht	24
2.2.1	Onlosmakelijk verbonden	24
2.2.2	Voortdurende spanning	27
2.2.3	De burger en het burgerlijk recht	30
2.2.4	De jurist en de maatschappelijke werkelijkheid	32
2.2.5	Centrale rol voor de rechter	34
2.3	Open normen	35
2.3.1	De dubbelzinnigheid van het woordje <i>norm</i>	35
2.3.2	Terminologie; open normen, vage normen, onbepaalde begrippen	36
2.3.3	Drie vormen van openheid	40
2.3.3.1	Open aan de feitenzijde	41
2.3.3.2	Open aan de rechtsgevolgenzijde	44
2.3.3.3	Open aan beide zijden	46
2.4	Redenen voor het gebruik van in het bijzonder de verkeersopvatting	48
2.4.1	Diversiteit van gevallen	49
2.4.2	Maatwerk in plaats van confectie: <i>Einzelfallgerechtigkeit?</i>	50

2.4.3	Ruimte voor ontwikkelingen	52
2.4.4	Andere oorzaken	55
2.5	Tussenconclusie	56
2.6	Nadelen van het gebruik van de verkeersopvatting	57
2.6.1	De kritiek van Barendrecht	59
2.6.2	De verkeersopvatting: machtswoord, stoplap, doodoener?	61
2.6.2.1	Het probleem van de gebrekkige kenbaarheid	64
	i) <i>Rechtsonzekerheid</i>	64
	ii) <i>De verkeersopvatting speelt juist bij twijfelgevallen</i>	68
	iii) <i>De veelal gebrekkige motivering van de 'geconcretiseerde verkeersopvatting'</i>	69
2.6.2.2	Het probleem van de geldingskracht	71
	i) <i>Waarom gebonden?</i>	71
	ii) <i>Wanneer gebonden; restrictief gebruik gewenst?</i>	74
2.6.2.3	Het probleem van de onduidelijke verhouding tot het geschreven recht	76
2.7	Conclusie	77
3	FEIT OF ONGESCHREVEN RECHT?	81
3.1	Inleiding	81
3.2	De 'vensterfunctie' van verkeersopvattingen	82
3.3	De verkeersopvatting: feit of ongeschreven recht?	85
3.3.1	Is de verkeersopvatting meetbaar?	86
3.3.2	Is de verkeersopvatting bewijsbaar?	93
3.3.3	Wanneer wordt verwezen naar ongeschreven recht?	96
3.3.4	De doctrine: drie visies op verkeersopvattingen	98
3.3.4.1	Visie 1: feitelijk gegeven	98
3.3.4.2	Visie 2: soms feitelijk gegeven, soms ongeschreven recht	101
3.3.4.3	Visie 3: ongeschreven recht	104
3.3.5	De Hoge Raad en de verkeersopvatting	108
	i) <i>Verbintenissenrecht</i>	109
	ii) <i>Goederenrecht</i>	111
3.4	Eigen opvatting	115
3.4.1	Steeds volledige toetsing of gemengde beslissing in cassatie	115
3.4.2	Steeds een <i>behoren</i> ; een normatief begrip	118
3.4.3	Eigen dimensie van de normativiteit van de verkeersopvatting	121
3.4.4	Steeds een imperatieve rol en een intern consistent begrip	124
3.4.5	Voor- en nadelen van visie 3	126
3.5	Drie verschijningsvormen	126
3.5.1	Onmiddellijk evident en kenbaar ongeschreven recht	127
3.5.2	Aanknopingspunt voor het vinden van ongeschreven recht	130
3.5.3	Resultante van een proces van rechtsvinding	134
3.6	Conclusie	136

4	VIJF KENMERKEN VAN VERKEERSOPVATTINGEN	139
4.1	Inleiding	139
4.2	Normatieve niet-gedragsnormen	139
4.2.1	Geen gedragsnormen	141
4.2.2	Feitencomplex kan wel gedragingen omvatten	142
4.3	Intrinsiek veranderlijk	144
4.3.1	De normatieve kracht van het normale	145
4.3.2	Gevolgen van veranderlijkheid voor de rechtsvinding	146
4.4	Werking op verschillende wijzen en niveaus	148
4.4.1	Impliciete en expliciete werking	148
4.4.2	Methodische niveauverschillen	149
4.4.2.1	Hulpmiddel bij uitleg	150
4.4.2.2	Beslissingscriterium	152
	<i>i) Wettelijke verwijzingen</i>	153
	<i>ii) Zelfstandige rechterlijke toepassing</i>	153
4.4.2.3	Problemen bij het onderscheid	155
4.4.3	Inhoudelijke niveauverschillen	157
4.4.4	Belang van het onderkennen van de niveauverschillen	158
4.5	Topisch karakter	159
4.5.1	Terminologische kwesties rondom topiek	161
4.5.2	De verkeersopvatting; klassiek <i>topos</i> of <i>topisch</i> ?	164
4.5.3	Gezichtspunt van algemene aard	166
4.5.4	Relatieve betekenis	167
4.5.4.1	Het gezichtspunt is tijdgebonden	167
4.5.4.2	Het gezichtspunt is rechtsvraaggebonden	168
4.5.5	Systeem van onderling communicerende vaten	170
4.5.5.1	Combinaties met andere topoi	171
	<i>i) Verbintenissenrecht</i>	172
	<i>ii) Goederenrecht</i>	174
4.5.5.2	Verhouding tot het stelsel van de wet	175
4.5.5.3	(Geen) rangorde?	177
4.6	Verstrengeling met de feiten	177
4.6.1	Voorbeelden van de verstrengeling	178
4.6.2	Rechtsvindingsproblemen door feitengebondenheid	181
4.7	Conclusie	184
5	VERHOUDING TOT AANVERWANTE BEGRIPPEN	187
5.1	Inleiding	187
5.2	Middenpositie tussen twee uitersten; feiten en gedragsnormen	187
5.2.1	Feiten, feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels	188
5.2.2	Gedragsnormen	190
5.2.3	Enkel normatief versus dubbel normatief	191
5.3	Verhouding tot de redelijkheid en billijkheid	192
5.3.1	Redelijkheid en billijkheid; enkel of dubbel normatief?	193

5.3.2	Complicaties in de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en verkeersopvattingen	198
i)	<i>Spelen verkeersopvattingen een rol bij concretisering van de redelijkheid en billijkheid?</i>	199
ii)	<i>Wordt de inhoud van de verkeersopvatting bepaald door de redelijkheid en billijkheid?</i>	200
iii)	<i>Dreigt gevaar voor een cirkelredenering?</i>	201
5.4	Verhouding tot maatschappelijke opvattingen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen	202
5.4.1	Maatschappelijke opvattingen	204
5.4.1.1	Maatschappelijke opvattingen en natuurlijke verbintenissen	206
5.4.1.2	Maatschappelijke opvattingen en bodemverontreiniging	209
5.4.1.3	Verschillen tussen maatschappelijke opvattingen en verkeersopvattingen	211
5.4.2	De in Nederland levende rechtsovertuigingen	213
5.4.2.1	Achtergrond van het begrip	214
5.4.2.2	Bewuste pluriformiteit	216
5.4.2.3	Steeds gedragsnormen?	217
5.4.2.4	Verkeersopvatting <i>species</i> door beperking van de kring van personen?	220
5.4.2.5	Verkeersopvatting <i>species</i> door een andere aard van het verkeer?	222
5.4.2.6	De verkeersopvatting: welk verkeer?	224
5.4.2.7	Verschillen tussen de in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen	226
5.5	Verhouding tot de redelijkheid en billijkheid; reprise	228
5.6	Verkeersopvattingen en gewoonterecht	230
5.6.1	Wat moet worden verstaan onder gewoonterecht?	232
5.6.1.1	Geen verschil tussen gewoonten en gebruiken	233
5.6.1.2	Verwijzingen naar gewoonten en gebruiken in de wet	237
5.6.2	Verkeersopvatting; <i>opinio iuris</i> zonder <i>usus</i> ?	238
5.6.2.1	Is de verkeersopvatting iets anders dan <i>opinio iuris</i> ?	240
5.6.2.2	Berusten verkeersopvattingen wellicht op <i>usus</i> ?	242
i)	<i>Gewoonterecht en usus</i>	242
ii)	<i>Verkeersopvattingen en usus</i>	243
5.6.3	Verkeersopvatting: gewoonterecht in een nieuw jasje?	245
5.7	De plaats van de verkeersopvatting in beeld	247
5.8	Conclusie	248
6	FUNCTIES VAN DE VERKEERSOPVATTING	251
6.1	Inleiding	251
6.2	Methodische en materiële functies	252
6.3	Methodische functies	252
6.3.1	Receptie	253
6.3.2	Transformatie	256
6.3.3	Delegatie	258
6.3.4	Het fenomeen van de <i>Funktionswandel</i>	260
6.4	Materiële functies	261
6.4.1	Juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden	262

6.4.1.1	Welke rechtsvraag?	263
6.4.1.2	'Gesloten concretisering'	265
6.4.2	Objectivering en relativering	266
6.4.2.1	Problemen rondom consensus vooraf	267
6.4.2.2	Wiens opvattingen?	269
6.4.2.3	Consensus achteraf: werfkracht	272
6.4.2.4	Relativering	273
6.4.3	Slechts aanvullende werking	274
6.4.3.1	Ongeschreven recht en derogerende werking	276
6.4.3.2	Geen verkeersopvattingen <i>contra legem</i>	280
6.4.3.3	Aanvullende hantering door de rechter	283
6.4.3.4	Verklaringen voor de aanvullende werking	287
	i) <i>Verwijzing naar de verkeersopvatting leidt tot rechtsvinding intra legem</i>	289
	ii) <i>De jonge leeftijd van het BW</i>	290
6.4.3.5	Onwenselijkheid van verkeersopvattingen <i>contra legem</i>	291
6.5	Conclusie	292
7	HEURISTIEK EN LEGITIMATIE	295
7.1	Inleiding	295
7.2	De verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht	296
7.2.1	Receptie via het geschreven recht	298
7.2.1.1	Receptie van ongeschreven gedragsnormen via beslissingsregels	300
7.2.1.2	Receptie van verkeersopvattingen via beslissingsregels	302
7.2.1.3	Voordelen van hantering van beslissingsregels	303
7.2.2	Belang van het onderscheid tussen beslissingsregels en meer concrete rechtsnormen	304
7.2.2.1	Vershil in geadresseerde	305
7.2.2.2	Vershil in formulering	305
7.2.2.3	Vershil in moment van activering	307
7.2.2.4	Vershil in gedragsnormerend effect	308
7.2.3	Tussenconclusie	309
7.3	Heuristiek; het 'vinden' van de verkeersopvatting	310
7.3.1	Rechtsvindingsmethoden in het algemeen	310
7.3.2	Een methode die het hoofd biedt aan de bezwaren	311
7.3.3	Oriëntatie op de specifieke kenmerken en functies van de verkeersopvatting	312
7.4	Contextgebonden handvatten voor de rechtsvinding	315
7.5	De context van de wet	315
7.5.1	Bijzondere wettelijke regelingen gaan voor	317
7.5.2	Ratio en wetsgeschiedenis	320
7.5.3	Onderlinge samenhang tussen wettelijke rechtsnormen	321
7.5.4	Verhouding tot andere wettelijke <i>topoi</i>	324
7.6	De context van het specifieke geval	326
7.6.1	Evidente verkeersopvattingen: 'subsumptie'	328
7.6.2	Gevalsvergelijking aan de hand van precedenten	329
	i) <i>Verkeersopvattingen en precedentwerking</i>	329
	ii) <i>Distinguishing (of gevalsonderscheiding)</i>	332

iii) <i>De Fallgruppenmethode</i>	334
iv) <i>Subregels</i>	335
7.6.3 Topische techniek: hantering van gezichtspunten- of omstandighedencatalogi	338
7.6.4 Hypothetische vergelijking	341
7.6.5 Barendrecht en gevalsvergelijking	344
7.7 De context van de veranderende maatschappij	347
7.7.1 Objectivering	347
i) <i>Het perspectief van de derde</i>	350
ii) <i>De uiterlijke feiten (goederenrecht)</i>	351
iii) <i>De relevante omstandigheden (verbintenissenrecht)</i>	352
iv) <i>Afbakening van de kring van relevante personen</i>	353
7.7.2 Relativering	355
i) <i>Rechtsvraaggebondenheid</i>	355
ii) <i>Omzien en vooruit zien</i>	356
7.8 Schematische weergave van bruikbare rechtsvindingstechnieken	357
7.9 Legitimatie van de beslissing	358
7.9.1 Wanneer is de verkeersopvatting machtswoord, stoplap, dooddoener?	359
7.9.2 Te stellen eisen aan de motivering	361
7.9.2.1 De gevonden verkeersopvatting zo precies mogelijk formuleren	361
7.9.2.2 Blijk geven van objectivering en relativering	363
i) <i>Dubbele objectivering</i>	363
ii) <i>Relativering</i>	364
7.9.2.3 De verhouding tot het geschreven recht duidelijk maken	365
7.9.3 Aanbevelingen	366
7.10 Conclusie	366
8 RODE DRADEN EN CONCLUSIES	371
SUMMARY	385
ZUSAMMENFASSUNG	391
LITERATUURLIJST	399
JURISPRUDENTIEREGISTER	415
TREFWOORDENREGISTER	423
CURRICULUM VITAE	429

1 | Verkenning, probleemstelling en methode

1.1 INLEIDING

Verkeersopvattingen bestaan. Mijn pogingen om het tegendeel aannemelijk te maken zijn mislukt. Dit boek gaat daarom over de vraag *hoe* verkeersopvattingen bestaan. Daarover heerst veel onduidelijkheid. Duidelijk is dat het niet om persoonlijke opvattingen gaat. Mijn opvatting, uw opvatting of de opvatting van een willekeurige derde, doet er in het burgerlijk recht weinig toe. Met het begrip *verkeersopvatting* wordt bedoeld op de ‘in het maatschappelijk verkeer levende opvatting’. Zij kent dus noodzakelijkerwijs altijd een ruimere aanhang dan persoonlijke opvattingen.

Dakpannen zijn op grond van de verkeersopvatting bestanddeel van het huis waarop ze liggen. Wie een boek leent bij de bibliotheek wordt naar verkeersopvatting houder van dat boek, en niet bezitter. Wie een huis koopt moet er voor instaan dat hij zijn financiële verplichtingen uit de overeenkomst kan nakomen. Een beroep op financieel onvermogen zal naar de opvatting in het verkeer geen overmacht opleveren.

Ik permitteer mij op grond van de voorbeelden een tweede observatie. Het gaat niet alleen om wat ‘men’ vindt, maar bovendien om *juridisch relevante* opvattingen. Niet alle opvattingen in het maatschappelijke verkeer zijn juridisch relevante verkeersopvattingen, net zo min als alle normen van moraal en fatsoen rechtsnormen zijn.¹ Ik beperk mij tot die verkeersopvattingen die een rol spelen binnen een aantal leerstukken van ons vermogensrecht. Zij bieden de rechter de mogelijkheid, of verplichten hem, om voor de beslissing in een concreet geval aan te knopen bij – zoals hierna zal blijken – in de maatschappij levende opvattingen over *behoren*.

1 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 616: ‘Ook in het bestaande recht wordt aangenomen, dat onder “goede zeden” alleen die normen der moraal worden verstaan, welke door de maatschappij als rechtsnormen worden aanvaard, dus als normen die men niet alleen volgens het geweten maat [bedoeld zal zijn maar, PM] ook rechtens moet naleven; en dat het overtreden van een in een bepaalde groep erkende norm van beroepsethiek alleen dan een onrechtmatige daad oplevert, indien de norm tevens als een regel van ongeschreven recht kan gelden.’ Vergl. Brunner 1988, p. 456 en Nieuwenhuis 2007a, p. 4.

1.2 VERKENNING VAN HET ONDERWERP

Over verkeersopvattingen is veel geschreven,² maar slechts weinig duidelijk. Uit de parlementaire geschiedenis valt nauwelijks op te maken wat de wetgever met dit begrip heeft bedoeld of beoogd en in de literatuur verschillen de meningen omtrent de aard van het begrip. De grootste controverse in de literatuur betreft de vraag of het begrip ‘verkeersopvatting(en)’ verwijst naar een feitelijk gegeven, dan wel naar – ongeschreven – recht, dan wel de ene keer naar een feitelijk gegeven en de andere keer naar – ongeschreven – recht.³

Een antwoord op die vraag wordt in de parlementaire geschiedenis niet gegeven. Daarin is alleen bij de behandeling van artikel 3:4 BW (bestanddeelvorming) iets uitgebreider stilgestaan bij het begrip verkeersopvatting.⁴ Uit die parlementaire geschiedenis blijkt in ieder geval dat de wetgever een soepel, veranderlijk begrip voor ogen had, met behulp waarvan het recht zich zou kunnen aanpassen aan de ontwikkelingen in de maatschappij.⁵ Daarnaast merkt de wetgever slechts op dat de verkeersopvattingen in ruimere of juist beperktere kring relevant kunnen zijn, en ‘dat in de meeste gevallen een moeilijk en tijdrovend onderzoek naar de inhoud van de verkeersopvatting achterwege kan blijven’. Met die summiere opmerkingen moet de jurist het doen.

De vraag wat verkeersopvattingen zijn, is lastig te beantwoorden. Het begrip ‘verkeersopvatting’ is maar een woord dat om interpretatie vraagt. De uiteindelijke betekenis van woorden wordt, volgens Wittgenstein, bepaald door ‘hun gebruik in de taal’.⁶ Het lijkt daarom in ieder geval nuttig om eens te inventariseren waar en wanneer het begrip verkeersopvatting wordt *gebruikt* in de taal en, nu het om een juridisch begrip gaat, meer in het bijzonder in het juridisch taalgebruik. Ik breng kort in kaart binnen welke leerstukken en bij welke rechtsvragen de verkeersopvatting een rol speelt.

1.2.1 Vier categorieën gevallen

Sinds 1992 staat in een twaalfstal artikelen in het vermogensrecht een verwijzing naar de *verkeersopvatting(en)* of de *in het verkeer geldende opvattingen*. Het betreft

2 Zie bijv. Rogmans 1987; Van Wassenauer van Catwijck 1992; De Jong 1994; Rossel 1994; Van Schaick 2000; Sieburgh 2000, p. 197-243; Wichers 2002, p. 31-39, 80-95, 127-130, 190-198, 214-216; Rogmans 2007.

3 Deze controverse bestaat reeds sinds het eerste gebruik van het begrip verkeersopvatting in Nederland, zie nader § 3.1.

4 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 73-78.

5 M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 77-78. Ten aanzien van de verwijzing naar de verkeersopvatting in art. 6:162 lid 3 BW maakt de wetgever een soortgelijke opmerking, zie: T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 604-605 en Sieburgh 2000, p. 202.

6 Wittgenstein 1953/1992, nr. 43.

de artikelen 3:4 (bestanddeelvorming), 3:9 (vruchten), 3:76 (einde volmacht), 3:108 (bezit en houderschap), 3:254 (duurzaam dienende roerende zaken), 5:14 (natrekking⁷), 6:75 (overmacht), 6:77 (aansprakelijkheid voor gebruikte zaken), 6:162 (toerekening onrechtmatige daad), 6:228 (toerekening dwaling), 6:229 (voortbouwende overeenkomst) en 6:258 (toerekening van onvoorziene omstandigheden) BW.

Daarnaast speelt het begrip verkeersopvatting ook buiten deze ‘wettelijke’ gevallen een rol in de jurisprudentie. De verkeersopvatting wordt door de rechter soms zelfstandig gebruikt, zonder dat daaraan een verwijzing naar de verkeersopvatting in de wet ten grondslag ligt. Dit is bijvoorbeeld het geval binnen het leerstuk van de eigen schuld en bij de schijn van volmachtverlening.

Globaal zijn er drie grote categorieën van gevallen aan te wijzen (*a*, *b* en *c*) waarbinnen de verkeersopvatting wordt gehanteerd. Daarnaast bestaat een restcategorie met overige gevallen (*d*).

a) De aard en omvang van zaken

De eerste categorie ziet op vragen betreffende de aard en omvang van zaken. De verkeersopvatting geeft mede invulling aan het juridische zaaksbegrip.⁸ Zij is bijvoorbeeld doorslaggevend voor de vraag of een zaak beschikt over zelfstandigheid, of zij individualiseerbaar is en wat de ethische grenzen zijn van het zaaksbegrip. Indien een zaak zelfstandigheid mist, dan is zij – noodzakelijkerwijs – bestanddeel van een andere zaak. De verkeersopvatting is sinds lang doorslaggevend voor nadere vaststelling van het begrip bestanddeel.⁹ Zij bepaalt eveneens welke van de zaken de hoofdzaak is.¹⁰

Daarnaast kan de verkeersopvatting – in twijfelgevallen – gehanteerd worden als hulpmiddel bij de uitleg van de zinsnede ‘duurzaam met de grond verenigd’ (art. 3:3 BW) en speelt zij dus een rol bij de bepaling van de roerende of juist onroerende aard van een zaak.¹¹ Verder speelt ze een rol bij de invul-

7 Omdat in de art. 5:15 en 5:16 BW naar dit artikel wordt verwezen speelt de verkeersopvatting daarnaast een rol bij vermenging en zaaksvorming.

8 Zie over de verkeersopvatting bij natrekking, vermenging en zaaksvorming met name Wichers 2002.

9 Zie bijv. HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*); HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*); HR 21 juni 1974, NJ 1975, 17 m.nt. GJS (*Kraanbalk-arrest*); HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 m.nt. BW (*Radio Holland*); HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 m.nt. WMK onder NJ 1993, 317 (*Dépex/Curatoren Bergel*) en J. Hijma AA 1992, 284; HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 m.nt. WMK (*Ontvanger/Rabobank*); HR 17 september 1993, NJ 1993, 740 (*Reimes/Constandse*); Pres. Rb. Leeuwarden 20 december 1994, KG 1995, 61 (*Dynamiek/De Vries Competition*); HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 (*Hendriks/Curator of Straalcabine*); HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL/Curator CXA of Spuitcabine*); HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272 (*Steiger-arrest*). Zie ook Gerbrandy 1957.

10 Zie bijv. Hof Leeuwarden 9 februari 2005, NJF 2005, 164 (*De Gruijl-Eblé/ Brinkman Agro*).

11 Zie bijv. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (*Portacabin*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann in AA 47 (1998), p. 101-105 en M.A.J.G. Janssen in JOR 1997, 152 en HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK (*Grafzerken*). Zie nader § 4.4.2.1.

ling van de juridische begrippen vrucht,¹² vermenging van zaken,¹³ duurzaam dienende zaken¹⁴ en bij de beantwoording van de vraag of sprake is van vorming van een zaak met een nieuwe identiteit.¹⁵

b) De verhouding persoon – goed

De tweede categorie omvat vragen betreffende feitelijke macht en het onderscheid tussen bezit en houderschap. Een verschil met de eerste categorie is dat de verkeersopvatting hier niet ziet op de aard en omvang van de zaak, maar op de verhouding tussen personen en goederen (vooral zaken maar ook vermogensrechten). Of iemand een goed houdt en *voor wie* hij dat doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld (art. 3:108 BW).¹⁶

De vraag of en wanneer op kenbare wijze feitelijke macht wordt uitgeoefend bleek bijvoorbeeld relevant voor de beantwoording van de vraag of op een onroerende zaak een retentierecht uitgeoefend wordt.¹⁷ Een rol voor de verkeersopvatting bij het onderscheid tussen bezit en houderschap is bijvoorbeeld weggelegd bij de beoordeling van de vraag of sprake is van *bezit* van een strook grond, en dus of verkrijgende verjaring daarvan mogelijk is.¹⁸

12 Zie bijv. HR 23 mei 1958, NJ 1958, 458 (*Pierlot/Kreemer q.q.*) en HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*).

13 Rb. Middelburg 2 januari 1985, S&S 1985, 86 (*Cobelfret/Schweizerischer Bankverein*).

14 Zie Hof Amsterdam 31 januari 1985, NJ 1986, 185 (*De Vestingwachter/van Wingerden*).

15 Zie bijv. Rb. Almelo 10 december 1980, NJ 1983, 20 m.nt. JCS (*Gebruder Hoon c.s./Bontweverij*); HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Orchideeënscheur-arrest*); HR 5 oktober 1990, NJ 1992, 226 m.nt. WMK (*Breda/Antonius*); Hof Amsterdam 7 november 1991, NJ 1993, 59 (*Thijssen/NMB*) besproken door G.E. van Maanen, WPNR (1998) 6309, p. 237-238; HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Hinck/Van der Werff & Visser, of 'Love-Love'*); HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*); Pres. Rb. Almelo 23 december 1999, LJN AA 3999 (*ABB Sattline/curator QtecQ BV*) besproken door G.J. Knijp in *NbBW* 2000/2, p. 25-27. Zie voor het fiscale recht: HvJ EG 14 mei 1985, BNB 1985, 335 en daarop vervolgend HR 2 oktober 1985, BNB 1985, 336 (*Van Dijk's Boekhuis/Staatssecr. Financiën*).

16 Zie bijv. HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*); HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 (*Kas-associatie/Drying*); HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*); Rb. Utrecht 3 juli 1996, NJ 1997, 50 (*ABN AMRO/Pasman q.q.*); Hof Amsterdam 31 december 1998, NJ 2000, 705 (*Valk International /Van der Waart*); Hof Arnhem 14 mei 2002, LJN AE2653 (*Krakers/Cofiton c.s.*); Hof Arnhem 25 maart 2003, NJ 2003, 577 (*Derksen/Gem. Rijnwaarden*); Hof Arnhem 10 juni 2003, NJ 2004, 155 (*erven Schoonhoven/ erven Kroes*); Rb. Rotterdam 4 oktober 2006, NJF 2006, 632 (*De Vries/De Keizer c.s.*); HR 15 september 2006, NJ 2006, 506 (*Stichting Beheer en Administratie Noord-Oost Friesland/Dilemma*).

17 Zie: HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 m.nt. WMK (*Deen/Van der Drift*); HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters bouwbedrijf/Kantoor van de Toekomst*) en HR 5 december 2003, NJ 2004, 340 m.nt. WMK (*Rabobank Graafschap-West/Fleuren c.s.*).

18 Zie bijv. Rb. Maastricht 27 juni 2002, LJN AE4909; Hof Amsterdam 8 mei 2003, LJN AO2388 (*Gem. Amsterdam/Ooms c.s.*); Hof Arnhem 10 juni 2003, NJ 2004, 155 (*erven Schoonhoven/ erven Kroes*); Hof Den Bosch 6 maart 2007, LJN BA0774. Het betreft hier een zeer kleine selectie van het totale aantal zaken over deze problematiek.

Bij kwesties die de verhouding van personen tot goederen betreffen speelt de verkeersopvatting overigens van oudsher een belangrijke rol.¹⁹

c) *Toerekening van risico's*

In het verbintenissenrecht hangt de verwijzing naar de verkeersopvatting samen met de toerekening van risico's.²⁰ De vraag aan wie van partijen het risico van niet-nakoming,²¹ dwaling,²² onvoorziene omstandigheden, of het ontbreken van een rechtsverhouding moet worden toegerekend, wordt regelmatig aan de hand van de verkeersopvatting beslist.²³

Buiten het contractenrecht kennen wij de toerekening van onrechtmatige daden op grond van de verkeersopvatting,²⁴ in gevallen waarin verwijtbaarheid of kwalitatieve aansprakelijkheid ontbreken. Ook de toerekening van beroepsfouten geschiedt regelmatig op grond van de verkeersopvatting,²⁵ ongeacht of de grondslag voor schadevergoeding wordt gezocht in onrechtmatige handelen of wanprestatie.

Deze rol van de verkeersopvatting bij de toerekening van risico's is evenmin nieuw. Ook reeds vóór 1992 werden verkeersopvattingen gehanteerd waar het ging om toerekening van bijvoorbeeld wanprestatie,²⁶ beroepsfouten,²⁷ dwaling²⁸ en bij de toerekening van onrechtmatige (overheids)daden.²⁹

19 Dit was reeds zo onder het oude BW, zie bijv. HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*). Zie bijv. ook: Asser-Scholten 1933, p. 54, waar door Scholten wordt gewezen op de doorslaggevende rol van de verkeersopvatting bij de beoordeling van feitelijke macht, bezit en houderschap. Ook Meijers lijkt ervan uit te gaan dat art. 3:108 BW het reeds bestaande recht codificeert, zie: T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 428.

20 Zie ook Rogmans 2007, nr. 52 en Rossel 1994, p. 337.

21 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*) en HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

22 HR 19 juni 1959 NJ 1960, 59 m.nt. HB (*Kantharos van Stevensweerd*); HR 18 april 2003, NJ 2004, 634 m.nt. MMM (*Huls/NLP*). Bij de toerekening van dwaling wordt met name de reikwijdte van onderzoeks- en mededelingsplichten nader bepaald aan de hand van de verkeersopvatting, zie bijv. HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & van Rosberg*) en HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH (*L.E. Beheersmaatschappij/Stijnman*). Vergl. HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 m.nt. MMM (*Gem. Maastricht/Taxi Centrale Crals*). In laatstgenoemde zaak gaat het om analoge toepassing van het dwalingsleerstuk op een eenzijdig gerichte rechtshandeling; de erkenning van aansprakelijkheid.

23 Daarnaast spelen steeds andere *topoi*, of gezichtspunten een rol. Zie § 4.5.5.1 sub i).

24 Zie daarover met name Sieburgh 2000, p. 197-243.

25 HR 9 maart 1990, NJ 1990, 428 (*Knobo/notaris Schellenbach*); HR 12 mei 2000, NJ 2000, 440 (*E./Robu holding*); Rb. Den Bosch 7 april 2004, NJ 2005, 32 (*Rozendal/Gösgens c.s.*).

26 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m.nt. GJS (*Vliegtuigvleugel*) en HR 13 december 1968, NJ 1969, 174 m.nt. GJS (*Cadix of Polyclens*).

27 HR 9 maart 1990, NJ 1990, 428 (*Knobo/notaris Schellenbach*).

28 HR 19 juni 1959 NJ 1960, 59 m.nt. HB (*Kantharos van Stevensweerd*).

29 Zie voor de onrechtmatige overheidsdaad HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Knabbel en Babbel*) en voor de onrechtmatige daad bijv. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 m.nt. CJHB (*Marbeth van Uitregt*) (overigens zonder woordelijk gebruik van het begrip verkeersopvatting) en HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. CJHB en C (*Staat en Van Hilten/M*).

De verkeersopvatting speelt verder, zonder wettelijke verwijzing naar het begrip, een niet langer weg te denken rol bij de toerekening van eigen schuld.³⁰ Ook bij de toerekening van schade lijkt een beroep op de verkeersopvatting mogelijk.³¹

Daarnaast is voor de verkeersopvatting een rol weggelegd bij toerekening van de schijn van vertegenwoordiging (of het ontbreken van een toereikende volmacht).³² Een wettelijke verwijzing naar de verkeersopvatting voor de toerekening van de schijn van volmachtverlening in de volmachttitel (meer in het bijzonder in art. 3:61 BW) ontbreekt. Wel wordt in dezelfde titel 3.3 (volmacht) verwezen naar de verkeersopvatting daar waar het de beëindiging van de volmacht betreft (art. 3:76 lid 1 sub a BW). Of bekendheid met het eindigen van de volmacht aan een wederpartij kan worden tegengeworpen hangt mede af van de verkeersopvatting. Deze verwijzing naar de verkeersopvatting lijkt tot nog toe echter een dode letter. Uitspraken waarin een verkeersopvatting over bekendheid met het einde van een volmacht wordt geformuleerd zijn mij althans onbekend.

Meijer ten slotte bepleit in zijn proefschrift een rol voor de verkeersopvatting bij de toerekening van het 'risico' op een actie uit ongerechtvaardigde verrijking.³³ In dat leerstuk lijkt een rol voor de verkeersopvatting echter vooralsnog niet aan de orde.³⁴

d) Overige gevallen

Buiten de genoemde categorieën is bij gevallen van non-conformiteit steeds vaker een beroep op de verkeersopvatting zichtbaar.³⁵ En niet alleen bij non-conformiteit treedt dit fenomeen op. Overal waar, zoals bij non-conformiteit, onderzoeks- en mededelingsplichten tegenover elkaar staan komt regelmatig

30 Hof Leeuwarden 13 januari 1982, NJ 1982, 482 (*Ziekenfonds/Veenstra*); HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 (*Donkers/Scholten*) en Hof Arnhem 2 oktober 2001, LJN AD4954 (*politiehond Ricky*). Opmerking verdient wel dat in de Parlementaire geschiedenis bij art. 6:101 de verkeersopvatting wordt genoemd in het kader van de toerekening van eigen schuld (T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 351).

31 HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 (*Amev/Staat*). Zie hierover uitgebreider § 2.3.3.2.

32 Zie Hof Den Haag 9 mei 1986, PrG 1986, 2557 (*Stichting Ziekenhuis Sint Antoniusshove/Gem. Leidschendam*) en HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 (*Hartman/Bakker*).

33 Meijer 2007 en passim. Jurisprudentie op dit vlak is mij niet bekend. Zie over de rol van maatschappelijke opvattingen bij bodemverontreiniging § 5.4.1.2.

34 Meijer hanteert de verkeersopvatting als één van de 'toerekeningsfactoren' voor de invulling van het 'ongeschreven recht', waaraan, volgens hem, aanvullend getoetst moet worden om te bezien of een verrijking *ongerechtvaardigd* is. Zijn theorie is gebouwd op een meerlagige en goeddeels hypothetische analogieredenering met de toerekening van onrechtmatige daden. De vraag die bij mij rijst is of hier wel sprake is van een 'risico' dat hetzij aan de ene (de verarmde), hetzij aan de andere partij (de verrijkte) moet worden toegerekend. Het 'risico' van een verhaalsactie ligt immers alleen bij de verrijkte partij.

35 Zie bijv.: Rb. Roermond 31 januari 2002, LJN AD8904.

de verkeersopvatting om de hoek kijken.³⁶ Soms bevat de overeenkomst een bepaling op het punt van de onderzoeks- of mededelingsplichten van partijen over en weer en wordt in dat verband de verkeersopvatting bij name genoemd.³⁷ In het arrest *Ponteeceen/Stratex*³⁸ diende de Hoge Raad zich bijvoorbeeld te buigen over de vraag of de koper bij de overname van twee BV's verkeerd was voorgelicht aan de hand van de volgende contractuele zinsnede:

‘De verkoper staat ervoor in aan de koper met betrekking tot het verkochte die informatie te hebben gegeven die *naar geldende verkeersopvattingen* door hem ter kennis van de koper behoort te worden gebracht’. [cursivering PM]

Daarnaast wordt in overeenkomsten ook op andere punten steeds vaker naar de verkeersopvatting verwezen, waardoor deze term een rol krijgt bij de bepaling van de inhoud van overeenkomsten. Verder speelt de verkeersopvatting een rol bij de opzegging van overeenkomsten.³⁹ Ten slotte speelt ook bij de uitleg van overeenkomsten de verkeersopvatting bij tijd en wijle een rol. Zo oordeelde de HR in het arrest *Ansink/Canjels*⁴⁰ dat het doel van een koopovereenkomst naar verkeersopvatting de verschaffing van de gekochte zaak is.

Het begrip verkeersopvatting wordt in het Nederlandse vermogensrecht kortom, zowel in wettelijke normen als daarbuiten, vooral gehanteerd ter nadere bepaling van de aard en omvang van zaken, de verhouding tussen persoon en goed, en voor de toerekening van risico's.

1.2.2 De verkeersopvatting in de literatuur

Over het algemeen wordt in de literatuur ten aanzien van de verkeersopvatting aangenomen dat zij een *objectiverende* of ook wel *intersubjectieve* maatstaf is.⁴¹ Niet de wil van partijen of de persoonlijke overtuiging van de rechter geeft de doorslag, maar ‘de opvatting in het verkeer’ op een zeker moment.⁴² De

36 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & van Rosberg*); Rb. Middelburg 24 mei 2000, LJN AA7949 en Pres. Rb Breda 21 november 2000, LJN AA9119 (*Rasti Rostelli/Partycentrum de Kwinter*). Vergl. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 (*Sijpesteijn c.s./De Marez Oyens c.s.*), waarin niet de *verkeersopvatting*, maar de *maatschappelijke opvattingen* te hulp worden geroepen.

37 Zie bijv. Rb Zutphen 21 juni 2001, LJN AB2290.

38 Zie bijv. HR 23 januari 2004, *RvdW* 2004, 20 (*Ponteeceen/Stratex*).

39 Zie bijv. Rb. Arnhem 16 januari 1986 en 19 maart 1987, NJ 1992, 13 (*Tiem/Tiem*) en HR 12 april 1991, NJ 1991, 449 (*Sürüç/Hoechst Holland*).

40 HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 (*Ansink/Canjels*).

41 Zie bijv. Wichers 2002, p. 38 en Rogmans 2007, nr. 16. Zie ook reeds Schut 1979, p. 404-405.

42 Rogmans 2007, nr. 16.

verkeersopvatting wordt wel een ‘venster op de maatschappelijke werkelijkheid’ genoemd.⁴³

Daarnaast staat in de Nederlandse literatuur waarin wat dieper wordt ingegaan op de verkeersopvatting in vermogensrechtelijke zin, meestal één concrete vraag centraal: om welk verkeer en wiens opvattingen gaat het eigenlijk?⁴⁴ Die vraag blijkt veelal lastig te beantwoorden en leidt vaak tot de vervolgvraag of concrete verkeersopvattingen wel *bestaan*.⁴⁵

Deze twee algemene opmerkingen over de vermogensrechtelijke literatuur met betrekking tot verkeersopvattingen schetsen de worsteling van juristen met het begrip. De hantering in wet en rechtspraak van het begrip *verkeersopvatting(en)* of *de in het verkeer geldende opvattingen* suggereert – impliciet – dat die verkeersopvatting(en) binnen de maatschappij voorhanden zou(den) zijn en voor kant en klare toepassing gereed ligt (liggen). Wie vervolgens echter probeert de verkeersopvatting ten aanzien van een concrete rechtsvraag te vinden of te concretiseren, stuit op aanzienlijke problemen.

1.3 PROBLEEMSTELLING

Hantering van de verkeersopvatting stelt de jurist voor rechtsvindingsproblemen.⁴⁶ Het begrip verkeersopvatting is een onbepaald begrip dat bij toepassing door de rechter nadere invulling behoeft, zoals ook open normen en andere onbepaalde begrippen invulling behoeven.

Hantering van dergelijke open normen en onbepaalde begrippen bergt al snel het gevaar van rechtsonzekerheid en willekeur in zich. Voorkomen moet worden dat een begrip als de verkeersopvatting een machtswoord, een juridische stoplap of een dooddoener wordt. In dat opzicht is het van belang om meer duidelijkheid te verkrijgen over het in de wet en jurisprudentie gehanteerde begrip verkeersopvatting. *Wanneer* is hantering daarvan op zijn plaats, en *waar* of *hoe* kan de rechtsvinder de inhoud van de verkeersopvatting achterhalen?

De laatste vraag noopt tot het innemen van een standpunt ten aanzien van de controverse of de verkeersopvatting verwijst naar feit of recht. Deze vraag, die ziet op de *aard* van het begrip verkeersopvatting, is niet irrelevant of slechts academisch van aard. De jurist die uitgaat van het feitelijk bestaan van verkeersopvattingen zal op een andere wijze proberen haar inhoud te achterhalen

43 De metafoor wordt gebruikt door Fikentscher (1977, p. 308), maar ook in Asser-Vranken 2005, nr. 86, en door anderen, zoals Barendrecht. Zie nader § 3.2.

44 Zie bijv. Rogmans 2007, nr. 14-15 en Rossel 1994, p. 337-338. Rogmans behandelt de kwestie als twee aparte deelvragen: ‘welk verkeer?’ (nr. 14) en ‘wiens opvattingen?’ (nr. 15). De tweede vraag ziet vooral op de omvang van de relevante kring van personen.

45 Zie bijv. Wery 1964, p. 29; De Jong 1994, p. 200-201; Ploeger 1997, nr. 32.

46 In navolging van mijn promotor hanteer ik de term ‘rechtsvinding’ onder erkenning dat rechtsvinding mede rechtsvorming omvat (Snijders 1995, *Retrocipatie*, p. 8, voetnoot 6).

dan hij die meent dat het begrip verwijst naar – al dan niet ongeschreven – recht. De eerste zal zijn heil zoeken in middelen als het getuigenverhoor, het deskundigenbericht en bevolkingsopinieonderzoek. Hij zal bovendien de verkeersopvatting alleen dan willen hanteren wanneer deze duidelijk kenbaar is. De tweede zal aanknopen bij hem bekende rechtsvindingsmethoden, zoals bijvoorbeeld het zoeken naar precedents, subregels en vuistregels, (hypothetische) gevalsvergelijking en de hantering van gezichtspunten- of omstandighedenencatalogi. Deze rechtsvinder zal bovendien vermoedelijk geen overwegende bezwaren hebben tegen hantering van het begrip indien haar inhoud *niet* op voorhand kenbaar en evident is. Een keuze voor een bepaalde aard van de verkeersopvatting – feit dan wel recht – bepaalt met andere woorden de methode van haar concretisering.

Het antwoord op de vraag of de verkeersopvatting verwijst naar feit of recht is vooralsnog onduidelijk, nu daarover in de doctrine verschillend wordt gedacht. Onduidelijkheid geldt ook andere vragen die ten aanzien van het begrip verkeersopvatting gesteld kunnen worden. Wat zijn bijvoorbeeld de kenmerken van verkeersopvattingen? Waarin onderscheidt dit begrip zich van andere (rechts)begrippen? Hoe verhoudt dit begrip zich tot aanverwante (rechts)begrippen en welke functies vervult het begrip verkeersopvatting in ons rechtssysteem?

Een overkoepelende studie naar het begrip verkeersopvatting in het algemeen en de daarbij behorende rechtsvindingsmethoden ontbreekt.⁴⁷ Naar de verkeersopvatting werd tot nu toe vooral onderzoek verricht binnen het kader van specifieke rechtsvragen en leerstukken.⁴⁸ Alleen de monografie van Rogmans geeft een eerste aanzet tot algemenere theorievorming.⁴⁹ Theorievorming ontbreekt niet alleen in Nederland grotendeels, maar ook in het buitenland, waar – voor zover het begrip al bekend is – een verwijzing daar-

47 De *State-of-the-art* (zie: van Gestel, Vranken, Gribnau en Tijssen, 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *NJB* 2007, p. 1455) is kortom de vrijwel volledige afwezigheid van een theoretisch kader voor het begrip verkeersopvatting(en).

48 Zie bijv. Sieburgh 2000 en Wichers 2002. Deze proefschriften geven geen uitsluitend over de aard van het begrip verkeersopvatting in het algemeen. Sieburgh (2000, p. 208, 211-215, 243-244) beantwoordt de vraag alleen voor zover het de toerekening van onrechtmatige daden betreft en merkt met zoveel woorden op: 'dat nauwelijks onderzoek is verricht naar de normen die achter het begrip verkeersopvattingen schuilgaan' (p. 219). Wichers' mening over de aard van het begrip wordt niet geheel helder. Zij meent enerzijds dat de verkeersopvatting achterhaald kan worden door middel van bewijsopdrachten, getuigenverhoor en deskundigenbericht (p. 38), maar spreekt elders over 'een normatief oordeel' aan de hand van de verkeersopvatting (p. 31). Zij stelt dat men voor haar inhoud te rade moet gaan in het handels-, economisch of maatschappelijk verkeer en suggereert daarmee dat verkeersopvattingen bestaan in feitelijke zin (p. 32). Zie over de verschillende visies in de doctrine nader § 3.3.4.

49 Helaas hinkt deze monografie m.i. echter op twee gedachten. Zie daarover nader § 3.3.4.2.

naar in wettelijke bepalingen niet voorkomt. In andere landen is het begrip verkeersopvatting zelfs volledig onbekend.⁵⁰

Het probleem dat in dit proefschrift aan de orde wordt gesteld is dan ook het ontbreken van een theoretisch kader voor het begrip verkeersopvatting(en) en het – daarmee samenhangende – dreigende gevaar voor rechtsonzekerheid en willekeur bij haar hantering.

Voor u ligt een poging om een theoretisch kader voor het begrip verkeersopvatting te schetsen. Daartoe heb ik getracht achtereenvolgens een antwoord te vinden op de volgende subvragen:

- Waarom hanteren wij het begrip verkeersopvatting en wat zijn de nadelen die daaraan kleven?⁵¹
- Verwijst het begrip verkeersopvatting naar een feitelijk gegeven of naar ongeschreven recht?⁵²
- Kennen verkeersopvattingen specifieke kenmerken die een vergelijking met of onderscheiding van andere begrippen mogelijk maken?⁵³
- Hoe verhoudt de verkeersopvatting zich tot aanverwante (rechts)begrippen?⁵⁴
- Wat is of zijn haar functie(s) binnen het rechtssysteem?⁵⁵

Het doel van deze theoretische exercitie is tweeledig. Enerzijds hoop ik met het schetsen van dit theoretische kader een bijdrage te kunnen leveren aan de ‘begripsvorming’. Anderzijds zal meer duidelijkheid rondom de theoretische achtergronden van het begrip een aanzet kunnen geven voor de beantwoording van de vraag *waar* of *hoe* de inhoud van de verkeersopvatting achterhaald kan en moet worden.

Na de theoretische schets in hoofdstuk 2 tot en met 6 doe ik daarom in hoofdstuk 7 een poging om de jurist enige handvatten te bieden voor de rechtsvinding, waarbij ik heb getracht de – eerder in hoofdstuk 2 in kaart gebrachte – bezwaren die aan hantering van de verkeersopvatting kleven zoveel mogelijk te ondervangen. Ik geef in dit hoofdstuk aan welke rechtsvindingsmethoden naar mijn mening dienen te worden gehanteerd en hoe beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting dienen te worden gemotiveerd.

50 zie nader § 1.5.3.

51 Hoofdstuk 2.

52 Hoofdstuk 3.

53 Hoofdstuk 4.

54 Hoofdstuk 5.

55 Hoofdstuk 6.

1.4 TERMINOLOGIE: 'VERKEERSOPVATTING(EN)' EN 'IN HET VERKEER GELDEND E OPVATTINGEN'

De wettelijke terminologie waarmee wordt verwezen naar, wat ik hier maar noem, het begrip *verkeersopvatting* is niet eenduidig.

In het goederenrecht hanteert de wetgever het begrip *verkeersopvatting* in enkelvoud. De term verkeersopvatting (in enkelvoud) komt in de wet zes keer voor.⁵⁶ Daarnaast is in twee artikelen sprake van een indirecte verwijzing naar de verkeersopvatting, te weten in de artikelen 5:15 en 5:16 BW. Beide artikelen verklaren het artikel over natrekking (5:14 BW), waarin de verkeersopvatting een rol speelt in lid 3, van overeenkomstige toepassing. De term *verkeersopvattingen* (in meervoud) komt slechts één maal voor; in artikel 3:76 lid 1 sub a BW, over het einde van de volmacht.

Anders dan in het goederenrecht hanteert de wetgever in het verbintenissenrecht niet het woord *verkeersopvatting(en)* maar steeds een soort 'verkeersopvattingen-formule'. In zes artikelen wordt gebruik gemaakt van de zinsnede *de in het verkeer geldende opvattingen*.⁵⁷ In de artikelen 6:77 en 6:229 BW wordt deze 'verkeersopvattingen-formule' in een enigszins afwijkende 'tenzij-vorm' gehanteerd.

Dit verschil in terminologie heeft aanleiding gegeven voor speculaties dat het wellicht om twee verschillende begrippen zou gaan en de controverse over de aard van het begrip (feit of recht?) nog verder gevoed.⁵⁸

Rogmans zoekt de verklaring voor het verschil in terminologie in het feit dat de boeken 3 en 5 enerzijds en 6 anderzijds, zijn geredigeerd door verschillende personen in verschillende periodes.⁵⁹ Deze verklaring voor het verschil in formulering komt mij plausibel voor. Uit niets blijkt dat de wetgever over de verschillen in bewoording heeft nagedacht, of dat hij deze met een bepaalde bedoeling hanteert.⁶⁰ Het lijkt steeds te gaan om redactionele varianten van één en hetzelfde (rechts)begrip.⁶¹ Ook in de jurisprudentie en literatuur worden meervoud, enkelvoud en de 'verkeersopvattingen-formule' over het algemeen door elkaar gebruikt en lijken zij onderling uitwisselbaar.⁶² Het zou de wetgever daarom gesierd hebben om, mede vanuit het oogpunt van

⁵⁶ In art. 3:4 lid 1, 3:9 lid 1 en lid 2, 3:108, 3:254 lid 1 en 5:14 lid 3 BW.

⁵⁷ In art. 6:75, 6:77, 6:162 lid 3, 6:228 lid 2, 6:229 en 6:258 lid 2 BW.

⁵⁸ Zie daarover nader § 3.3.4 e.v.

⁵⁹ Rogmans 2007, nr. 2.

⁶⁰ In de parlementaire geschiedenis wordt nergens een reden of een verklaring gegeven voor het gesignaleerde verschil in terminologie en zij biedt geen aanknopingspunten voor het aannemen van een verschil in betekenis of functie. Zo ook Rogmans 2007, nr. 2.

⁶¹ Het begrip dient – ondanks de verschillen in terminologie – dan ook liefst op een eenduidige wijze geïnterpreteerd te worden. Zie over deze en andere *meta-normen* voor interpretatie: Smith 1998, p. 143, met verwijzing naar het werk van Peczenik.

⁶² Deze onderlinge uitwisselbaarheid geldt eveneens voor de wetsartikelen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen, zonder dat daardoor aan de betekenis van de daarin vervatte rechtsregels afbreuk wordt gedaan.

rechtseenheid, steeds dezelfde terminologie te gebruiken voor eenzelfde rechtsbegrip. De ontstane verwarring zou daarmee wellicht vermeden zijn.

Mijn voorkeur gaat uit naar het begrip *verkeersopvatting* (in enkelvoud).⁶³ Gebruik van het begrip ‘verkeersopvattingen’ (in meervoud) leidt mijns inziens tot onnodige verwarring, omdat het suggereert dat binnen één leerstuk tegen- gestelde verkeersopvattingen kunnen bestaan ten aanzien van eenzelfde rechtsvraag, en deze opvattingen alle doorslaggevend kunnen zijn, hetgeen mijns inziens niet zo is.⁶⁴ Een tweede reden om van de verkeersopvatting in enkelvoud te spreken is dat hierin haar rechtsvraag- en feitengebondenheid het beste tot uitdrukking komt.⁶⁵

Ik heb er daarom voor gekozen om de begrippen ‘verkeersopvatting(en)’ en ‘de in het verkeer geldende opvattingen’ te beschouwen als varianten van één rechtsbegrip en hanteer het woord verkeersopvatting (in enkelvoud) zodra het gaat over een verkeersopvatting die antwoord geeft op een concrete rechts- vraag. De meervoudsvorm gebruik ik alleen voor zover ik spreek over ver- keersopvattingen in het algemeen.

1.5 AFBAKENING

De afbakening van het even brede als vage onderwerp ‘verkeersopvattingen’ is zowel essentieel als lastig. De goede verstaander begrijpt na lezing van de eerste paragraaf van dit boek dat mijn onderzoek zich beperkt tot de ‘juridische sfeer van het vermogensrecht’. Dit proefschrift gaat niet over de verhouding tussen recht en bijvoorbeeld politiek of over de staatsrechtelijke verhouding tussen (organen van) de overheid en de opvattingen van de burger. Ik beperk mij tot juridisch-technische vragen die spelen binnen het vermogensrecht. Bovendien heb ik mij geconcentreerd op de rol van de verkeersopvatting in het vermogensrecht (boek 3, 5 en 6 BW) en de boeken 1, 2, 7 en 8 BW buiten beschouwing gelaten.⁶⁶

63 Ik deel dan ook de voorkeur van Rossel (1994, p. 337), zij het om een andere reden. Rossel gaat er t.a.p. vanuit dat: “‘opvattingen in het verkeer’ slechts aanknopingspunten kunnen bieden voor het oplossen van juridische kwesties als zij in dezelfde richting wijzen.’ De in het verkeer geldende opvattingen zijn volgens haar pas relevant als zij tezamen één verkeersopvatting vormen (t.a.p). Ik ga er daarentegen vanuit dat ten aanzien van de beantwoording van een concrete rechtsvraag steeds slechts één doorslaggevende of geldige verkeersopvatting bestaat. Het gaat met andere woorden steeds om een intern consistent begrip, zie § 3.4.4.

64 Zie nader § 3.4.4.

65 Zie § 4.5.4.2 en 4.6.

66 In boek 1 en 2 BW wordt veel verwezen naar – de normen van – ‘het maatschappelijk verkeer’ (zie bijv. art. 1:126, 1:234, 2:94a, 2:94c, 2:105, 2:204a, 2:204c en 2:362). In boek 7 speelt de verkeersopvatting een rol bij de bepaling van omvang van onderzoeks- en mededelings- plichten in geval van non-conformiteit en in boek 8 wordt in art. 8:1170 naar de verkeers- opvatting verwezen voor de nadere bepaling van het begrip ‘verhuisgoederen’.

Evenmin is het onderzoek rechtssociologisch van aard, om de simpele reden dat ik geen rechtssocioloog ben en niet thuis ben in de rechtssociologische methoden. In dit boek zijn dan ook geen resultaten van bevolkingsopinieonderzoeken te vinden en door mij is geen empirisch onderzoek verricht naar de mening van 'de man of vrouw in de straat'. Wel bespreek ik de vraag of bevolkingsopinieonderzoek een nuttig middel zou kunnen zijn voor het achterhalen van de inhoud van verkeersopvattingen.⁶⁷

Voor het overige werd de omvang van het onderzoek bepaald door de volgende drie factoren.

1.5.1 Niet a priori onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht

Zoals gememoreerd signaleert Rogmans in zijn monografie het verschil in formulering door de wetgever van het begrip in het verbintenissenrecht en in het goederenrecht.⁶⁸ Hoewel hij de wettelijke formuleringen als 'redactionele varianten' beschouwt, ziet Rogmans aanleiding om een onderscheid te maken tussen verkeersopvattingen in het goederenrecht ('VOG') en in het verbintenissenrecht ('VOV'). Hij meent dat de term verkeersopvatting in het goederenrecht een meer begripsbepalende, definiërende functie heeft. In het verbintenissenrecht wordt de verkeersopvatting, volgens hem, gebruikt als een meer abstract begrip dat 'de deur opent naar autonome rechtsvinding door de rechter'.⁶⁹ Rogmans signaleert dan ook twee vormen van gebruik en hij baseert daarop een onderscheid tussen verkeersopvattingen in het goederenrecht (door hem VOG genoemd) en verkeersopvattingen in het verbintenissenrecht (die hij VOV noemt).⁷⁰ Hij merkt vervolgens echter op dat beide begrippen 'open termen' zijn, die de weg wijzen naar bronnen van ongeschreven recht en doet daarmee het onderscheid mijns inziens meteen weer grotendeels teniet.⁷¹

Ik heb er voor gekozen om niet op voorhand aan te nemen dat er een onderscheid zou bestaan tussen de 'verkeersopvatting(en)' in het goederenrecht en 'de in het verkeer geldende opvattingen' in het verbintenissenrecht. Ik ben met andere woorden uitgegaan van de veronderstelling dat het hier om *één rechtsbegrip* gaat, waarnaar helaas door middel van verschillende wettelijke terminologie wordt verwezen. Voor zover er verschillen zouden bestaan tussen de – wijze van hantering en invulling van de – verkeersopvatting in het goederen- en verbintenissenrecht was het mijn hoop en verwachting dat dit

⁶⁷ § 3.3.1.

⁶⁸ Rogmans 2007, nr. 2.

⁶⁹ Rogmans 2007, nr. 2 en 18.

⁷⁰ Rogmans 2007, nr. 2.

⁷¹ Rogmans 2007, nr. 3.

uit de resultaten van het onderzoek vanzelf zou blijken, hetgeen ook is gebeurd.⁷²

1.5.2 Beperking tot de drie grote categorieën gevallen

In dit onderzoek wordt vooral ingegaan op jurisprudentie en literatuur met betrekking tot de hiervoor geschetste drie grote categorieën gevallen waarbij de verkeersopvatting een rol speelt. De restcategorie met 'overige gevallen', zoals de ontwikkeling dat de verkeersopvatting steeds vaker een rol vervult bij de uitleg, de inhoud en de opzegging van overeenkomsten, blijft grotendeels buiten beschouwing. Omwille van de noodzaak tot beperking is gekozen voor een poging om eerst een theoretisch kader te schetsen van de 'typische' gevallen en de 'a-typische' gevallen voorlopig buiten beschouwing te laten.

1.5.3 Rechtsvergelijking

De theorie in dit proefschrift is tot stand gekomen dankzij met name *interne rechtsvergelijking* tussen goederen- en verbintenissenrecht, en tussen rechtsbegrippen en leerstukken onderling.

Externe rechtsvergelijking kostte vanaf het begin van het onderzoek meer hoofdbrekens. Hoe is het mogelijk een begrip waarvan het theoretisch kader in Nederland op zijn zachts gezegd niet zeer helder is, op dit punt te vergelijken met het recht in andere landen? Eerst diende mijns inziens in kaart gebracht te worden *wat* het begrip nu eigenlijk inhoudt dat voor vergelijking in aanmerking zou komen. Niet alleen de vraag *wat* voor vergelijking in aanmerking komt, maar ook de vraag *waarmee* te vergelijken levert echter problemen op.

In België en Frankrijk blijkt het begrip verkeersopvatting of een soortgelijk begrip eenvoudigweg geheel onbekend. Het begrip wordt door Haanappel & Mackaay vertaald met *l'opinion généralement admise*, een begrip dat in het Franse taalgebied onder juristen echter geen bekendheid geniet. Rogmans wijst op het feit dat in Frankrijk, op sommige plaatsen waar wij de verkeersopvatting hanteren, wel wordt verwezen naar de gewoonte (*l'usage*).⁷³

Wat betreft het Angelsaksische recht geldt hetzelfde. Haanappel & Mackaay vertalen het begrip op creatieve – maar niet onmiddellijk juridische – wijze met *common opinion*, *general business understanding*, *the in society accepted view* of *general understanding of the business community*. Een andere mogelijke vertaling, mij aan de hand gedaan door een 'native speaker', is *received opinion*. In

⁷² Zie § 3.3.5., § 4.2 en 4.5.5.1 en § 7.7.1.

⁷³ Rogmans 2007, nr. 4. Zie over de verhouding van de verkeersopvatting tot het gewoonterecht § 5.6.

de Engelse vertaling van een arrest van het Europese Hof waarin – in de Nederlandse versie – wordt gerefereerd aan de verkeersopvattingen, spreekt de vertaler over *generally accepted views*.⁷⁴ Geen van deze begrippen wordt mijns inziens, op vergelijkbare wijze met ons begrip verkeersopvatting, gehanteerd voor de – meer of minder autonome – rechtsvinding.

In Duitsland is de *Verkehrsanschauung*, of ook wel *Verkehrsauffassung*, daarentegen een bekend begrip.⁷⁵ Het BGB kent echter geen wettelijke verwijzingen naar de verkeersopvatting. Het begrip wordt binnen het Duitse burgerlijk recht alleen gehanteerd in de literatuur en jurisprudentie en komt daarnaast sporadisch voor in uitvoeringsregelgeving.⁷⁶

In het Duitse *Sachenrecht* worden de begrippen *Verkehrsanschauung* en *Verkehrsauffassung*, net als bij ons, gehanteerd ter nadere bepaling van de aard en omvang van het zaaksbegrip. De verkeersopvatting speelt zodoende een rol bij de vraag of een zaak door vereniging met een andere een ‘wezenlijk bestanddeel’ daarvan is geworden (§ 93 BGB), welke zaak hoofdzaak is in geval van natrekking (§ 947 BGB) en of sprake is van een nieuwe zaak in geval van zaaksvorming (*Verarbeitung*, § 950 BGB).⁷⁷

De rol die de verkeersopvatting daarbij speelt is echter een fundamenteel andere dan in ons recht, omdat aan de kwalificatie van een zaak als ‘*einheitliche Sache*’ naar Duits recht niet, zoals bij ons, zonder meer de consequentie wordt verbonden dat op die eenheidszaak slechts één eigendomsrecht rust.⁷⁸ De eenheid van de ‘*einheitliche Sache*’ is, zoals Wichers het mooi uitdrukt ‘juridisch gezien een zeer betrekkelijke’. Slechts de ‘wezenlijke bestanddelen’ vormen een – juridische – eenheid die het object van recht vormen. Ten aanzien van een zaak die in het verkeer als één zaak wordt gezien kunnen naar Duits recht – anders dan bij ons – met andere woorden complexe eigendomsverhoudingen gelden. Dat een zaak als één zaak wordt beschouwd heeft met andere woorden bij onze oosterburen niet de rechtsgevolgen die deze kwalificatie op grond van dezelfde verkeersopvatting bij ons heeft. Het verschil met het Duitse recht is op dit punt dus tweeledig. Ten eerste verwijst het BGB niet met zoveel woorden naar de verkeersopvatting, en waar zij gehanteerd wordt, heeft dit niet steeds rechtsgevolgen. Dat maakt rechtsvergelijking lastig.

74 Zie HvJ EG 14 mei 1985, Rolnr. 139/84, BNB 1985, 335 (*Van Dijk's Boekhuis/Staatssecr. Financiën*).

75 Het Nederlandse begrip verkeersopvatting is hoogstwaarschijnlijk ontleend aan de Duitse doctrine. Zie daarover Rogmans 2007, nr. 5.

76 Een klein onderzoekje op de site van het *Bundesministerium der Justiz* <<http://www.gesetze-im-internet.de/>> leert dat in wettelijke regelingen 4 maal wordt verwezen naar de *Verkehrsanschauung* en 25 maal naar de *Verkehrsauffassung* (overigens steeds in enkelvoud). Daarbij gaat het om lagere regelgeving of belastingwetgeving, waarbij wordt verwezen naar de verkeersopvatting binnen een specifieke groep personen of een bepaalde branche (zeelieden, de wijn- en alcoholbranche, de levensmiddelenbranche, de bouwwereld, de reclamebranche etc.).

77 Zie daarover Wichers 2002, p. 57-60, 130-131, 163-164, 198-199.

78 Zie uitgebreider Wichers 2002, p. 20-23.

Het begrip speelt in Duitsland daarnaast van oudsher een rol bij bezit en houderschap (§ 854 BGB).⁷⁹ Evenals in Nederland ontbreekt in het BGB een wettelijke definitie van ‘*tatsächliche Gewalt*’ of ‘*tatsächliche Sachherrschaft*’ (feitelijke macht of heerschappij). Over het algemeen gaan ook Duitse auteurs uit van een rol voor de verkeersopvatting bij de beoordeling van die feitelijke macht en van bezit. Die rol is niet onomstreden.⁸⁰

‘Stark verbreitet ist die Auffassung, das Bestehen einer tatsächlichen Sachherrschaft und damit des unmittelbaren Besitzes richte sich nach der Verkehrsanschauung. Dabei handelt es sich um eine *gefährliche Leerformel*. Der Verkehr kennt die rechtlichen Voraussetzungen des Besitzes nicht und vermag sie nicht zu beurteilen, so dass der Verweis auf die Verkehrsanschauung *nichts sagend* ist. *Er kann außerdem dazu verleiten, eine genaue Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Besitzes (...) zu unterlassen.*’ [cursivering PM]

Anderen zijn minder negatief over een mogelijke rol voor de verkeersopvatting en menen dat zij niet zozeer moet worden beschouwd als ‘*ein Reservoir fertig bereitliegender Antworten*’, maar als:

‘die in einer *Verkehrssitte* sich ausdrückende Respektierung des Verhältnisses zum Besitzobjekt durch die redlichen Rechtsgenossen.’

In deze benadering is de verkeersopvatting een hulpmiddel voor de beoordeling van de vraag welke van meerdere bezitspretendenten,

‘mit größerer Wahrscheinlichkeit als ein anderer seinen Beherrschungswillen wird durchsetzen können’.

Hoe men in Duitsland ook over de rol van de verkeersopvatting bij de beoordeling van bezit denkt, in alle gevallen wordt teruggevallen op andere gezichtspunten voor de beantwoording van de vraag of de machtsverhouding tot de zaak als bezit gekwalificeerd moet worden.⁸¹ De verkeersopvatting wordt met andere woorden – anders dan in het Nederlandse recht – niet beschouwd als het onderscheidende beslissingscriterium (zie art. 3:108 BW). Zij wordt eerder beschouwd als een in een *Verkehrssitte* tot uitdrukking komende respecting van een machtsverhouding tot een zaak.⁸² In dat kader past het om iets te zeggen over het Duitse begrip *Verkehrssitte*.

⁷⁹ Zie Staudinger/Bund (2007), § 854 Rdnr. 6.

⁸⁰ MünchKommBGB/Joost (2004), § 854 Rdnr. 3-4, met verwijzing naar andere bronnen.

⁸¹ Zie MünchKommBGB/Joost (2004), § 854 Rdnr. 5-18; Staudinger/Bund (2007), § 854 Rdnr. 7-13.

⁸² In dit kader merk ik op dat § 854 BGB ziet op het bezit van *zaken*. Ons artikel 3:108 BW is ruimer geformuleerd en regelt de verhouding tussen personen en *goederen* (zaken en vermogensrechten).

Het BGB bevat drie verwijzingen naar de *Verkehrssitte* (§ 151, 157 en 242 BGB). Dat is echter een begrip van een andere aard en orde dan het Nederlandse begrip verkeersopvatting.⁸³ De *Verkehrssitte* verwijst volgens de meeste Duitse auteurs naar feitelijke gebruiken en wordt meestal in één adem genoemd met de *Handelsbrauchen*.⁸⁴ Het gaat om een verwijzing naar feitelijke en handelsgebruiken, en uitdrukkelijk niet om een verwijzing naar ongeschreven recht (omdat *consensus omnium* ofwel een *opinio iuris* ontbreekt). De *Verkehrssitte* wordt in de gezaghebbende commentaren op het BGB dan ook uitdrukkelijk onderscheiden van bijvoorbeeld het gewoonterecht en het *Richterrecht*.⁸⁵

De *Verkehrssitte* wordt gehanteerd als hulpmiddel ter nadere invulling van wat *Treu und Glauben* eisen.⁸⁶ Zij lijkt in die zin wellicht nog het meeste op wat wij in artikel 3:12 BW noemen 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen'.⁸⁷ Dat begrip wordt in Nederland op vergelijkbare wijze gehanteerd, als een van de hulpmiddelen ter nadere invulling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen. Ook in Nederland zijn sommigen overigens wel de mening toegedaan dat deze rechtsovertuigingen in de zin van artikel 3:12 BW geen 'recht' inhouden.⁸⁸ Een vergelijking tussen de verkeersopvattingen en *Verkehrssitte* ligt kortom niet onmiddellijk voor de hand.

Ten aanzien van een vergelijking op verbintenisrechtelijk gebied lijken de mogelijkheden nog beperkter. De *Verkehrsauffassung* of *Verkehrsanschauung* lijkt slechts op twee plaatsen een zeer kleine en ondergeschikte rol te spelen. Binnen het leerstuk *Irrtum* (dwaling, § 119 BGB) wordt de *Verkehrsauffassung* gehanteerd om invulling te geven aan de *Eigenschaftsirrtrum* (dwaling omtrent de eigenschappen van zaken of personen), en meer in het bijzonder om de vraag te beantwoorden of bepaalde eigenschappen '*verkehrswesentlich*' zijn.⁸⁹ Daarnaast speelt de *Verkehrsanschauung* een kleine rol bij wat bij ons de 'ontvangsttheorie' wordt genoemd (art. 3:37 BW), meer in het bijzonder bij de vraag of de voor ontvangst van een verklaring ingeschakelde hulppersoon wel 'gemachtigd'

83 Zie ook Rogmans 2007, nr. 4.

84 Zie bijv. Staudinger/Coing/Honsell (2004) Einl. 1 zum BGB, Rdnr. 244; Larenz/Wolf 2004, § 3 Rdnr. 44-45.

85 Zie bijv. Staudinger/Coing/Honsell (2004) Einl. 1 zum BGB, Rdnr. 238-244; Larenz/Wolf 2004, § 3 Rdnr. 31-43; Röthel 2004, p. 31-32. Röthel (2004, p. 32-33) wijst echter op het fenomeen van de '*Funktionswandel*'. Zie daarover nader § 6.3.4.

86 Zie over de *Verkehrssitte* ook Sieburgh 2000, p. 206.

87 Zie over de verhouding tussen verkeersopvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen § 5.4.2.

88 Van der Wiel 2004, p. 294.

89 Zie bijv. Staudinger/Singer (2004), § 119 Rdnr. 81.

was tot die ontvangst.⁹⁰ Ook deze beoordeling geschiedt uiteindelijk echter aan de hand van verschillende gezichtspunten, omdat⁹¹

‘die Konstruktion einer “Empfangsbotenschaft Kraft Verkehrsanschauung” stößt auf grundsätzliche Bedenken. Denn im Gesetz findet diese Rechtsfigur keine tragfähige Stütze.’

Van een algemeen – wettelijk – begrip verkeersopvatting aan de hand waarvan risicoverdeling binnen allerlei leerstukken plaatsvindt, is, anders dan in Nederland, absoluut geen sprake. Rogmans schrijft mijns inziens dan ook terecht:⁹²

‘Voor zover kon worden nagegaan, is er geen rechtsstelsel dat kan bogen op een zekere consistentie in dit opzicht of op een gebruik van de term vergelijkbaar met ons huidig BW.’

Rechtsvergelijking van het begrip verkeersopvatting en de wijze waarop dat in Nederland wordt gehanteerd met een vergelijkbaar begrip en vergelijkbare wijze van hantering in Duitsland is kortom niet goed mogelijk. Wettelijke verwijzingen naar de verkeersopvatting ontbreken in het BGB en haar hantering lijkt beperkt tot die van een hulpmiddel bij uitleg in een aantal zeer specifieke gevallen, zonder dat aan hantering van het begrip zelf echt rechtsgevolgen worden verbonden. Voor zover de verkeersopvatting in Duitsland wordt gehanteerd bestaan daartegen in de Duitse doctrine veelal bedenkingen.

Dit alles betekent niet dat ik in het geheel niet heb gekeken naar het buitenlands recht en meer in het bijzonder naar de buitenlandse rechtstheorie. Met name in Duitsland is, veel meer dan tot nu toe in Nederland, geschreven en nagedacht over de methodologische en theoretische kanten van rechtsvinding aan de hand van onbepaalde begrippen en *Generalklauseln*. Zowel recentelijk als in het verleden zijn in Duitsland verschillende – korte en langere – studies verschenen over de concretisering van *Unbestimmte* of *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe* en *Generalklauseln*.⁹³ Voor het in dit boek beschreven theoretisch kader werd door mij inspiratie geput uit en voortgebouwd op de ideeën en werken van Fikentscher, Teubner, Larenz, Röthel, Ohly en anderen.

90 Zie bijv. Staudinger/Singer/Benedict (2004), § 130 Rdnr. 56-57. De verkeersopvatting is overigens ook door E.M. Meijers – vermoedelijk in navolging van de Duitse literatuur – in verband gebracht met de ‘ontvangsttheorie’, zie O.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 890.

91 Staudinger/Singer/Benedict (2004), § 130 Rdnr. 58.

92 Zie Rogmans 2007, nr. 4.

93 Zie bijv. Teubner 1971, Larenz 1991, Weber 1992, Ohly 2001, Kamanabrou 2002, Röthel 2004, en anderen.

1.6 GEVOLGDE METHODE

Dit proefschrift is ontstaan door het volgen van de *methode Nieuwenhuis*. Deze methode, die mijns inziens kenmerkend is voor juridische proefschriften, laat zich als volgt omschrijven: ‘lezen, denken, schrijven’, gevolgd door ‘herlezen, opnieuw denken, herschrijven’.

Interessant zijn dan natuurlijk de vragen *waarover* ik heb nagedacht en *wat* ik heb gelezen. Ik heb vooral nagedacht over ‘de relatie tussen feit en norm’⁹⁴ en in het bijzonder over de vraag of verkeersopvattingen tot het domein van de feiten of het domein van het recht behoren. Ter inspiratie heb ik jurisprudentie en juridische literatuur gelezen. De inhoud van dit proefschrift is gebouwd op deze twee fundamenten. Enerzijds heb ik naar schatting 300 verschillende uitspraken op voornamelijk civielrechtelijk (maar ook fiscaalrechtelijk) gebied gelezen. Anderzijds bouwt dit proefschrift voort op – veelal voortreffelijk – juridisch onderzoek van anderen vóór mij. Over de selectie van de uitspraken en de gelezen literatuur een enkel woord.

Allereerst inventariseerde ik de wettelijke en jurisprudentiële hantering van de begrippen ‘verkeersopvatting(en)’ en ‘in het verkeer geldende opvattingen’. De jurisprudentie is door mij in eerste instantie verzameld door in juridische databanken (*NJ*, *RvdW*, *Kort Geding*, *NJF*, *LJN*, *S&S*, *BR* etc.) te zoeken op de termen *verkeersopvatting** en *opvatting + verkeer*. Dat leverde ongeveer 180 uitspraken op waarin de verkeersopvatting met zoveel woorden werd genoemd, die door mij systematisch op relevante rechtsvraag werden ingedeeld.⁹⁵ Deze inventarisatie leidde tot grofweg een achttal deelgebieden waarbinnen de verkeersopvatting een rol bleek te spelen.⁹⁶ Binnen deze leerstukken zocht ik vervolgens eveneens naar jurisprudentie waarin de verkeersopvatting niet met zoveel woorden werd genoemd maar die wel verhelderend kon zijn voor haar invulling.⁹⁷ Later daagde het inzicht dat het in feite niet ging om acht deelgebieden, maar om de eerder genoemde drie grote categorieën gevallen en wat varia.

94 Ik ben het geheel eens met Lokin (2008, p. 51) waar hij stelt dat juristen schriftgeleerden zijn en zich bezighouden met de relatie tussen feit en norm. De vraag naar *de methode* is, ook naar mijn mening, in de rechtsgeleerdheid niet erg relevant.

95 Daarnaast verzamelde ik per categorie de uitspraken waarin de verkeersopvatting niet werd genoemd door het rechterlijk college, maar daarop wel een beroep werd gedaan door hetzij advocaten, hetzij de A-G.

96 (1) Bestanddeelvorming en wat daarmee samenhangt (roerend/onroerend, duurzaam dienende zaken, hulpzaken) (2) natrekking, vermenging, zaaksvorming en vruchttrekking, (3) bezit en houderschap, (4) einde volmacht, ontoereikende volmacht en schijn van volmacht, (5) overmacht, aansprakelijkheid voor hulpzaken en hulppersonen, beroepsfouten, toerekening van schade en eigen schuld, (6) dwaling, onvoorziene omstandigheden, voortbouwende overeenkomsten, uitleg contractuele bedingen, (7) toerekening van onrechtmatige daden, (8) overig.

97 Binnen het leerstuk bezit vond ik zo bijv. HR 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 38 (*Keesmeekers/Driessen*). Zie daarover § 3.3.5.2 sub ii).

Daarnaast bracht ik de wettelijke en jurisprudentiële hantering in kaart van de begrippen: (plaatselijke) gewoonte, (plaatselijk) gebruik, in Nederland levende rechtsovertuigingen, maatschappelijke opvattingen, en maatschappelijk verkeer. Het zodoende gevonden ‘fonds’ van uitspraken en wetsartikelen heeft de basis gevormd voor de analyses en beschouwingen in dit proefschrift.

Over de geraadpleegde literatuur het volgende. Cruciaal voor de ideeënvorming in dit boek zijn de volgende publicaties en auteurs geweest. In 1963 schreef H. Drion een artikel over ‘de functie van rechtsregels’,⁹⁸ waarin hij in navolging van *The concept of law* van Hart,⁹⁹ onderscheid maakt tussen verschillende soorten rechtsregels. Deze publicatie, en de idee van Hart, is bepalend geweest voor mijn opvattingen over de werking van open rechtsnormen, de wisselwerking tussen geschreven en ongeschreven recht en de gedachte dat recht bestaat uit meer dan alleen gedragsnormen.

De monografie van Rogmans¹⁰⁰ was cruciaal vanwege zijn, door mij overgenomen, gedachte dat de verkeersopvatting verwijst naar – een bron van – ongeschreven recht, hetgeen ik, anders dan hij zelf doet, heb doorgetrokken naar het goederenrecht. Zijn signalering van de objectiverende functie van het begrip werd door mij eveneens overgenomen en verder uitgewerkt.

Van groot belang waren daarnaast de dissertaties van Wichers en Sieburgh.¹⁰¹ Beide auteurs beschrijven, op twee volstrekt verschillende terreinen, aanknopingspunten voor de invulling van de verkeersopvatting, hetgeen mij aanzette tot een zoektocht naar soortgelijke lijstjes van aanknopingspunten binnen andere leerstukken. Het *Ars Aequi* Cahier van Fikkers¹⁰² over natreiking, vermenging en zaaksvorming zette mij op het spoor van de niveauverschillen waarop de verkeersopvatting werkt.

Op rechtsvindingsgebied zijn mijn gedachten met name bepaald door de werken van Scholten, Vranken, Wiarda, Nieuwenhuis, Teubner en Röthel¹⁰³ en door de artikelen van Hijmans over ‘het Recht der Werkelijkheid’.¹⁰⁴ De inspirerende proefschriften van mijn collega’s Luuk Reurich en Carel Smith¹⁰⁵ ten slotte, hebben mij op het spoor gezet van de gedachten dat recht bestaat uit meer dan alleen regels, dat feiten en rechtsnormen onafscheidelijk verbonden

98 H. Drion 1963.

99 Hart 1994/1961, zie met name zijn onderscheid tussen *power-conferring rules* en *rules imposing obligations or duties* (p. 26-49).

100 Ik maakte gebruik van de tweede druk (1999) en de derde druk (2007), voor welke laatste druk ik de schrijver enige informatie en hulp verschaftte bij het naspeuren van literatuur en jurisprudentie.

101 Sieburgh 2000; Wichers 2002.

102 Fikkers 1999.

103 Asser-Scholten 1974; Asser-Vranken 1995 en 2005; Wiarda/Koopmans 1999; Nieuwenhuis 1976 en 2007a; Teubner 1971 en Röthel 2004.

104 Hijmans 1910 en 1938.

105 Reurich 2005 en Smith 1998.

den *en* gescheiden zijn en dat de redelijkheid en billijkheid verschillende rollen speelt in ons rechtssysteem.

Het onderzoek is afgesloten op 15 mei 2008.

1.7 LEESWIJZER

Dit boek beoogt een theoretisch kader te schetsen van het begrip verkeersopvatting en de methoden van rechtsvinding die – dienen te – worden gehanteerd om haar te concretiseren. De drukbezette (praktijk)jurist kan deze theorie in grote lijnen tot zich nemen door kennis te nemen van de slotbeschouwing, de figuren in § 5.7 en § 6.3.1 en het schematische overzicht in § 7.8. Aanbevelingen voor de motivering van beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting worden gedaan in § 7.9.3.

Rechtsgeleerden en geïnteresseerden die op zoek zijn naar argumenten die de theorie onderbouwen, zoals kort weergegeven in de figuren, het schema en de slotbeschouwing, wordt aangeraden het gehele boek of voor hen relevante delen daarvan te lezen.

2 | Noodzaak en nadeel van hantering van de verkeersopvatting

2.1 INLEIDING

Het wettelijke begrip verkeersopvatting is een onbepaald begrip dat bij toepassing door de rechter nadere invulling behoeft, zoals ook andere vage normen en onbepaalde begrippen invulling behoeven. In Angelsaksische landen wordt in dit verband wel gesproken van een *'non informative term'* of *'open ended term'*; begrippen die – op het eerste gezicht – niet of nauwelijks informatie bieden. Naast de term vage of open norm wordt ook wel gesproken van 'blanket-normen', 'blanco normen', *'Generalklauseln'* en 'topische begrippen'; gemeenplaatsen, of vindplaatsen voor argumenten.¹

Van open normen in de wet wordt wel gezegd dat zij een *vensterfunctie* vervullen. Zij bieden zicht op de – veranderende – maatschappelijke werkelijkheid. Anderen spreken liever van 'poorten', waardoor ongeschreven opvattingen omtrent behoren het recht binnenwandelen. In ieder geval is duidelijk dat de wisselwerking tussen recht en maatschappij zich met name doet gevoelen daar waar in de wet gebruik wordt gemaakt van open normen of onbepaalde begrippen.

Wie over verkeersopvattingen schrijft ontkomt niet aan een beschouwing over deze wisselwerking, temeer nu het begrip verkeersopvatting op het eerste gezicht lijkt te verwijzen naar feitelijk bestaande opvattingen in het maatschappelijk verkeer. Daarom allereerst enige opmerkingen over de wisselwerking tussen de maatschappelijke werkelijkheid en het recht, en de rol van de 'spelers in het veld' (§ 2.2). In § 2.3 bespreek ik een aantal algemene aspecten van open normen, zoals de dubbelzinnigheid van het woordje *norm* en de in Nederland en Duitsland gehanteerde terminologie. Ik schets bovendien de verschillende vormen van openheid van open normen. Nadat ik mijn terminologie op deze wijze heb aangescherpt en verschillende soorten open normen heb onderscheiden, kom ik toe aan de vraag naar het *waarom* van de verwijzing naar open normen en onbepaalde begrippen als de verkeersopvatting (§ 2.4). Na een tussenconclusie (§ 2.5) breng ik ten slotte de nadelen van hantering van het begrip verkeersopvatting in kaart (§ 2.6).

1 Zie over de terminologie nader § 2.3.2.

2.2 MAATSCHAPPIJ EN RECHT

In iedere maatschappij bestaan – vaak onuitgesproken en impliciete – opvattingen omtrent *behoren*.² Het betreft opvattingen over hoe men zich in die samenleving jegens elkaar behoort te gedragen (gedragsnormen), maar ook andersoortige opvattingen over ‘behoren’ en over wat ‘recht’ en ‘rechtvaardig’ is (rechtsovertuigingen, maatschappelijke opvattingen en verkeersopvattingen). Recht bestaat uit meer dan alleen gedragsnormen.³ Sterker nog, het geschreven civiele recht bevat weinig concrete gedragsnormen en veel beslissingsregels, naast ordeningsregels en regels die voorwaarden of vereisten stellen voor het ontstaan van rechtsgevolgen.⁴

Niet alleen geschreven regels geven inhoud aan het – civiele – recht. Ook de in Nederland levende, ongeschreven en veelal impliciet bestaande, gedragsnormen, rechtsovertuigingen, maatschappelijke opvattingen en verkeersopvattingen doen dat. De ‘maatschappij’ in de breedste zin van het woord is de bakermat van deze ongeschreven opvattingen.⁵ Opvattingen omtrent *behoren* ‘ontstaan’ en ‘veranderen’ binnen de context van de maatschappij. De ontwikkelingen in de maatschappij hebben invloed op het recht. Anderzijds bepaalt ‘het rechtssysteem’ mede hoe de maatschappij er uit ziet.

Tussen de maatschappelijke werkelijkheid, het geschreven recht, de beslissingen in de jurisprudentie en de ongeschreven opvattingen bestaat een gecompliceerde wisselwerking. Niet alleen zijn maatschappij en recht onlosmakelijk verbonden, tussen beide bestaat ook een voortdurende spanning. Deze spanning doet zich duidelijk voelen daar waar in het recht gebruik wordt gemaakt van – rechtsvinding aan de hand van – de verkeersopvatting.

2.2.1 Onlosmakelijk verbonden

Maatschappij en recht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.⁶ De maatschappij kan niet zonder recht, terwijl een rechtssysteem zonder maatschappij evenmin goed denkbaar is. Het recht heeft tegelijkertijd een dienende (instrumentele) functie en een gedragsvoorschrijvende (normatieve) functie. Het

2 Zo ook Reurich 2005, p. 3, 61-65, 80-81, 183, 187.

3 In het verleden is wel gesteld dat alle rechtsregels uiteindelijk te herleiden zijn tot gedragsnormen. Aangezien het rechtssysteem de samenleving tussen en van mensen regelt is dat denkkelijk juist. Dit neemt niet weg dat veel geschreven rechtsregels niet als primaire functie hebben om burgers bepaald concreet gedrag voor te schrijven. Zie § 7.2. Zie over het feit dat de verkeersopvatting niet verwijst naar gedragsnormen § 4.2, 5.2.3 en 6.4.1.

4 Ook wel ‘receptregels’ of ‘*constitutive rules*’ genoemd, zie H. Drion 1973, p. 55 en de daar genoemde vindplaatsen.

5 Ik laat de vraag of die opvattingen ‘recht’ vormen hier vooralsnog in het midden. Die vraag komt voor wat betreft de verkeersopvatting aan de orde in hoofdstuk 3.

6 Zie hierover ook Van der Grinten 1976, p. 550-563, Vranken 1988, p. 687 en Asser-Vranken 2005, nr. 56.

ordent de onderlinge verhoudingen tussen deelnemers aan de samenleving en de goederen die zij afzonderlijk of gezamenlijk bezitten. De mens gebruikt het recht om de maatschappij naar believen in te richten.⁷ Tegelijkertijd voegt hij zich echter ook naar de regels die binnen die maatschappij gelden. De mens stuurt dus niet alleen maar *laat* zich tegelijkertijd ook sturen. In die zin 'ordent' de mens niet alleen de maatschappij, maar 'ordent' het recht ook de intermenselijke verhoudingen.

Het recht ordent en regelt de maatschappelijke verhoudingen, zowel tussen burgers en overheid als tussen burgers onderling. Het legt gedragsnormen op en verbindt aan de overtreding daarvan sancties. Anders gezegd vertalen rechtsregels de maatschappelijke verhoudingen in datgene wat *algemeen behoort*. Het rechtssysteem functioneert daardoor als een 'normatief raster dat de maatschappelijke werkelijkheid omspant'.⁸ Zo regelt en ordent het goederenrecht de verhouding tussen personen en hun eigen en andermans goederen. Het verbintenissenrecht voorziet partijen van regels en juridisch gereedschap om hun relatie tot andere personen te ordenen en om rechten ten opzichte van anderen te creëren en af te dwingen.

Enerzijds regelt en ordent het recht dus het maatschappelijke leven. Anderzijds dringt de maatschappelijke werkelijkheid zich op aan het recht en oefent daarop invloed uit. Recht is geen onveranderlijk gegeven. De maatschappij ontwikkelt zich in hoog tempo en veranderde in de afgelopen 150 jaar van een overwegend agrarische naar een hoogtechnische kennissamenleving⁹ en van een autonome Staat met relatief gesloten grenzen tot een onderdeel van een steeds grotere Europese Unie zonder binnengrenzen. In de afgelopen eeuw is het maatschappelijke leven intensiever en het recht gecompliceerder geworden.¹⁰ De maatschappij 'juridiseert'.¹¹ De maatschappelijke veranderingen lijken steeds sneller te gaan en de wetgever heeft vaak moeite om de ontwikkelingen in de samenleving en in het recht bij te benen. Zo kost het de wetgever regelmatig moeite om Europese richtlijnen tijdig te implementeren, met alle

7 De vraag in hoeverre en in welke mate de moderne mens invloed kan uitoefenen op de inrichting van de maatschappij waarin hij leeft, en welke invloed dit heeft op het recht en de rechtsvinding, valt buiten het bestek van dit proefschrift. Zie voor een interessante beschouwing over sturing door de wetgever: T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: *Honderd jaar Rechtsleven. De Nederlandse Juristen-vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

8 Asser-Vranken 2005, nr. 56.

9 Zie voor een prachtige schets van de ontwikkelingen en maatschappelijke verhoudingen in de Nederlandse maatschappij tussen 1838 en 1938 en de daarmee samenhangende veranderingen in het BW, Levenbach 1938, p. 129-168.

10 Zo ook Van der Grinten 1976, p. 563 en Giard 2006, p. 49.

11 Zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 71 en Martens 2000, p. 749 met nadere vindplaatsen.

overgangsrechtelijke problematiek van dien.¹² Wetgevingsprocessen vergen immers tijd, onderzoek, zorgvuldigheid, belangenafwegingen en keuzen.

Ontwikkelingen in de maatschappij hebben invloed op ons recht. Technische ontwikkelingen, zoals de opkomst van internet, maken bijvoorbeeld regelgeving op het gebied van de geldigheid van elektronische handtekeningen en overeenkomsten op afstand noodzakelijk. Toetreding tot internationale verdragen zoals het EVRM en internationale instituties zoals de (E)EG en EU leidde tot nieuwe regelgeving op een veelvoud van gebieden. Ik noem bijvoorbeeld het familie- en strafrecht, dat grote veranderingen heeft ondergaan door de toepassing van het EVRM, en het mededingings- en kartelrecht, het vennootschapsrecht, het consumentenrecht, milieu- en agrarische regelgeving en het belastingrecht, waarop de invloed van het EU-recht zich doet gelden.

Los van maatschappelijke, politieke, economische en technische veranderingen, ontwikkelt het recht zich echter ook als een welhaast zelfstandig uitdijende entiteit. Zo heeft de wetgever de codificatie van het NBW bijvoorbeeld niet alleen aangevat om een groot aantal ongeschreven regels van geldend recht te codificeren,¹³ maar ook een aantal nieuwe regels aan het wetboek toegevoegd.¹⁴ Als voorbeeld kan genoemd worden de invoering van artikel 6:104 BW, dat het mogelijk maakt om schade te begroten op het bedrag van de winst die de pleger van een onrechtmatige daad of wanprestatie heeft genoten.¹⁵ Indien dergelijke schade niet goed te begroten is dan acht de wetgever het desondanks onredelijk om de winst die op ongeoorloofde wijze is verkregen aan de verkrijger te laten.¹⁶ Aanleiding voor het opnemen van de rechtsregel is in dit geval niet zozeer een ontwikkeling in de maatschappij, maar het door de wetgever redelijk en gewenst geachte resultaat. Deze 'rechtsontwikkeling' heeft op zijn beurt invloed op de maatschappij, in die zin dat de burger zich in een voorkomend geval nu op artikel 6:104 BW zal beroepen of met een beroep daarop zal dreigen.¹⁷

12 Als voorbeeld kan de te late implementatie van Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstanden, Stb. 2002, 561, worden genoemd, die onder andere leidde tot de invoering van het nieuwe art. 6:119a BW.

13 Codificatie van het bestaande recht was het hoofddoel van dit grootscheepse wetgevingsproces. Zie: Van der Grinten 1976, p. 556; Vranken, 1988, p. 686 noemt het NBW 'in veel opzichten een codificatie van huidig recht'. Zie over wat nieuw en wat reeds bestaand was ook Hartkamp 2002, nr. 15 en de aldaar genoemde literatuur.

14 Zie hierover bijv. Hartkamp 1981, p. 213-233; Vranken 1988, p. 682-685; Hartkamp 2002, nr. 15.

15 Vranken (1988) bespreekt dit voorbeeld, naast andere, onder nr. 31. Een tweede voorbeeld is de in 1992 nieuw ingevoerde regeling betreffende algemene voorwaarden. Daarvan is wel gesteld dat geenszins bleek van behoefte binnen de rechtspraak aan een dergelijke gedetailleerde regeling, zie bijv. Van der Grinten 1983, p. 1236.

16 L.v.Ant. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1269.

17 Op het artikel wordt inmiddels in rechte beroep gedaan en de Hoge Raad heeft zich in dat kader gebogen over de uitleg van art. 6:104 BW, zie: HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. CJHB (*Maatschap Waeyen-Scheers/Naus*). Zie over de voorlichtingsfunctie die

Een vergelijkbaar Europeesrechtelijk voorbeeld is de invoering van een hogere wettelijke rente voor zogenaamde 'handelstransacties' en nadere regels voor de betalingstermijn (art. 6:119a BW).¹⁸ Het was de EU-wetgever een doorn in het oog dat betalingsachterstanden in het handelsverkeer vrijwel straffeloos konden optreden. De verandering in het recht van de lidstaten werd ingegeven door de angst van het Europese Parlement en de Commissie dat betalingsachterstanden en verschillen tussen de betalingsvoorschriften en -praktijken in de lidstaten een steeds ernstiger wordende hinderpaal zouden vormen voor het welslagen van de interne markt en leidden tot concurrentievervalsing.¹⁹ Daarnaast speelden economische en morele argumenten een rol bij de beslissing tot invoering van de Richtlijn bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.²⁰ Of in het handelsverkeer een 'roep' klonk om deze regeling is echter zeer de vraag.

Vaak is het de wetgever die het initiatief neemt voor regelgeving, al dan niet ingegeven door de veranderingen in de maatschappij. Het recht ontwikkelt zich zelfstandig doordat lacunes in wetgeving worden aangevuld, internationale regelingen en richtlijnen van bijvoorbeeld de EG worden geïmplementeerd en doordat de – sturende – overheid zich verantwoordelijk acht voor welvaart en welzijn,²¹ of voor het creëren en beschermen van zoiets als een interne markt.

De ontwikkeling van maatschappij en – burgerlijk – recht is innig verstrengeld en kan niet los van elkaar gezien worden. Vaak is moeilijk te achterhalen of maatschappelijke ontwikkelingen veranderingen in het recht initiëren of andersom. Duidelijk is dat maatschappelijke ontwikkelingen op enig moment doorsijpelen in wet of recht. Daarnaast heeft het recht invloed op de het reilen en zeilen van de maatschappij. Tussen beide bestaat een voortdurende en niet aflatende spanning. Daarover thans meer.

2.2.2 Voortdurende spanning

Recht en maatschappij zijn niet alleen innig verstrengeld. Tegelijkertijd bestaat tussen beide ook een voortdurende spanning. Enerzijds is er behoefte aan rechtszekerheid, anderzijds verandert het recht steeds omdat mens en maat-

juristen in deze hebben en de invloed van rechtsregels op het gedrag ook: Pels Rijcken 1979, p. 311 e.v.

18 Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, (*PbEG* 2000 L 200/35), p. 35-38.

19 Preambule Richtlijn 2000/35/EG (*PbEG* 2000 L 200/35), onder punt 5, 9 en 10.

20 In de preambule wordt gesproken over zware administratieve en financiële lasten, gevaar van insolventie en verlies van talrijke arbeidsplaatsen (punt 7) en over het keren van de tendens dat contractbreuk door lage interest en/of traag verlopende invorderingsprocedures voor schuldenaren financieel aantrekkelijk is geworden (punt 16).

21 Van der Grinten 1976, p. 562-563.

schappij veranderen, zo verklaarde De Smidt deze spanning in 1954.²² Onge-schreven rechtsgewoonten – ‘levend recht’²³ – kunnen op gespannen voet staan met het geschreven recht. Van een tegenstelling tussen het ‘levende recht’ en wettenrecht wil De Smidt echter niet weten, nu hij er op wijst dat de praktijk veelal in overeenstemming is met de wettelijk geformuleerde regel.²⁴ Zoals gezegd ‘ordent’ het recht de intermenselijke verhoudingen. Soms dringt de maatschappelijke werkelijkheid zich echter op aan het recht en ontstaat er spanning. Ook Scholten wijst op deze spanning tussen rechtsregel en maatschappij:²⁵

‘Er is altijd spanning tussen de rechtsregel en het feitelijk gebeuren in de samenleving. Beantwoordde het feitelijk gebeuren *geheel* aan de regel, het zou geen zin hebben hem op te leggen: waarom voor te schrijven, wat ieder toch al doet? Doch omgekeerd, als het feitelijk gebeuren met de regel voortdurend in openlijke strijd is, dan verliest de regel gezag, is hij niet meer recht.’

Maatschappelijke ontwikkelingen gaan vaak sneller dan het recht kan bijbenen en wet en rechtspraak verwoorden niet steeds ‘het recht’ zoals de burger dat *voelt of ziet*, niet dat wat de burger als *recht* of *rechtvaardig* ervaart. Deze laatste vorm van spanning werd door Hijmans reeds in 1910 gesignaleerd. In zijn oratie getiteld ‘Het Recht der Werkelijkheid’ pleit hij voor het aanvaarden van *de levende werkelijkheid* als voornaamste rechtsbron.²⁶ De rechtswetenschapper moet zich, volgens Hijmans, wijden aan het vergaren van kennis over de praktische rechtsverhoudingen, kennis over ‘al wat daar is op en boven de aarde’. Hij moet ‘de werkelijkheid leren kennen in hare bonte verscheidenheid’.²⁷ Pas in tweede instantie is rechtswetenschap de wetenschap ‘van het-geen rechtvaardig of onrechtvaardig is’.²⁸ Het recht is volgens Hijmans te vinden door inductie, door het waarnemen van de feiten in de werkelijkheid en door het zoeken naar regelmaat in het maatschappelijke leven. Hij werkte zijn gedachten in 1938 nader uit,²⁹ en wijst daarbij in het bijzonder op de aard van de wettelijke regels van burgerlijk recht. Het BW bevat volgens hem niet zozeer bevelen aan de burger (gedragsnormen), als wel richtlijnen en wijwijzers voor de rechter.³⁰ Het Burgerlijk Wetboek is een *leidraad* of *reisgids*,

22 De Smidt 1954, p. xxxvi.

23 Zie De Smidt 1954, p. xxxiii, die de term *levend recht* overneemt van Van Dievoet. Deze omschrijft levend recht als ‘recht dat uit de praktijk van het leven is opgerezen’.

24 De Smidt 1954, t.a.p.

25 Asser-Scholten 1974, p. 98.

26 Hijmans 1910, p. 13.

27 Hijmans 1910, p. 14 en 22.

28 Hijmans 1910, p. 14. Zie voor commentaar op Hijmans’ opvatting Asser-Scholten 1974, p. 121-123.

29 Hijmans 1938, p. 169-196.

30 Hijmans 1938, p. 177, 180 en 196.

aan de hand waarvan de rechter een aan de – veranderende – werkelijkheid beantwoordende beslissing kan vinden.

De gedachte van Hijmans, hoewel misschien wat ouderwets verwoord, heeft aan kracht niet ingeboet en komt, in modernere bewoordingen, ook in hedendaagse rechtsliteratuur regelmatig om de hoek kijken. Zo merkt Van Schilfgaarde op dat ieder oordeel ‘zo veel als mogelijk is, in de feitelijke wereld geworteld moet zijn, (...) daar moet beginnen en – zoveel als mogelijk is – daar moet eindigen’.³¹ Een even krachtig pleidooi voor het bestuderen van de werkelijkheid is te vinden bij Vranken, die wijst op de directe en onmiskenbare, maar moeizame band tussen recht en maatschappij. Hij maant de jurist om bij de hantering van het burgerlijk recht rekening te houden met wat in de maatschappij leeft en wijst in dat kader op het belang van onbepaalde begrippen en open normen. Hij vervolgt:³²

‘Hiermee spoort dat men aan een goed jurist de eis stelt dat hij met beide benen in de samenleving staat, zijn oren en ogen wijd openhoudt en gevoel heeft voor maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen.’

Barendrecht schetst in zijn proefschrift eveneens de spanning tussen recht en maatschappij. Hij spreekt van een ‘kloof tussen geldend recht en rechtvaardigheid’.³³ Anders dan bijvoorbeeld Reurich³⁴ bepleit hij ter oplossing van die door hem gesignaleerde spanning tussen recht en rechtvaardigheid niet een methode voor de concretisering (Reurich spreekt van ‘articulatie’) van een open rechtsregel voor het concrete geval, maar een loslaten van de binding aan wet en recht.³⁵

Eén van de manieren om de spanning tussen de dynamische maatschappij en de veelal tamelijk statische wet te verminderen, is gelegen in het opnemen

31 Van Schilfgaarde 2006, p. 9. Evenzo Van Schilfgaarde 2000, p. 228, waar hij benadrukt dat de oorsprong van het recht in de feitelijke wereld, in de dingen, moet worden gevonden. Vergl. Smith 1998, p. 149.

32 Asser-Vranken 2005, nr. 56. Vergl. Smith 1998, p. 172, die spreekt van kennis van de ‘practical business of life’.

33 Barendrecht 1992, p. 202. Elders noemt Barendrecht de vage norm een ‘sluiproute naar gerechtigheid’ en spreekt hij van de vage norm als ‘doorgeefluik’ van rechtsbeginsel naar passende oplossing voor het concrete geval (p. 7-8), waarbij de vage norm de richting aangeeft en regels kleur krijgen door de omstandigheden van het geval. De vraag of de hantering en invulling van onbepaalde begrippen steeds sluiproute is naar gerechtigheid, zoals Barendrecht lijkt te stellen, laat ik hier in het midden. Helemaal duidelijk wordt de opvatting van Barendrecht op dit punt niet, nu hij de doorgeefluikfunctie van vage normen elders betitelt als ‘irrelevant argument’ en de hantering van vage normen in deze zin wegens onbruikbaarheid lijkt te verwerpen (p. 182-183). Zijn theorie dat rechtsregels modellen zouden zijn van rechtvaardigheid bespreek ik nader in § 2.6.1.

34 Reurich 2005, hoofdstuk 5.

35 Zie Barendrecht 1992, p. 193-227. Overigens lijkt dit loslaten van de binding aan wet en recht ook bij Barendrecht niet volledig, nu hij tegelijkertijd pleit voor respect voor het ‘bestaande recht’, zie a.w., p. 227.

van zogenaamde *open* of *vage normen* in de wet.³⁶ Hantering van de *verkeersopvatting* is – evenals hantering van vage normen als redelijkheid en billijkheid, goede zeden en maatschappelijke betamelijkheid – nauw verbonden met wat Hijmans noemt het Recht der Werkelijkheid. De verkeersopvatting verwijst, evenals het begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’,³⁷ naar in de maatschappij levende ongeschreven en vaak impliciete (rechts)opvattingen.³⁸ Wettelijke verwijzingen naar onbepaalde begrippen zoals de verkeersopvatting, rechtsovertuigingen, redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid en de goede zeden, bieden het recht een mogelijkheid om aan te sluiten bij het maatschappelijk gebeuren, zonder dat steeds een wetswijziging noodzakelijk is. In dit verband wordt wel gesproken over de *vensterfunctie* van open normen.³⁹

Een gevolg van deze wetgevingstechniek is dat de wet zich niet meer zozeer richt tot de burger, maar abstracter van aard wordt, waardoor de rechter een centrale rol verkrijgt bij de oplossing van juridische vraagstukken. Daarover thans meer.

2.2.3 De burger en het burgerlijk recht

Van jongs af aan ontwikkelt de moderne Westerse burger een sterk gevoel voor ‘het mijn en het dijn’. De volwassen burger zal dan ook intuïtief vermoeden of weten dat zijn eigendomsrechten niet zomaar, zonder gegronde redenen, kunnen worden aangetast. Evenzeer is de opvoeding van kinderen er – over het algemeen – op gericht om maatschappelijk gewenst gedrag aan te moedigen en ongewenst gedrag, zoals schoppen, slaan en vernielingen aanbrengen, af te straffen. Dergelijke ‘sociale correcties’ leggen de basis voor het besef dat men zich tegenover anderen dient te gedragen conform hetgeen ‘redelijk en billijk’ en ‘maatschappelijk betamelijk’ is. De volwassen burger beseft bijvoorbeeld over het algemeen dat hij anderen geen schade mag berokkenen. Kinderen wordt daarnaast geleerd dat zij moeten doen zoals zij beloven, waarmee de basis wordt gelegd voor kennis van de regel dat afspraken (overeenkomsten) in beginsel nagekomen dienen te worden.⁴⁰

De kennis van algemene omgangsvormen leidt met andere woorden tot een globale wetenschap van – de werking van – het recht en de maatschappij

³⁶ Zie over de gehanteerde terminologie § 2.3.2.

³⁷ Gehanteerd in art. 3:12 BW.

³⁸ Zo ook Asser-Vranken 2005, nr. 86.

³⁹ De term wordt o.a. door Fikentscher 1977, p. 308 en inmiddels door anderen gehanteerd, bijv. Barendrecht 1992, p. 7-8 en 182. Teubner (1971, p. 10, 13, 23-29, 116) spreekt van ‘*Verweisungen auf Soziale Ordnungsgefüge*’ of ‘*die Sozialmoral*’.

⁴⁰ Vanaf een zekere leeftijd weten kinderen hun ouders vaak fijntjes aan deze ‘regel’ te herinneren.

en is vooral een praktische vaardigheid.⁴¹ De burger handelt op grond van de normatieve verwachtingen die hij heeft over het gedrag van – andere – mensen binnen de maatschappij en de ordening die hij in en van die maatschappij verwacht.⁴²

Parate kennis van de artikelen van het BW bezit de burger meestal niet. Over het algemeen is dat echter geen groot gemis. De concreet in de maatschappij geldende gedragsnormen en overige regels zijn slechts zeer ten dele in het geschreven privaatrecht terug te vinden.⁴³ Met name ons vermogensrecht⁴⁴ kenmerkt zich doordat het een aantal – centrale – abstracte regels bevat, die op zeer diverse gevallen van toepassing kunnen zijn. Een voorbeeld van een dergelijke regel van algemene aard is de regel dat schuldeiser en schuldenaar zich ten opzichte van elkaar overeenkomstig de eisen van redelijk en billijk dienen te gedragen (art. 6:2 BW). Voor die – abstracte – regel geldt dat zij nadere invulling en uitwerking behoeft voor het concrete geval. Hetzelfde kan gezegd worden van bepalingen zoals artikel 5:1 lid 2 (gebruik van eigendom), 6:74 lid 1 (wanprestatie), 6:75 (overmacht) en 6:162 (onrechtmatige daad) en 6:248 BW (rechtsgevolgen van de overeenkomst).

Naast dergelijke algemene en abstracte regels, die bovendien soms verwijzen naar ongeschreven recht,⁴⁵ bevat het Burgerlijk Wetboek een enorme hoeveelheid gedetailleerde technische regelgeving, die vaak weinig of geen uitleg behoeft en veelal voor directe toepassing gereed ligt.⁴⁶ Deze vele ‘technische’ bepalingen⁴⁷ zijn de burger over het algemeen niet bekend. Hij zal zich steeds tot een jurist moeten wenden om daaromtrent voorgelicht te worden.⁴⁸

Beide vormen van regelgeving (algemeen geformuleerde abstracte regels die op vele gevallen van toepassing zijn en daarnaast gedetailleerde juridisch-technische regels) geven aanleiding voor de conclusie dat het civiele recht in

41 Reurich 2005, p. 65, 80-81.

42 Zo ook Reurich 2005, p. 95-96. Nieuwenhuis 2007b, p. 383 spreekt over ‘de normatieve kracht van het normale’. Zie daarover nader § 4.3.1.

43 Van der Grinten 1976, p. 550 noemt als grondnormen van privaatrecht: ‘honeste vivere’, ‘alterum non ledere’ en ‘suum cuique tribuere’. Dergelijke *grondnormen* zijn echter niet met zoveel woorden in het wetboek terug te vinden.

44 Ik doe hier veiligheidshalve geen uitspraak over andere delen van het BW, maar vermoed dat hetzelfde geldt voor bijv. de ondernemer en het ondernemingsrecht.

45 Zie de expliciete verwijzing naar het ongeschreven recht in artikel 5:1 (lid 2) resp. 6:162 (lid 2) BW.

46 Men hoedde zich voor wat H. Drion 1973, p. 50 het ‘rechtvaarderssyndroom’ noemt. Zie ook Asser-Vranken 1995, nr. 85-87, voor nuancering van Drion’s standpunt.

47 Ik noem als voorbeeld art. 6:44 BW, dat bepaalt dat betaling allereerst strekt tot vermindering van kosten, vervolgens in mindering wordt gebracht op de verschenen rente en ten slotte op de hoofdsom en de lopende rente.

48 Zo ook: Pels Rijcken 1979, p. 311.

hoge mate 'juristenrecht' is.⁴⁹ Juristenrecht omdat de juridisch-technische regels veelal slechts aan juristen bekend zijn, terwijl daarnaast de regulering van het maatschappelijk gedrag en de dagelijkse gang van zaken plaats vindt aan de hand van zeer vage gedragsnormen⁵⁰ en andere opvattingen over behoren, die door de rechter in conflictsituaties allereerst *geconcretiseerd* moeten worden.⁵¹ In twijfelgevallen over de grenzen van zijn bevoegdheden zal de burger zich dan ook steeds tot een jurist of de rechter (moeten) wenden.

2.2.4 De jurist en de maatschappelijke werkelijkheid

Hoewel het burgerlijk recht geacht wordt zich te richten tot de burger⁵² en de maatschappelijke werkelijkheid van alledag ordent, is het paradoxaal genoeg in hoge mate juristenrecht dat zich richt tot de jurist en hem technische en beslissingsregels aanreikt.⁵³ De juridisch-technische regels bepalen hoe de burger rechten en plichten kan creëren en afdwingen en regelen en ordenen de rechtsverhoudingen. De beslissingsregels bieden het gereedschap om in conflictsituaties recht te spreken.

Bij de beslissing wat rechtens is moet de rechter rekening houden met opvattingen die in de maatschappij leven, omdat zijn oordeel de gemeenschap bindt.⁵⁴ De jurist, en zeker de rechter, moet en zal zijn oren en ogen breed openhouden en gevoel hebben voor maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen.⁵⁵ Van der Grinten verwoordt dat treffend:⁵⁶

'De rechter oordeelt als kind van zijn tijd, als deelgenoot in de samenleving waarin ook de strijdende partijen deel hebben. Aan heersende maatschappelijke visies zal hij niet voorbij gaan.'

49 Dit blijkt niet alleen uit de wijze van totstandkoming van ons (nieuwe) BW, dat te danken was aan het werk van een handjevol vooraanstaande juristen, zoals Van der Grinten 1983, p. 1235 constateert ten aanzien van het nieuwe verbintenissenrecht (voor het goederenrecht en de andere delen van het nieuw BW geldt mijns inziens hetzelfde). Ook inhoudelijk gaat het om regelgeving die vooral juridisch-technisch van aard en niet gemakkelijk kenbaar is.

50 Zie Reurich 2005 en passim.

51 Zo ook W. Snijders (2007, p. 12), die opmerkt dat de burger vaak geen weet heeft van de ontwikkeling van rechtersrecht en dat we misschien ver verwijderd raken van een privaatrecht waarin de gewone burger zijn rechten en verplichtingen kan ontwaren. Hij wijst bovendien op het feit dat de 'Europese dimensie' het er niet beter op maakt.

52 Zie hierover ook Pels Rijcken 1979, p. 311-318.

53 H. Drion 1973, p. 59-60; Van der Grinten 1976, p. 550; Pels Rijcken 1979, p. 311.

54 Asser-Scholten 1974, p. 128.

55 Schoordijk 1972, p. 11; Haazen 2001, p. 377-379; Asser-Vranken 2005, nr. 56; Smith 2007, p. 38, met verwijzingen naar nadere vindplaatsen. Vergl. Barendrecht 1992, p. 232.

56 Van der Grinten 1976, p. 550.

Tegelijkertijd bestaat tussen recht en maatschappij veelal een moeizame verhouding.⁵⁷ Oordelen als ‘kind van je tijd’, zoals Van der Grinten voorstaat, blijkt vaak niet eenvoudig. Ondanks de directe band tussen recht en maatschappij hebben juristen en rechters de neiging tot die maatschappij een zekere afstand te bewaren. Het burgerlijk recht kent een hoge abstractiegraad en voor het vinden van de toepasselijke concrete rechtsregel is vaak een ‘dubbele vertaalslag’ nodig.⁵⁸

‘Bij de eerste zoekt hij [de jurist, *PM*] dwars door het individuele en particuliere van het concrete geval heen naar het abstracte begrip of leerstuk. De betrokken burger wordt hierbij als het ware herleid tot een mens zonder bijzondere eigenschappen, en de zaak wordt ontdaan van alles wat haar uniek en anders doet zijn. Vervolgens maakt hij vanuit het abstracte begrip en leerstuk de vertaalslag terug naar het concrete geval. Hierbij zijn de specifieke omstandigheden wel relevant, maar niet helemaal. Alleen voor zover ze kunnen worden geschoven onder het in de eerste verstaalslag gevonden begrip of leerstuk worden ze in aanmerking genomen. Wat tot dat perspectief behoort, staat niet vast, omdat het onderhevig is aan veranderde [bedoeld zal zijn ‘veranderende’, *PM*] inzichten en overtuigingen.’

Gevolg van de hoge abstractiegraad en de distantie van de jurist is dat de burger zijn geschil soms nauwelijks herkent in de juridische kwestie zoals die aan de rechter wordt voorgelegd.⁵⁹ De jurist verliest als het ware contact met ‘de werkelijkheid’. Anderzijds moet hij juist aanknopen bij die ‘veranderende inzichten en overtuigingen’ in de maatschappij. De jurist moet dus niet alleen rekening houden met de specifieke feiten van de zaak en het hem bekende systeem van rechtsregels, maar ook met de veranderende behoeften, omstandigheden en ontwikkelingen binnen de maatschappij.⁶⁰

De directe band met de maatschappelijke werkelijkheid is overduidelijk. Tegelijkertijd wordt van die werkelijkheid geabstraheerd, wordt zij vertaald naar juridische normen, begrippen en leerstukken en behoudt de jurist – daardoor – een zekere distantie. Bij hantering van de verkeersopvatting is deze spanning eveneens voelbaar. Enerzijds lijkt dit begrip direct aan te knopen bij de maatschappelijke werkelijkheid, anderzijds vindt echter een vertaalslag naar het recht – de juridische werkelijkheid – plaats. De verkeersopvatting is immers steeds hulpmiddel bij de *juridische kwalificatie* van complexen van feiten en omstandigheden.⁶¹ Zij wordt gebruikt om invulling te geven aan juridische begrippen, zoals: zaak, bestanddeel, vrucht, bezit, houderschap en toerekenbaarheid. De normativiteit van de verkeersopvatting kent bovendien

57 Asser-Vranken 2005 nr. 56. Zie ook § 2.2.2.

58 Asser-Vranken 2005, nr. 54.

59 Asser-Vranken 2005, nr. 55.

60 De rechter kan daardoor soms in een ‘spagaat’ belanden, zie Smith 2007, p. 39.

61 Zie nader § 6.4.1.

soms een eigen dimensie waarvan het de vraag is in hoeverre die daadwerkelijk steeds aansluit bij de ‘maatschappelijke werkelijkheid’.⁶²

2.2.5 Centrale rol voor de rechter

De rechter is degene die het burgerlijk recht mede vorm geeft en zijn richting bepaalt. Waar de grens ligt tussen rechtmatig en onrechtmatig gedrag, tussen gebruik en misbruik van bevoegdheden, wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen in een concreet geval en hoe de geldende verkeersopvatting luidt, wordt uiteindelijk bepaald door de rechter.⁶³ Zijn beslissing bepaalt wat *rechtens* is.⁶⁴ Naar zijn aard laat het burgerlijk recht hem daarbij een grote beoordelingsvrijheid en verwijst hem veelvuldig naar het ongeschreven recht. Bij de concretisering van dit ongeschreven recht vervult de rechter een centrale plaats.⁶⁵ Hij is immers uiteindelijk steeds gehouden om te beslissen en kan zich aan een beslissing omtrent de inhoud van het ongeschreven recht niet onttrekken.⁶⁶

Een wet waarin de – meer of minder autonome – taak van de rechter bij de rechtsvinding als het ware is ‘meegecodificeerd’ heeft ten eerste gevolgen voor de taakvervulling van die rechter; voor de verhouding tussen rechterlijke macht en wetgevende macht. Deze verhouding tussen *rechtspraak* (of *rechter*) en *maatschappij* moet worden onderscheiden van de tweede verhouding; die tussen *recht* en *maatschappij*.⁶⁷ De eerste verhouding ziet op de staatsrechtelijke positie van de rechter en betreft de *taak* van de rechter binnen het sociale, economische en politieke systeem van een land.⁶⁸ Die staatsrechtelijke positie van de rechter valt buiten het bestek van dit proefschrift, dat zich meer concentreert op de tweede verhouding.

De tweede verhouding ziet op de *inhoud* van het recht dat op een bepaalde tijd binnen een bepaalde maatschappij geldt. Bij de concretisering van de inhoud van onbepaalde begrippen, open normen en het ongeschreven recht vervult de rechter een centrale rol. De rechter is niet slechts een ‘bouche de la loi’, een rechttoe rechtaan rechtstoepasser, maar ook rechtsvinder en soms

⁶² Zie nader § 3.4.3.

⁶³ Zo ook Martens 2000, p. 748.

⁶⁴ Asser-Scholten 1974, p. 9, ‘Eerst met de beslissing is de regel gegeven’ en Van der Grinten 1976, p. 550.

⁶⁵ Zo ook Reurich 2005, p. 176, die wijst op de centrale plaats van de rechter – een positie tussen justitiabele en wetgever – bij nadere invulling van ‘redelijkheid en billijkheid’.

⁶⁶ Art. 13 AB en art. 26 Rv: ‘De rechter mag niet weigeren te beslissen’. Zie ook § 3.2.

⁶⁷ Ook Reurich 2005 maakt dit onderscheid tussen enerzijds de staatsrechtelijke positie van de rechter en anderzijds de vraag naar het normerende vermogen van het recht (en dan in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid).

⁶⁸ Zie voor een rechtshistorische studie over de verhouding rechtspraak – maatschappij bijv. het proefschrift van Jaspers (Nijmegen 1980).

zelfs rechtsvormer.⁶⁹ Het recht wordt thans gezien als een discursieve grootheid: het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto.⁷⁰ Het is met name aan de rechter om deze discursiviteit van het recht tot uitdrukking te brengen. Hij dient veranderingen in de maatschappelijke opvattingen over behoren te signaleren en te verdisconteren in het recht. Volgens Wichers is hij, gezien zijn deskundigheid als geschilbeslechter, bij uitstek geschikt om in een concreet geschil de verkeersopvatting in rechte vast te stellen.⁷¹

Het wordt tijd om nader te gaan kijken naar deze open normen en onbeaalde begrippen, die de rechter in staat stellen om de kloof tussen recht en maatschappij deels te beslechten.

2.3 OPEN NORMEN

Open rechtsnormen bieden de rechter wettelijke ‘vensters’ op de maatschappelijke werkelijkheid en ‘poorten’ naar het ongeschreven recht.⁷² Anders dan in Duitsland is de terminologie ten aanzien van ‘open normen’ en de theorie daarachter in Nederland nog weinig uitgedacht en uitgekristalliseerd. Voordat ik nader inga op de redenen achter en de noodzaak van het gebruik van open normen daarom allereerst een aantal opmerkingen over terminologische kwesties (§ 2.3.1 en 2.3.2) en over de verschillende vormen van openheid van open normen (§ 2.3.3).

2.3.1 De dubbelzinnigheid van het woordje *norm*

De woorden ‘vage norm’, ‘blanco of blanket norm’, ‘open norm’, ‘open begrip’, ‘onbepaald begrip’ en ‘vage normbestanddelen’⁷³ worden in de Nederlandse literatuur over het algemeen door elkaar heen gebruikt.⁷⁴ Daarbij worden maatschappelijke betamelijkheid, redelijkheid en billijkheid, verkeersopvattingen, in Nederland levende rechtsovertuigingen, goede zeden, goede beperkt gerechtigden, goede huisvaders enzovoort, vaak in één adem genoemd en over één kam geschoren.⁷⁵ Zuiver is dit absoluut niet. Wie, zoals ik, onderscheid maakt tussen *gedragsnormen* en *andere opvattingen over behoren*, en aan beide

69 Zie ook § 6.3.2, over de *transformatiefunctie* van open normen. Ik hanteer het begrip *rechtsvindend* onder erkenning dat dit ook *rechtsvorming* kan omvatten.

70 Asser-Vranken 1995, nr. 220-226 en 103-105 en Wiarda/Koopmans 1999, p. 37.

71 Wichers 2002, p. 38.

72 Hesselink 1999, p. 32, met verwijzing naar vele bronnen. Vergl. Reurich 2005, p. 174.

73 De term ‘vage normbestanddelen’ wordt gehanteerd door Snijders 1987, p. 177. Wiarda/Koopmans 1999, p. 43 spreekt over ‘vage normomschrijvingen’.

74 Zo ook Sieburgh 2000, p. 211, voetnoot 52.

75 Zie bijvoorbeeld Bartels en Milo 2000, p. 17.

een verschillend normatief aspect toekent,⁷⁶ komt onherroepelijk in de knoop met onze slordige hantering van de taal. Oorzaak daarvan is de dubbelzinnigheid van het woordje *norm*.⁷⁷

In de Dikke Van Dale wordt ter verklaring van het woord *norm* onderscheid gemaakt tussen enerzijds de *gedragsnorm* of *norm voor handelen* en anderzijds de *norm* in de zin van *maatstaf* of *criterium*. Met het woord *norm* in zijn juridische betekenis kan kortom zowel op gedragsnormen (opvattingen omtrent hoe men zich behoort te gedragen) als op rechtsnormen (maatstaven of standaarden die niet steeds op gedragsnormen slaan, maar zien op het vaststellen van een bepaald rechtsgevolg) geduid worden. Dit is verwarrend. De gedragsnorm is immers vaak rechtsnorm, maar een rechtsnorm impliceert niet altijd een gedragsnorm. Ik geef een voorbeeld. De regel dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstige de eisen van redelijkheid en billijkheid (6:2) is tegelijkertijd gedragsnorm en rechtsnorm. Zij verplicht partijen om zich redelijk en billijk jegens elkaar te gedragen en biedt de rechter tegelijkertijd een maatstaf om dat gedrag te beoordelen. Een rechtsnorm is echter niet steeds ook gedragsnorm. De regel dat al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt bestanddeel is (3:4 lid 1 BW), heeft met gedrag niets te maken. Toch kan niet ontkend worden dat hier sprake is van een rechtsnorm, een maatstaf of criterium voor juridische beoordeling. Om deze reden specificeer ik allereerst mijn terminologie.

2.3.2 Terminologie; open normen, vage normen, onbepaalde begrippen

De term *open normen* wordt veelal gehanteerd als koepelbegrip voor allerlei ruime, open of vage begrippen, rechtsnormen en gedragsnormen die in de wet gehanteerd worden.⁷⁸ Daarnaast wordt met *open norm* wel aangeduid de gehele geschreven rechtsnorm waarvan één of meerdere vage begrippen of gedragsnormen deel uitmaken. Korthals Altes en Groen⁷⁹ gebruiken de term *onbepaald begrip* als overkoepelende term voor alle begrippen die – als onderdeel van een open norm – nadere invulling behoeven. In die optiek bevat bijvoorbeeld de norm van artikel 6:75, die bepaalt wanneer een tekortkoming in de nakoming toegerekend dient te worden aan de schuldenaar, naast een verwijzing naar de wet een drietal *onbepaalde begrippen*: schuld, rechtshandeling en in het verkeer geldende opvattingen. Andere voorbeelden van onbepaalde begrippen zijn: de omstandigheden van het geval, de aard van de overeen-

⁷⁶ Zie hierna § 2.3.2 alsmede § 4.2 en 5.2.3.

⁷⁷ Vergl. G.E. Langemeijer, *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts* (3^e druk), Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 324.

⁷⁸ Zo worden in het boekje *Open normen in het goederenrecht* (red. S.E. Bartels en J.M. Milo 2000) alle daarin behandelde onbepaalde begrippen onder de noemer ‘open normen’ gebracht, zie p. 16-18.

⁷⁹ Asser-Veegens 2005, nr. 101.

komst, gewoonte en gebruik, enzovoorts.⁸⁰ Als synoniem van *open normen* hanteren we in Nederland veelal de term *vage normen*. Verschillende schrijvers geven aan deze terminologie de voorkeur boven open normen.⁸¹ Anderen hanteren de term *blanco norm*,⁸² *blanketnorm* of *vage normbestanddelen*.⁸³ Een begrip vergelijkbaar met het Duitse woord *Generalklausel*⁸⁴ kennen wij niet.

In de Duitse dogmatiek treedt minder spraakverwarring op, hoewel daar, bij mijn weten, evenmin onderscheid wordt gemaakt tussen gedragsnormen en rechtsnormen. Onze oosterburen onderscheiden de volgende begrippen, met verschillende betekenissen: *bestimmte* en *unbestimmte Gesetzesbegriffen*, *Generalklausel* en *Blankettnormen*.⁸⁵ Ieder wets- of rechtsbegrip is volgens de Duitsers in meer of mindere mate *unbestimmt*.⁸⁶ Het erkennen van een graduele overgang van scherpe naar vage begrippen biedt daarom wel enig inzicht, maar weinig houvast. Algemeen geaccepteerd is in Duitsland een ander onderscheid; dat tussen *descriptieve* en *normatieve* begrippen.⁸⁷ Descriptieve – of beschrijvende – begrippen zien op voorwerpen in de werkelijkheid en beschrijven deze werkelijke en waarneembare objecten. Normatief zijn die begrippen waarvoor bij rechtstoepassing een *waardering* noodzakelijk is; de *wertausfüllungsbedürftigen Begriffe* of ook wel *Wertbegriffe*.⁸⁸ Normatieve begrippen impliceren kortom een ‘machting tot waardering’.⁸⁹ Vanwege

80 Zie voor meer voorbeelden Asser-Veegens 2005, nr. 101.

81 Barendrecht 1992 spreekt alleen over vage normen. Hesselink geeft daaraan eveneens de voorkeur, omdat hij meent dat een geheel open norm geen norm is en daarmee een *contradictio in terminis* (Hesselink 1999, p. 406-407). Ook Sieburgh (2000, p. 211 voetnoot 52) geeft de voorkeur aan het begrip ‘vage norm’. Wichers (2002, p. 35, voetnoot 109) hanteert echter juist weer het begrip ‘open norm’. Rogmans (2007, nr. 1) prefereert ‘open term’, omdat dit een ongekleurde aanduiding is.

82 Deze benaming werd in het verleden vooral gehanteerd door Zonderland en Pitlo.

83 Snijders 1978, p. 177.

84 Zie daarover Wiarda/Koopmans 1999, p. 44 en 71.

85 Röthel 2004, p. 25-30.

86 Zie Röthel 2004, p. 26 en de door haar genoemde literatuur. Zo ook bij ons reeds Scholten 1974, p. 37, en vele anderen na hem.

87 Röthel 2004, p. 27-28, met bronnen. Een dergelijk onderscheid wordt ook gemaakt door Barendrecht (1992, p. 55-56), zij het dat hij het onderscheid m.i. anders uitlegt en anders benoemt (descriptief en prescriptief) dan de Duitse schrijvers. Prescriptief vaag noemt hij de normen die zich kenmerken door een vage omschrijving van het rechtsgevolg en descriptief vaag zijn volgens hem de normen die verwijzen naar feitelijke omstandigheden die niet altijd geheel duidelijk zijn. Vergl. Rood 1981, p. 228-229 en Rogmans 2007, nr. 1.

88 Zie Larenz 1991, p. 214 e.v. en 288-293 en Röthel 2004, p. 28 met nadere bronnen. Nieuwenhuis (1976, p. 508) spreekt in dit verband van ‘evaluatief taalgebruik’. Larenz (1991, p. 283-297) onderscheidt de op waarneming en – sociale – ervaring berustende oordelen van de *Werturteilen*.

89 Röthel 2004, p. 28.

hun hoge abstractiegehalte kennen het Duitse BGB en het Nederlandse BW nauwelijks puur descriptieve begrippen.⁹⁰

De *unbestimmte Rechtsbegriffe* worden in Duitsland met name geassocieerd met het publiekrecht.⁹¹ In het privaatrecht wordt daarnaast de term *Generalklauseln* gehanteerd. Algemeen geaccepteerd is in Duitsland de opvatting dat *unbestimmte Rechtsbegriffe* en *Generalklauseln* dezelfde functie vervullen, te weten een delegatie- en flexibiliteitsfunctie.⁹² Het onderscheid tussen de *Generalklauseln* en *normativen Rechtsbegriffe* is gelegen in hun mate van onbestemdheid.⁹³

‘Generalklauseln lassen sich daher umschreiben als Rechtssätze, deren zentraler Inhalt in normativen Begriffen verkörpert ist.’ [cursivering PM]

Een rechtsregel kan op één – ondergeschikt – punt ‘onbestemd’ zijn, of het wezen van de regel, de centrale inhoud ervan, kan in het normatieve begrip begrepen liggen. Voorbeelden van *normativ-unbestimmten Rechtsbegriffe* zijn volgens Röthel: *Zumutbarkeit*, *Billigkeit*, of *wichtiger Grund*. Voorbeelden van *Generalklauseln* zijn de *guten Sitten*, *Verkehrssitte*, *Treu und Glauben* en de *im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*.⁹⁴ Het aan de *Verkehrssitte* verwante begrip *algemeinen Verkehrsanschauung* (de verkeersopvatting) wordt door Röthel geschaard onder de *Generalklauseln*.⁹⁵ Kenmerkend voor deze *Generalklauseln* is volgens de Duitsers dat zij verwijzen naar buitenwettelijke zeden en gedragsnormen. Hierin onderscheiden ze zich van de *Blankettnorm*, die verwijst naar ‘*bereits positivierte Rechtsnormen*’, ofwel binnenrechtelijk normen.⁹⁶

In navolging van de Duitse dogmatiek noem ik de verkeersopvatting een – normatief – onbepaald begrip.⁹⁷ Vaak bepaalt dit begrip in het Nederlandse vermogensrecht de centrale inhoud van de rechtsregel; zij is in veel wetsartikelen de beslissingsmaatstaf aan de hand waarvan de oplossing moet worden

90 Röthel 2004, p. 37. Ook begrippen als zaak, bestanddeel, natuurlijke vrucht, duurzaam dienende zaak, zijn rechtsbegrippen met een zeker normatief gehalte. Deze begrippen kennen veelal een vaste begripskern met daarom heen een vagere periferie. Zie daarover Röthel 2004, p. 26. Teubner (1971, p. 37 en 53) spreekt t.a.v. de *Gute Sitten* bijv. over ‘*der normativ-descriptiven Doppelbedeutung des Begriffs*’.

91 Röthel 2004, p. 29.

92 Teubner 1971, p. 61; Röthel 2004, p. 30-31 (met verwijzingen naar literatuur) en p. 34. Zie ook § 6.3.3.

93 Röthel 2004, p. 33-34 (en de daar aangehaalde literatuur).

94 Röthel 2004, 34 en 37-38.

95 Röthel 2004, p. 38, voetnoot 85.

96 Teubner 1971, p. 36-39; Röthel 2004, p. 34-35.

97 Volgens Crombag, De Wijkerslooth, Cohen (1977, p. 106) is dit vermoedelijk linguïstisch ook juister. Dat het in mijn optiek gaat om een normatief begrip en niet om een descriptief begrip moge duidelijk zijn. De verkeersopvatting impliceert steeds een normatieve waarde-ring van een complex van feiten en omstandigheden. Zie daarover § 3.4.2, 4.2 en 5.2.3.

gevonden. In die gevallen valt het onbepaalde begrip verkeersopvatting als het ware samen met de rechtsnorm. Voorbeeld van een rechtsnorm waarin het onbepaalde begrip verkeersopvatting als het ware samenvalt met de rechtsnorm aan de hand waarvan recht gedaan moet worden is te vinden in artikel 3:9 BW: 'natuurlijke vruchten zijn zaken die volgens verkeersopvatting als vruchten van andere zaken worden aangemerkt'. Soms is de verkeersopvatting echter een onbepaald begrip naast andere onbepaalde begrippen die een rol spelen binnen een rechtsnorm.⁹⁸ Voorbeeld van het laatste geval gaf ik reeds met artikel 6:75 BW, waarin de verkeersopvatting wordt genoemd als onbepaald begrip naast 'schuld' en 'rechtshandeling'. De rechtsnormen waarin de verkeersopvatting voorkomt zijn met andere woorden soms *Generalklausel* en soms ook niet.

Voor de term *Generalklausel*, die voordelen kent boven de begrippen open of vage norm,⁹⁹ bestaat geen goede Nederlands vertaling. Ik hanteer daarvoor de – gebrekkige – term *open norm*, waarbij het woord *norm* verwijst naar 'rechtsnorm' in de zin van maatstaf of criterium. Van een *open norm* is volgens Nederlandse auteurs sprake indien de rechter bij de toepassing van de rechtsnorm een zekere vrijheid heeft om zijn beslissing mede te laten afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁰⁰ Zeer precies is die omschrijving niet, omdat daarmee geen onderscheid wordt gemaakt tussen rechtsnormen die een enkel onbepaald begrip bevatten (*unbestimmte Gesetzesbegriffe*) en rechtsnormen wier centrale inhoud wordt bepaald door een onbepaald begrip (*Generalklauseln*).

Een tweede probleem in het kader van dit proefschrift is dat de begrippen 'open normen', 'vage normen' en 'onbepaalde begrippen' door elkaar worden gehanteerd voor zowel *gedragsnormen* als *rechtsnormen*.¹⁰¹ Ik maak onderscheid tussen rechtsnormen en gedragsnormen en daarom onderscheid ik de twee ook in taalgebruik. De term *vage normen* wordt veelal onmiddellijk geassocieerd met *vage gedragsnormen*, zoals de 'redelijkheid en billijkheid', 'goede zeden' en 'maatschappelijke betamelijkheid'. De term *vage normen* wordt daarom door mij gereserveerd voor deze specifieke onbepaalde begrippen, die gedragsnormen behelzen. Zij hebben een heel duidelijk normatief (waarderend) karakter. Het woord *norm* duidt daarbij niet zozeer op een *rechtsnorm* in algemene zin, maar op een *gedragsnorm* en impliceert specifiek gedrag of een waardering van menselijk handelen.¹⁰² Het begrip *vage norm* dient gereserveerd te worden voor begrippen als 'de goede werkgever', 'de in het maatschappelijke verkeer

⁹⁸ Zie nader § 4.5.5.1.

⁹⁹ Zie ook Hesselink 1999, p. 406-407; de term maakt veel duidelijker dat de regel zowel aan de feitenzijde als aan de rechtsgevolgenzijde vaag kan zijn (zie § 2.3.3) en zij maakt duidelijker dat het om wetgevingstechniek gaat.

¹⁰⁰ Wiarda/Koopmans 1999, p. 28 en 33; Asser-Veegens 2005, nr. 101 en Crombag, De Wijkerslooth, Cohen 1977, p. 119-120 e.v.

¹⁰¹ Zie over deze dubbelzinnigheid van het woordje *norm* § 2.3.1.

¹⁰² Zie nader § 4.2.2 en 5.2.3.

betamende zorgvuldigheid' en 'een dringende morele verplichting'. In al deze gevallen gaat het om een waardering van menselijk gedrag en om het vinden van de rechtens juiste gedragsnorm; om de geldende gedragsregel en toepassing daarvan op het voorliggende geval.

Kenmerk van *vage normen* is dat het *gedragswaarderende onbepaalde begrip* veelal de centrale inhoud bepaald van de *open norm*; de toe te passen rechtsnorm. Deze rechtsnormen zijn dan ook *Generalklauseln*. Zo bepaalt artikel 6:2 BW dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Het begrip redelijkheid en billijkheid is in dit geval naast onbepaald begrip tevens het enige en beslissende normbestanddeel van de rechtsnorm, aan de hand waarvan concreet gedrag door de rechter getoetst en beoordeeld wordt. Ook andere onbepaalde begrippen kunnen met de open norm waarin zij worden gebruikt 'samenvallen'. Sommige onbepaalde begrippen, zoals bij voorbeeld de 'omstandigheden van het geval' doen dat vrijwel nooit en worden alleen gebruikt in combinatie met andere – meer waarderende – onbepaalde begrippen.

Het is mijns inziens niet correct om de verkeersopvatting aan te duiden als *vage norm*. De verkeersopvatting verwijst niet naar gedrag of naar een waardering van gedrag, maar naar *andere opvattingen over behoren*.¹⁰³ Ik onderscheid de gedragsnormen, die een dubbele normatieve lading kennen, van de niet-gedragsnormen, waarbij het normatieve aspect niet mede ziet op de waardering van gedrag, maar slechts op de vraag of aan een feitencomplex een bepaald rechtsgevolg behoort te worden gekoppeld.¹⁰⁴ Ik reken de verkeersopvatting tot de niet-gedragsnormen. In die zin is het zuiver ook qua terminologie een onderscheid te maken tussen de verschillende soorten onbepaalde begrippen. Ik vermijd daarom ten aanzien van de verkeersopvatting het begrip *vage norm* en spreek liever over een *onbepaald begrip* dat deel uitmaakt van een *open norm*.

2.3.3 Drie vormen van openheid

Anders dan in Duitsland, waar over onbepaalde begrippen en open normen veel diepgravender wordt nagedacht dan bij ons,¹⁰⁵ is in Nederland de constatering dat een wettelijke regel op verschillende manieren 'open' of 'vaag' kan zijn, nog geen gemeengoed. Alleen Hesselink en Barendrecht hebben hieraan summier aandacht besteed. Hesselink onderscheidt vaagheid aan de

¹⁰³ Zie § 4.2.1.

¹⁰⁴ Zie § 5.2.3.

¹⁰⁵ Zie bijv. Röthel 2004, p. 171-177.

‘normzijde’ en aan de ‘rechtsgevolgzijde’.¹⁰⁶ Ik spreek liever niet van vaagheid of openheid aan de ‘normzijde’ van een regel.¹⁰⁷ Ook een beslissingsregel die open is aan de rechtsgevolgenzijde is een open of vage ‘norm’. Wij spreken immers van een *open norm* ongeacht of die openheid is gelegen in de kwalificatie van de feiten of de toekenning van rechtsgevolgen. Hier wreekt zich weer de dubbelzinnigheid van het woordje *norm*, dat zowel kan verwijzen naar een *maatstaf* of *criterium* als naar een *gedragsnorm*.¹⁰⁸ Vaagheid aan de normzijde vind ik een verwarrende uitdrukking, omdat de term *open norm* bij ons vooral als een koepelbegrip wordt gebruikt en niet in de zin die Hesselink hier bedoelt (de concrete gedragsnorm). Liever spreek ik daarom van openheid aan de *feitenzijde* versus openheid aan de *rechtsgevolgenzijde*.¹⁰⁹

De vraag of een norm open is aan de feitenzijde of aan de rechtsgevolgenzijde is relevant voor de wijze waarop de norm geconcretiseerd wordt.¹¹⁰ Voor normen die open zijn aan de feitenzijde gelden andere methoden van concretisering dan voor normen die open zijn aan de rechtsgevolgenzijde.¹¹¹ Ik concentreer mij in het navolgende slechts op open normen die het onbepaalde begrip verkeersopvatting bevatten en bezie of deze normen open zijn aan de feitenzijde of de rechtsgevolgenzijde.

2.3.3.1 Open aan de feitenzijde

Van een aan de feitenzijde open norm is sprake indien de openheid of vaagheid niet zozeer is gelegen in de vraag welk rechtsgevolg aan een complex van feiten en omstandigheden moet worden verbonden, maar *welke* feiten en omstandigheden moet worden gekwalificeerd en *hoe* zij juridisch moeten worden gekwalificeerd.¹¹² Kenmerkend voor normen die aan de feitenzijde

106 Hesselink 1999, p. 406-407. Barendrecht (1992, p. 55-56) maakt dit onderscheid ook en knoopt daaraan het onderscheid tussen descriptieve en prescriptieve begrippen vast. Ik doe dat niet. Ook regels die open zijn aan de feitenzijde zijn veelal niet puur descriptief van aard. Zij vergen een – normatieve – waardering (zie § 3.4.2). Barendrecht spreekt in dit verband van ‘gemengde begrippen’. Prescriptief in de zin van ‘gedragsvoorschrijvend’, is de verkeersopvatting nooit. Ik vermijd deze term daarom en spreek, in navolging van de Duitse literatuur, over ‘normatief’, zodra een juridische waardering plaats vindt.

107 Wat is immers de ‘normzijde’ van een norm? Dat is mijns inziens, de *inhoud* van de betreffende regel, met behulp waarvan wij de feiten en omstandigheden juridisch kwalificeren.

108 Zie § 2.3.1.

109 Eén blik op de tekening in § 6.3.1 zal verhelderen wat ik bedoel.

110 Röthel 2004, p. 176.

111 Normen die open zijn aan de feitenzijde leiden volgens Röthel (2004, p. 176-177) tot *geschlossene Konkretisierungen* en normen die open zijn aan de rechtsgevolgenzijde tot *offene Konkretisierungen in Form von Beurteilungsmaßstäben*. Zie nader § 6.4.1.2.

112 Voorbeeld: is de fietsbel te kwalificeren als bestanddeel van de fiets? De onzekerheid is hier niet gelegen in de onduidelijkheid van eventuele rechtsgevolgen, maar in de juridische kwalificatie van de feiten.

open zijn, is dat het resultaat van de concretisering een ja-of-nee-beslissing is.¹¹³ Beoordeeld moet worden of het feitencomplex onder het betreffende juridische begrip geschaard kan worden. Die beoordeling of concretisering bepaalt met andere woorden de grens van het begrip. Daarvan is in het zakenrecht steeds overduidelijk sprake.¹¹⁴

Ik geef een voorbeeld. De vraag welke onderdelen van een zaak moeten worden gekwalificeerd als bestanddeel duidt op openheid van de norm aan de feitenzijde. Wordt een zaak als bestanddeel van een andere zaak aangemerkt – de dakpan op het huis, de wielen aan de auto – dan zijn de rechtsgevolgen duidelijk. De eigenaar van de hoofdzaak is ook eigenaar van de bestanddelen, een eventueel eigendomsvoorbehoud op het bestanddeel gaan teniet, de zaak is een goederenrechtelijke eenheid, alle rechtshandelingen met betrekking tot de zaak zien op het geheel. De rechtsnorm in artikel 3:4 lid 1 BW is kortom niet zozeer vaag of open aan de rechtsgevolgenzijde, maar aan de *feitenzijde*. Is wel sprake van een bestanddeel? Het gaat bij vragen rondom bestanddeelvorming om het *bereik* van het juridische begrip bestanddeel; het begrip waarmee de feiten en omstandigheden juridisch worden gekwalificeerd. Dit geldt evenzeer voor andere zakenrechtelijke begrippen zoals: zaak, hoofdzaak, natuurlijke vrucht, nieuw gevormde zaak, vermengde zaken, duurzaam diennende zaak en voor goederenrechtelijke begrippen als de burgerlijke vrucht en verknochte goederen en schulden. De invulling van deze juridische begrippen – met andere woorden de kwalificatie van de feiten – bepaalt mede het toepassingsbereik van de norm.¹¹⁵

In het verbintenissenrecht zijn de open normen waarin wordt verwezen naar de verkeersopvatting in de meeste gevallen eveneens open aan de feitenzijde. Het juridische begrip waaraan nadere invulling wordt gegeven is in die gevallen het begrip *toerekening* of *toerekenbaarheid*. De vraag die bij wanprestatie, onrechtmatige daad, dwaling, onvoorziene omstandigheden en voortbouwende overeenkomsten aan de hand van de verkeersopvatting moet worden beantwoord, is die naar de toerekening of toerekenbaarheid van bepaalde feiten, omstandigheden en risico's. De openheid van de norm is daarbij eveneens gelegen in de vraag of het feitencomplex kan worden gesubsumeerd onder het juridische begrip *toerekenbaar*, waardoor een *rechtsgevolg* kan worden gekoppeld aan een complex van feiten en omstandigheden dat zich heeft voorgedaan. Dat rechtsgevolg is in de wet gedefinieerd en polair. De vraag naar de toerekenbaarheid is met andere woorden een alles-of-niets-vraag.¹¹⁶ Een complex van feiten en omstandigheden kan niet 'een beetje toerekenbaar'

113 Röthel 2004, p. 172. Zie over ja-nee-beslissingen versus meer-of-minder-beslissingen ook Nieuwenhuis 1976, p. 512-513.

114 Niet voor niets spreekt Rogmans (2007, nr. 2) over de 'definiërende' of 'begripsbepalende' functie van de verkeersopvatting in het goederenrecht. Zie voor kanttekeningen daarbij § 4.2.

115 Zo ook Barendrecht 1992, p. 56.

116 Zo ook Krans 1999, p. 182, t.a.v. de toerekenbare tekortkoming.

zijn.¹¹⁷ In geval van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad bestaat een schadevergoedingsplicht, die bij gebrek aan toerekenbaarheid ontbreekt. Voor zover dwaling moeten worden toegerekend aan de dwalende kan hij de overeenkomst niet vernietigen, is de dwaling ‘verschoonbaar’ dan heeft de dwalende de bevoegdheid om de overeenkomst te vernietigen. Voor zover onvoorziene omstandigheden moeten worden toegerekend aan degene die zich daarop beroept zal de overeenkomst niet gewijzigd of ontbonden kunnen worden, komen de onvoorziene omstandigheden niet voor zijn rekening dan kan hij wijziging of ontbinding vorderen.

Voor de beoordeling van de toerekenbaarheid van tekortkomingen, onrechtmatige daden, onvoorziene omstandigheden, dwaling, is relevant welke *andere omstandigheden* dan alleen de gedraging of het nalaten zich hebben voorgedaan. Het ‘geheel van omstandigheden’ (het *Tatbestand*) wordt met behulp van de verkeersopvatting beoordeeld en de verkeersopvatting *kleurt* als het ware het complex van feiten en omstandigheden, zoals ook schuld, de rechtshandeling of de wet een complex van feiten en omstandigheden kunnen kleuren. Zodoende wordt aan de hand van de verkeersopvatting het *Tatbestand* bepaald of gedefinieerd. De verkeersopvatting bepaalt dan met andere woorden of aan het geheel van gevonden feiten en omstandigheden een rechtsgevolg moet worden verbonden. De feiten en omstandigheden van het geval worden door de rechtsvinder vastgesteld, waarna vervolgens inkleuring daarvan plaatsvindt door de verkeersopvatting. Deze normen zijn kortom open aan de feitenzijde.

Soms moeten de feiten en omstandigheden overduidelijk tot een bepaalde juridische kwalificering leiden. De dakpan is overduidelijk bestanddeel van het huis; een opzettelijke en persoonlijk verwijtbare inbreuk op de lichamelijke integriteit van een ander is overduidelijk toerekenbaar.¹¹⁸ Soms is kwalificering echter niet meteen mogelijk en duidelijk. Is de gemakkelijk te verwijderen motor van een Formule één racewagen wel of niet bestanddeel van de auto?¹¹⁹ De vraag of de zaak in kwestie zelfstandig is dan wel bestanddeel, is niet op het eerste gezicht duidelijk. In de Duitse literatuur wordt in dit verband onderscheid gemaakt tussen de *Begriffskern* en het *Begriffshof*.¹²⁰ Rechtsbegrippen kennen veelal een vaste begripskern met daar omheen een meer diffuse zone zonder scherpe grenzen; een gebied met wat wel wordt genoemd *schwimmenden Konturen*. De begripskern omvat in dit geval de dakpan, terwijl de motor van de Formule één wagen zich meer in de onduidelijke periferie van het begrip bestanddeel bevindt.

117 Anders ligt het bij de bepaling van de *omvang* van de schadevergoedingsplicht. De norm van art. 6:98 BW, de ‘toerekening naar redelijkheid’, is open aan de rechtsgevolgenzijde.

118 Toerekening geschiedt dan op grond van ‘schuld’.

119 Het voorbeeld is ontleend aan Pres. Rb. Leeuwarden 20 december 1994, KG 1995, 61 (*Dynamiek/De Vries Competition*).

120 Zie Röthel 2004, p. 26 en de door haar genoemde auteurs (voetnoot 10). Zo ook reeds Asser-Scholten 1974, p. 37: ‘Ieder begrip heeft een vaste kern, doch zijn grenzen vervloeien’. Zie ook Crombag, De Wijkerslooth, Cohen 1977, p. 106-107.

2.3.3.2 Open aan de rechtsgevolgenzijde

Kenmerkend voor normen die open zijn aan de rechtsgevolgenzijde is dat de concretisering niet resulteert in een ja-of-nee-beslissing maar dat het *rechtsgevolg* nader moet worden bepaald. De mogelijke oplossingen voor de rechtsvraag bevinden zich niet polair tegenover elkaar, maar zijn als het ware naast elkaar te vinden op een meer-of-minder-schaal.¹²¹ Röthel noemt als voorbeelden van dergelijke normen de vaststelling van de hoogte van een naar billijkheid te bepalen vergoeding voor immateriële schade¹²² en de vaststelling van de hoogte van onderhoudsbijdragen in het personen- en familierecht.¹²³ Beslissingen op deze gebieden vergen de omzetting van de abstracte wettelijk norm in een concreet berekende *aanspraak*, meestal een concreet geldbedrag.¹²⁴

In het kader van dit onderzoek is uiteraard de vraag relevant of de verkeersopvatting een rol speelt bij normen die open zijn aan de rechtsgevolgenzijde. Dat is mijns inziens het geval bij de toerekening van schade en van eigen schuld.¹²⁵ De artikelen 6:98 en 6:101 BW zijn voorbeelden van normen (in de zin van maatstaf of criterium) die open zijn aan de rechtsgevolgenzijde. Zij nopen tot overwegingen die uiteindelijk leiden tot vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting; bij uitstek een meer-of-minder-vraag.

De rol van de verkeersopvatting bij de toerekening van schade lijkt vooralsnog gering.¹²⁶ Een beroep op een verkeersopvatting bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding was aan de orde in de zaak *Amev/Staat*.¹²⁷ In die kwestie moest het Hof zich buigen over de vraag of de Staat gerechtigd was om – interne – administratiekosten ter afhandeling van een aantal schadezaken, te vorderen van de laedens. De laedens meende dat dit niet het geval is en voerde daartoe aan dat elke gelaedeerde altijd en noodzakelijkerwijs zekere (geringe) eigen werkzaamheden moet verrichten om zijn schade vergoed te krijgen, zodat dit deel van de schade naar verkeersopvatting voor rekening van de gelaedeerde moet blijven. Het Hof verwerpt deze gedachte met de overweging dat op de laedens in beginsel de plicht rust om de schade volledig te vergoeden.¹²⁸ Voor een afwijking van het beginsel van volledige schadevergoeding is volgens het Hof slechts plaats indien de kosten niet voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets of de schade het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Dit oordeel

121 Zie ook Nieuwenhuis 1976, p. 512-513.

122 Röthel 2004, p. 171. Zie ons art. 6:106 BW.

123 Röthel 2004, p. 173.

124 Röthel 2004, p. 173.

125 Opvallend genoeg dus alleen bij de open normen waarin door de wetgever *niet* met zoveel woorden naar de verkeersopvatting verwezen wordt.

126 Mij is slechts één arrest bekend. Dat is het hier besproken arrest *Amev/Staat*.

127 HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196 m.nt. ARB.

128 Tussenarrest I, r.o. 4.11.

vindt genade in de ogen van de Hoge Raad.¹²⁹ Een verkeersopvatting zoals door Amev aangevoerd – de geringe kosten die de benadeelde noodzakelijkerwijs altijd maakt om zijn schade vergoed te krijgen, moeten naar de opvatting in het verkeer voor zijn rekening blijven – bestaat kennelijk niet. Ook deze kosten zijn vergoedbaar, mits het redelijke kosten zijn en het redelijkerwijs noodzakelijk was de kosten te maken.¹³⁰

Anders staat het met de rol van de verkeersopvatting bij – de toerekening van – eigen schuld. Hoewel een verwijzing naar de verkeersopvatting in artikel 6:101 BW ontbreekt werd door Meijers uitdrukkelijk gewezen op haar rol bij de toerekening van ‘eigen schuld’.¹³¹

‘Aan de benadeelde moeten niet alleen zijn eigen gedragingen worden toegerekend, doch ook gedragingen van zijn ondergeschikten en andere omstandigheden, die naar de opvattingen van het verkeer tot zijn risicosfeer behoren. In zoverre is dus de aanduiding “eigen schuld” te eng.’

Deze aanwijzing is in de jurisprudentie sinds de invoering van het NBW – en reeds daarvoor – serieus genomen.¹³² Het voert helaas te ver om de rol van de verkeersopvatting bij de toerekening van omstandigheden aan de benadeelde in het kader van artikel 6:101 BW hier uitgebreid te behandelen.¹³³ Ik volsta hier met de opmerking dat een verkeersopvatting die noopt tot de conclusie dat bepaalde omstandigheden in de risicosfeer van de benadeelde liggen en dus aan de benadeelde moeten worden ‘toegerekend’, niet tot een onmiddellijk helder rechtsgevolg leidt. Vervolgens spitst de discussie zich immers toe op de vraag *welk percentage* van de schade voor rekening van de benadeelde moet blijven.¹³⁴ De ‘techniek’ die gehanteerd wordt om tot een vaststelling van het concrete percentage – en daarmee de hoogte van de schadevergoeding – te komen, is tweeledig. Gekeken wordt allereerst naar de *wederzijdse causaliteit*, ofwel de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Vervolgens wordt gezien of een *billijkheidscorrectie*

¹²⁹ Zie r.o. 3.5.

¹³⁰ Dit is vaste jurisprudentie. Zie nader de noot van Bloembergen onder het genoemde arrest HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 (*Amev/Staat*).

¹³¹ T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 351.

¹³² Zie Hof Leeuwarden 13 januari 1982, NJ 1982, 482 (*Ziekenfonds/Veenstra*); HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*) en Hof Arnhem 2 oktober 2001, LJN AD4954 (*politiehond Ricky*). Vergl. twee arresten waarin de verkeersopvatting niet met zoveel woorden wordt genoemd, maar waarin het eveneens gaat om toerekening van omstandigheden in de risicosfeer van benadeelde: HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 m.nt. JBMV (*Staat/H.*) en HR 2 december 2005, NJ 2006, 444 m.nt. JBMV (*Rijpma/de Groot*).

¹³³ Zie daarover bijv. Frenk 2006, p. 42-49 en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 451.

¹³⁴ Zie bijv. de noot van Vranken onder HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 m.nt. JBMV (*Staat/H.*). Zie ook Keirse 2006, p. 186-188. Zij onderscheidt bij de toepassing van art. 6:101 BW vier stappen: causaal verband tussen schade en fout, toerekenbaarheid, causale verdeling en billijkheidscorrectie.

gewenst is. In het kader van de – aan rechtsgevolgenzijde open – norm van artikel 6:101 BW is en wordt kortom een geheel eigen techniek en systematiek ontwikkeld om te komen tot bepaling van het concrete rechtsgevolg. Röthel spreekt in dit soort gevallen van:¹³⁵

‘(...) *offene Konkretisierungen in Form von Beurteilungsmaßstäben*’. [cursivering in origineel]

De concretisering van normen die aan de feitenzijde open zijn geschiedt op een andere – meer gesloten – wijze.¹³⁶ De tegengestelde polen waartussen gekozen moet worden, bieden houvast. Hoe dichterbij de pool, ofwel hoe meer in de buurt van de *Begriffskern*, des te evidentier de beslissing. De moeilijkheden ontstaan slechts bij feitencomplexen die zich in de periferie, de *Begriffshof* bevinden. In die twijfelgevallen moet beslist worden of de situatie zich aan deze of gene zijde van het omslagpunt bevindt.¹³⁷ Hoe concretisering dan plaatsvindt is voorwerp van studie in hoofdstuk 7.

2.3.3.3 Open aan beide zijden

In sommige gevallen is de openheid niet – voornamelijk¹³⁸ – beperkt tot één zijde, maar is een rechtsnorm aan beide zijden open. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de kwalificatie van de feiten en omstandigheden zodanig verstrengd is met de rechtsgevolgen dat de twee niet los van elkaar kunnen worden onderscheiden.¹³⁹ Kwalificatie van de feiten *impliceert* dan bepaalde rechtsgevolgen, terwijl het als gewenst beschouwen van een bepaald rechtsgevolg *daarmee* juridische kwalificatie van de feiten inhoudt.

Dit is bijvoorbeeld het geval bij de kwalificatie van een feitencomplex als ‘bezit’. Niet voor niets wordt het begrip *bezit* een hybride begrip genoemd. Hoewel ‘bezit’ steeds een feitelijke situatie lijkt te suggereren, is het altijd meer dan feit alleen.¹⁴⁰ Bezit is volgens de geldende leer *feit en recht tegelijk*.¹⁴¹ Scholten onderkende al dat een vermenging van een feitelijk en rechtelijk

135 Röthel 2004, p. 177.

136 Zie Röthel 2004, p. 176. Zie ook § 6.4.1.2.

137 Zie ook hierna § 2.6.2.1 sub ii) en § 3.5.2.

138 Deze opmerking verdient een nuancering, omdat in beginsel *alle regels* aan *beide zijden* open zijn. D.w.z. dat zelfs aan de meest harde regel met duidelijke rechtsgevolgen zal worden gemorreld indien een beslissing aan de hand van die regel evident onbillijk uitpakt.

139 Röthel (2004, p. 173-174) onderscheidt hiervan twee vormen: i) gevallen waarin *Tatbestand* en *Rechtsfolge* op elkaar voortbouwen maar desondanks afgrensbaar zijn, en ii) gevallen waarin *Tatbestand* en *Rechtsfolge* zodanig verknoopt zijn dat zij niet van elkaar af te grenzen zijn.

140 Van Oven 1958, p. 218.

141 Nieuwenhuis 1980, p. 8; Den Tonkelaar (*Vermogensrecht*), art. 3:107, aant. 9; Van Schaick 2003, nr. 9; Fesevur 2005, p. 67 en 79-80; Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I, nr. 104; Snijders-Rank-Berenschot 2007, nr. 144. Anders: Th. de Jong 2006, p. 210-211.

element inherent zijn aan iedere bezitsbescherming.¹⁴² Bezit lijkt een feit, maar de mogelijkheid van uitsluitende inwerking op een zaak wordt in de maatschappij mede door rechtsregels en door hetgeen recht *behoort* te zijn bepaalt. ‘Het recht zoekt’, aldus Scholten, ‘het bezit buiten zichzelf en stuit daarbij toch weer op het recht.’¹⁴³

Bezit is het éne moment een feit waaraan rechtsgevolgen worden verbonden en op andere momenten een (subjectief¹⁴⁴) recht met feitelijke aspecten. Een feit met rechtsgevolg is bezit bijvoorbeeld indien een vervreemder ‘bezit verschaft’ en daarmee een bezitsoverdracht bewerkstelligt conform artikel 3:114 BW. Door middel van het verschaffen van feitelijke macht over de zaak (de bezitsverschaffing), komt de eigendomsoverdracht tot stand (art. 3:90 BW).¹⁴⁵ De bezitsverschaffing, een feitelijke handeling, brengt (mede) de eigendomsoverdracht teweeg, uiteraard mits ook sprake is van een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid. Het feit dat bezit wordt verschaft, de feitelijke overgave van de zaak, heeft dan dus allerlei rechtsgevolgen.

Dat bezit ook een recht is blijkt uit het feit dat bezitsoverdracht echter evenzeer mogelijk is zonder feitelijke bezitsverschaffing,¹⁴⁶ bijvoorbeeld door middel van een tweezijdige verklaring terwijl het goed onder de vervreemder blijft (de bezitsoverdracht *constituto possessorio*¹⁴⁷). Het rechtsgevolg ‘eigendomsoverdracht’, treedt in dit geval op zonder enige wijziging in het complex van feiten en omstandigheden.¹⁴⁸ Van een *juridische kwalificatie van feiten* waardoor het rechtsgevolg intreedt is dan geen sprake. Het ingetreden rechtsgevolg daarentegen, heeft tevens feitelijke consequenties. De nieuwe eigenaar is *bezitter* geworden. Er is een rechtsbetrekking ontstaan tussen de eigenaar en de zaak, met een onmiskenbaar feitelijk aspect.¹⁴⁹ Zijn bezit wordt beschermd. Hij kan bijvoorbeeld de feitelijke macht over de zaak opeisen, zelfs tegenover derden (art. 3:125 BW).

De kwalificatie van de feiten en het daarbij behorende rechtsgevolg zijn met andere woorden in dit geval niet los van elkaar te zien. Rechtsnormen met daarin een verwijzing naar de verkeersopvatting zijn kortom steeds aan één van beide zijden of aan beide zijden tegelijk open. Over het algemeen bestaat de openheid (of vaagheid) van wettelijke normen waarin

142 Asser-Scholten 1933, p. 43.

143 Asser-Scholten 1933, p. 43.

144 Over de vraag of bezit een subjectief recht is, wordt verschillend gedacht. Fesevur (2005, p. 79) en Van Schaick (2003, nr. 9) menen van niet, anderen (zie: Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I, nr. 104 en Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 8, 138 en 142) menen van wel.

145 Mits tevens sprake is van een goederenrechtelijke overeenkomst.

146 Zie Nieuwenhuis 1980, p. 27-48; Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I, nr. 104; Snijders-Rank-Berenschot 2007, nr. 144.

147 Art. 3:115 sub a BW.

148 Uiteraard wederom mits aan alle voorwaarden van art. 3:84 is voldaan: geldige levering, geldige titel en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.

149 Daarnaast ontstaat een rechtsbetrekking tussen de eigenaar en derden. Zie uitgebreider Nieuwenhuis 1980, 18-21.

naar de verkeersopvatting verwezen wordt, aan de *feitenzijde*.¹⁵⁰ Dat geldt zowel voor de verkeersopvatting in het goederenrecht als in het verbintenissenrecht. In de buitenwettelijke gevallen waarbij de verkeersopvatting gehanteerd wordt, is het echter soms de vraag in welke mate een bepaald rechtsgevolg aan de – gekwalificeerde – feiten moet worden vastgeknoopt. De norm is in die gevallen – mede – open aan de rechtsgevolgenzijde. Binnen het leerstuk bezit en houderschap zijn feiten en rechtsgevolgen dusdanig verstrengeld dat vaak niet goed valt te zeggen aan welke zijde de norm open is. In feite is zij open aan beide zijden.

Tot zover enige preliminaire opmerkingen over open normen in het algemeen. Het wordt tijd om de blik specifiek te richten op de vraag naar het waarom van het gebruik van open normen en in het bijzonder van de verwijzing naar de verkeersopvatting.

2.4 REDENEN VOOR HET GEBRUIK VAN IN HET BIJZONDER DE VERKEERSOPVATTING

De laatste decennia is het gebruik van open normen en onbepaalde begrippen binnen het civiele recht alleen maar toegenomen.¹⁵¹ De meeste juristen stemmen met die ontwikkeling in, sommigen blazen daarover de loftrompet¹⁵² en een aantal wetenschappers protesteert tegen deze ontwikkeling.¹⁵³ Feit is dat de wetgever in het nieuwe BW op allerlei gebieden bewust heeft gekozen voor een minder uitgewerkte regeling en concrete gevallen ter oplossing aan de rechter overlaat.¹⁵⁴ Met name de wetgever heeft aan de toename van het gebruik van onbepaalde begrippen en open normen wezenlijk bijgedragen.¹⁵⁵

Aan het einde van de 19^e en in de loop van de 20^{ste} eeuw liet de wetgever onder invloed van allerlei maatschappelijke ontwikkelingen meer vrijheid aan de rechter.¹⁵⁶ Het was Wiarda die in zijn beroemde 'Drie typen van rechtsvinding' wees op de steeds grotere plaats die open normen – hij spreekt van vage of blanco normen – innemen onder de door de rechter toe te passen normen

150 Dat geldt overigens voor de meeste open normen. Zo ook Röthel 2004, p. 172: 'Zumeist ist die konkretisierungsbedürftige Unbestimmtheit allein im Tatbestand angesiedelt.'

151 Zie Nieuwenhuis 2007a, p. 5, die spreekt over het openzetten van sluizen; zie ook Brunner 1988, p. 455-456 en 459-460; Hartkamp 2002, nr. 15; Wiarda/Koopmans 1999, p. 43-50; Barendrecht 1992, p. 3; Asser-Vranken 1995, nr. 91 en 124.

152 Koopmans 1991, p. 209-211. Zie ook Schoordijk 1992, p. 1569-1571, die pleit voor *meer* open normen.

153 Bijv. Stein 1969, Barendrecht 1992 en Cliteur 2006. Zie hierna § 2.6.

154 Zo constateert ook Wiarda/Koopmans 1999, p. 44.

155 Zie Snijders 1978, p. 186-187.

156 Smith 2007, p. 41.

en regels.¹⁵⁷ De verklaringen die hij geeft voor deze '*Flucht in die Generalklauseln*'¹⁵⁸ gelden ook voor de toegenomen invloed van een onbepaald begrip als de verkeersopvatting. Enerzijds heeft deze toename te maken met de aard van het recht, dat in een op de codificatiegedachte gebaseerd rechtssysteem als het onze grotendeels is neergelegd in wetten. Daarnaast zijn er maatschappelijke en meer psychologische oorzaken aan te wijzen voor het gebruik van onbepaalde begrippen.

De wet is per definitie onvolkomen, zij is steeds in meer of mindere mate achterhaald en niet uitputtend.¹⁵⁹ Daarvoor zijn twee belangrijke oorzaken aan te wijzen.¹⁶⁰ Die oorzaken laten zich als volgt omschrijven. Ten eerste kan de wetgever onmogelijk alle te berechten situaties voorzien en in concrete regels vervatten. Om recht te kunnen doen aan de bonte verscheidenheid van mogelijke gevallen maakt de wetgever daarom gebruik van onbepaalde begrippen en open normen. Anders gezegd; onbepaalde begrippen en open normen worden gehanteerd wanneer de diversiteit van mogelijke gevallen aan een concretere algemene regeling in de weg staat (§ 2.4.1). De vraag is wel of dergelijk 'maatwerk' niet leidt tot *Einzelfallgerechtigkeit* (§ 2.4.2).

Ten tweede verandert en ontwikkelt de maatschappij zich voortdurend, waardoor het recht per definitie achterloopt. De wetgever grijpt naar het instrument van de open normen om verstarring van het recht te voorkomen en ruimte te bieden aan aanpassing van het recht aan deze technische, maatschappelijke, economische en andersoortige ontwikkelingen. Ook ruimte geven aan rechtsontwikkeling en veranderende maatschappelijke verhoudingen is derhalve een reden voor hantering van open normen (§ 2.4.3).

2.4.1 Diversiteit van gevallen

De diversiteit van mogelijke gevallen maakt het geven van een algemene regel die al deze gevallen omvat vaak onmogelijk. Open normen met daarin onbepaalde begrippen zoals de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke

157 Wiarda/Koopmans 1999, p. 43. De rol van open normen is sinds en ten gevolge van de invoering van het NBW in 1992 nog verder toegenomen. Zie daarover: Hartkamp 2002, nr. 15, en de aldaar genoemde vindplaatsen.

158 Wiarda/Koopmans 1999, p. 71-76.

159 Volgens Vranken *mag* de wet zelfs niet uitputtend of volledig zijn, zie Asser-Vranken 2005, nr. 71. Smith 2007, p. 41 wijst op het feit dat de totstandkoming van zorgvuldige wetgeving veel tijd kost en vaak gehinderd wordt door politieke tegenstellingen. Anders Lokin 1984, p. 1-50 en Brunner 1988, p. 454-460, die menen dat de wet volledig, exclusief en enige rechtsbron is, hoewel ook zij erkennen dat de wet meer omvat dan de daarin geschreven tekst. De wet omvat in deze visie ook het ongeschreven recht en toepassing van dit ongeschreven recht is dan steeds 'uitleg' van de wet. Deze visie is naar mijn mening niet te verenigen met de inmiddels algemeen aanvaarde opvatting dat de rechter ook een rechtsvormende taak heeft.

160 Zo ook reeds Houwing 1947, p. 6; Reurich 2003, p. 95 en Bartels en Milo 2000, p. 2.

betamelijkheid kunnen dan uitkomst bieden. Zo wordt het mogelijk om zulke uiteenlopende gedragingen als bijvoorbeeld het profiteren van de wanprestatie van een ander, het verontreinigen van het milieu of het creëren van een voor anderen gevaarlijke situatie, te beoordelen aan de hand van eenzelfde, algemene rechtsnorm (die van 6:162 BW).¹⁶¹

Ook het onbepaalde begrip verkeersopvatting wordt gebruikt met het oog op de onmogelijkheid om een concrete(re) regel te geven die de diversiteit aan mogelijke gevallen kan bestrijken. Het begrip biedt bovendien ruimte om recht te doen aan gewoonten en gebruiken die in een bepaalde regio, branche, bedrijfstak of relevante groep gelden.¹⁶² Een 'harde regel' zou aan de diversiteit van het maatschappelijk verkeer afbreuk kunnen doen, terwijl een verwijzing naar het onbepaalde begrip verkeersopvatting juist ruimte biedt voor differentiatie. Deze onmogelijkheid om een uitputtende algemene regel of set van regels te geven is goed zichtbaar bij bijvoorbeeld bezit en houderschap, overmacht en bestanddeelvorming.¹⁶³ Het onbepaalde begrip verkeersopvatting speelt binnen die leerstukken een rol bij de rechtsvinding, nu op die terreinen de diversiteit van mogelijke gevallen, voorvallen en omstandigheden te groot is voor de wetgever om te overzien en daarin steeds specifiek te voorzien.¹⁶⁴

In dit verband verdient nog opmerking dat de verkeersopvatting, als voorbeeld van een onbepaald begrip en soms zelfs *Generalklausel*, niet slechts de taak lijkt te hebben om een rechtvaardig resultaat bereikbaar te maken in de 'a-typische gevallen'.¹⁶⁵ Ten gevolge van de diversiteit aan gevallen laat zich ten aanzien van sommige rechtsvragen ook voor de 'typische gevallen' geen algemeen geldende concrete regel formuleren. Een goed voorbeeld daarvan biedt het reeds genoemde leerstuk bezit en houderschap.

2.4.2 Maatwerk in plaats van confectie: *Einzelfallgerechtigkeit*?

De hantering van open normen en onbepaalde begrippen maakt kortom rechterlijk maatwerk in het concrete geval mogelijk en leiden tot rechtsverfijning. Open normen met onbepaalde begrippen, zoals de verkeersopvatting,

161 Ook Wiarda/Koopmans 1999, p. 71, wijst op het steeds verder complicerende en differentiërende patroon van de samenleving als oorzaak van de toename van onbepaalde begrippen.

162 De grote verscheidenheid aan plaatselijke gebruiken en gewoonte was voor de Franse wetgever van 1804 reden om te verwijzen naar het onbepaalde begrip 'usages', omdat het onmogelijk was een algemene regel te formuleren die iedereen zou bevredigen. Zie hierover De Smidt 1954, p. xiii.

163 Ten aanzien van bestanddeelvorming merkt Gerbrandy (1957, p. 23) op: 'een andere maatstaf dan: "wat zou een normaal deskundig mens er van denken?" is nauwelijks te vinden.'

164 Zie m.b.t. bezit en houderschap bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 428: 'Deze artikelen regelen uit de aard der zaak de stof niet uitputtend (...)'.
165 Vergl. Hesselink 1999, p. 57.

bieden de mogelijkheid tot het vinden van een ‘passende’ of ‘juiste’ oplossing in het concrete geval, zonder dat een scherpe regel in de weg zit.¹⁶⁶ Barendrecht spreekt in dat verband over onbepaalde begrippen als ‘sluiproutes naar gerechtigheid’ en van een essentiële vrijheid om tot redelijke of billijke resultaten te komen.¹⁶⁷ De oorzaak van de roep om ‘maatwerk’ is volgens Barendrecht onder andere gelegen in onze individualistische maatschappij-opvatting.¹⁶⁸ Als andere mogelijke oorzaak kan genoemd worden de steeds verdergaande complexiteit en differentiëring van de maatschappij¹⁶⁹ en het schier oneindig aantal vragen dat in verband daarmee aan de rechter voorgelegd kan worden.

Keerzijde van de medaille is het gevaar voor *Einzelfallgerechtigkeit* en een woud aan uitspraken met daarin regels die slechts voor één geval geldend recht weergeven, waardoor het recht een minder goed samenhangend geheel wordt en slechter kenbaar is. Onder meer Nieuwenhuis noemt dit gevaar voor casuïstiek en *Einzelfallgerechtigkeit* een misverstand.¹⁷⁰

“‘Einzelfallgerechtigkeit’ bestaat niet. Hoe uniek het te berechten geval ook moge zijn, de uiteindelijke beslissing kan alleen maar rechtvaardig genoemd worden als zij herhaalbaar is in gevallen die niet wezenlijk verschillen.’

Daarmee wijst hij, net als Brunner, op het feit dat steeds het zoeken naar *de regel voor gevallen als het onderhavige* voorop zal – moeten – staan.¹⁷¹ Ook Leyten benadrukt dat *Einzelfallgerechtigkeit* zich niet verdraagt met het werken met algemene gezichtspunten binnen een genuanceerd systeem.¹⁷² Snijders wijst in dit verband terecht op het feit dat niet alleen de rechtvaardigheid van de beslissing in het geding is, maar ook de rechtszekerheid, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van het recht.¹⁷³ Het rechterlijk oordeel vergt een zekere ‘generaliseerbaarheid’ om recht te (kunnen) doen aan deze belangrijke beginselen.

Een groot voordeel van open normen en onbepaalde begrippen zoals de verkeersopvatting is dat zij ‘maatwerk’ mogelijk maken. Zij bieden de rechter de ruimte om rekening te houden met ‘alle omstandigheden van het concrete geval’.¹⁷⁴ De rechter zal daarbij steeds – moeten – zoeken naar een regel (of

166 Zie bijv. Bartels en Milo 2000, p. 2; Barendrecht 1992, p. 6-10. Hesselink (1999, p. 39), spreekt in dit verband – mijns inziens onterecht – van *Einzelfallgerechtigkeit*.

167 Barendrecht 1992, p. 6-7, 161. Vergl. Smith 1998, p. 179-182.

168 Barendrecht 1992, p. 9-10.

169 Wiarda/Koopmans 1999, p. 71-72.

170 Nieuwenhuis 2007a, p. 89. Zie ook Nieuwenhuis 2006, p. 81, waar hij *Einzelfallgerechtigkeit* zelfs een *contradictio in terminis* noemt.

171 Brunner 1988, p. 460.

172 Van Gerven en Leyten 1977, p. 39.

173 H.J. Snijders, ‘Vermogensrecht en rechtsoneenheid in verscheidenheid’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BWKJ 21, Deventer: Kluwer 2005, p. 4-6.

174 Van Schaick 2000, p. 89.

een uitzondering op de regel) die in vergelijkbare gevallen tot hetzelfde resultaat zal leiden.

2.4.3 Ruimte voor ontwikkelingen

Het veelvuldig gebruik van onbepaalde begrippen en open rechtsnormen leidt tot een groot aanpassingsvermogen van het civiele recht.¹⁷⁵ Het bieden van ruimte aan ontwikkelingen is een tweede reden voor het gebruik van open normen met onbepaalde begrippen.¹⁷⁶ Daarbij kan het zowel gaan om ontwikkelingen binnen het recht zelf als om ontwikkelingen binnen de maatschappij. Het is voor de wetgever onmogelijk om de ontwikkelingen binnen het recht en de maatschappij steeds op de voet te volgen. Vaak zijn die ontwikkelingen ten tijde van het wetgevingsproces niet (te) voorzien. Zo was ten tijde van de invoering van het BW in 1992 het fenomeen van de digitaal gesloten overeenkomst nog onbekend en was daarvoor dan ook geen regeling in de wet te vinden. Inmiddels is die regeling er wel (art. 6:227a-277c BW). Dit is een voorbeeld van een geval waarin de ontwikkeling in de maatschappij – de wens om ook digitaal te kunnen contracteren – gevolgd wordt door een ontwikkeling in het recht.

De maatschappij wordt in hoog tempo complexer en er wordt wel gezegd dat onze maatschappij juridiseert. Anderzijds vermaatschappelijkt echter het recht.¹⁷⁷ Onbepaalde begrippen maken die ‘vermaatschappelijking’ van het recht mogelijk, waardoor het recht de ontwikkelingen in die maatschappij kan volgen. Deze vermaatschappelijking is met name door de wetgever nagestreefd. De onbepaalde begrippen verwijzen uitdrukkelijk of impliciet en al dan niet met een morele connotatie, naar de positieve moraal, de gewoonte en de in de samenleving heersende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen.¹⁷⁸

De vele verwijzingen naar onbepaalde begrippen als de omstandigheden van het geval, de redelijkheid en billijkheid, gebruiken en gewoonten, de maatschappelijke zorgvuldigheid, de verkeersopvatting en de in Nederland levende rechtsovertuigingen, houden het recht kortom open en flexibel.¹⁷⁹

175 Hartkamp 1992, p. 29, merkt op dat de nieuwe wet van 1992 het de rechter mogelijk maakt om de spanning tussen de letter van de wet en het wenselijke resultaat eerlijk en openlijker tot uitdrukking te brengen. Reurich 2005, p. 174 spreekt in navolging van de t.a.p. genoemde Duitse auteurs van ‘levensvatbaarheid’ van het wetboek.

176 Vergl. Van Gerven en Leijten 1977, p. 21-22; Brunner 1996, p. 8: ‘Alleen zo is het gelukt om een wetboek te maken dat voldoende souplesse heeft om ook onder veranderende omstandigheden met veranderende inzichten omtrent wat rechtvaardig is, langere tijd bruikbaar te zijn.’; Rogmans 2007, nr. 1.

177 Zo ook: Heyman WPNR 1974, p. 474; Brunner 1988, p. 459; Asser-Vranken 2005, nr. 56; Smith 2007, p. 38-42.

178 Zie Brunner 1988, p. 456.

179 Barendrecht 1992, p. 160; Asser-Vranken 2005, nr. 56.

‘Het voordeel van het gebruik van algemene begrippen is, dat het wetboek niet te snel veroudert, omdat de reikwijdte van de gebruikte begrippen met de verandering van inzicht en behoefte kan evolueren.’¹⁸⁰

Op dit punt heeft de codificatie-operatie, die in 1992 werd afgerond, geen verandering gebracht. Die codificatie heeft niet de grondslagen van het burgerlijk recht willen veranderen en evenmin de verworven vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet willen inperken.¹⁸¹ Integendeel, er is wel beweerd dat de rechtsvormende taak van de rechter in het nieuwe wetboek is ‘meegecodificeerd’.¹⁸² Het aantal open normen en hun reikwijdte is onder het nieuwe BW uitgebreid.¹⁸³ De codificatie beoogde onder andere het ‘bij de tijd’ brengen van het wetboek door het codificeren van bestaand rechtersrecht – de geldende ongeschreven regels – met behoud van grote rechterlijke vrijheid ten opzichte van de wet.¹⁸⁴ Die wens om het geschreven recht meer in overeenstemming te brengen met het rechtersrecht en een nieuw ‘redelijk evenwicht tussen wettelijke regel en verwijzingen naar ongeschreven recht’ te bereiken,¹⁸⁵ kwam voort uit de wens tot behoud van de codificatiegedachte.¹⁸⁶ Die gedachte houdt in dat geschreven recht belangrijke voordelen kent boven ongeschreven recht, zoals een grotere eenvoud, samenhang en overzichtelijkheid, een betere kenbaarheid en daardoor meer rechtszekerheid en rechtseenheid.¹⁸⁷ De codificatie bood de mogelijkheid tot modernisering en systematisering van de gehele civielrechtelijk wetgeving en rechtspraak en het creëren van een helder begrippenapparaat.¹⁸⁸

De wetgever heeft bewust gebruik gemaakt van een verwijzing naar de verkeersopvatting op die plaatsen waarin ontwikkeling van het recht of van de opvattingen over behoren te verwachten viel. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de parlementaire geschiedenis bij de artikelen 6:76 en 6:77 BW. Op die plaats erkende de wetgever dat zich een rechtsontwikkeling aftekende op het gebied van de aansprakelijkheid voor gebruikte zaken en hij zag bewust af van het geven van een concretere wettelijke regel, omdat de richting van

180 Brunner 1988, p. 455. Hijmans 1938, wijst in dit verband op het statische karakter van de wet tegenover het dynamische karakter van wat hij ‘het Recht der Werkelijkheid’ noemt.

181 Zie hierover: Hartkamp 1992, p. 11 en 21-31 en de daarin genoemde vindplaatsen. Zo ook Vranken 1988, p. 686.

182 Zie Hartkamp 1992, p. 30 en de daar genoemde vindplaatsen.

183 Zie Hartkamp 2002, nr. 15 en de aldaar genoemde bronnen.

184 Zie Koopmans, Wiarda/Koopmans 1999, p. 120-121 en Hartkamp 2002, nr. 4 en de aldaar genoemde literatuur. Zie voorts Van der Grinten 1976, p. 555-556, die t.a.p. spreekt van het opheffen van de divergentie die was ontstaan tussen het geschreven recht en het recht der werkelijkheid en Van der Grinten 1983, p. 1236. Brunner 1988, p. 460 spreekt van het ‘vastleggen’ van de bestaande vrijheid bij de uitleg en toepassing van de wet.

185 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 27. Zie ook W. Snijders 1993, p. 1149-1150 en de door hem aangehaalde bronnen.

186 J. Drion 1961, p. 11-18; W. Snijders 1993, p. 1150; Hartkamp 2002, nr. 4.

187 Zie Van der Grinten 1983, p. 1236 en Hartkamp 2002, nr. 4.

188 Hartkamp 2002, nr. 4.

die ontwikkeling nog niet duidelijk was.¹⁸⁹ Binnen dit leerstuk was het duidelijk dat een (rechts)ontwikkeling gaande was, maar deze was nog niet voldoende uitgekristalliseerd om codificatie van een algemene regel mogelijk of wenselijk te maken. Het was kortom nog niet duidelijk tot welke algemene rechtsregels de ontwikkeling uiteindelijk zou leiden. De wetgever overwoog:¹⁹⁰

‘Tevens wordt aldus de weg voor een verdere ontwikkeling opengelaten. De ondergetekende geeft daaraan ook hierom de voorkeur, omdat hetgeen hier van geval tot geval behoort te gelden mede afhankelijk zal zijn van de maatschappelijke opvattingen, terwijl deze opvattingen thans in beweging zijn.’

Binnen het aansprakelijkheidsrecht, in de toelichting op de tekst van artikel 6:162 BW, is een soortgelijke overweging te vinden. Naast het streven om het onrechtmatige daadsrecht zoals dat zich in Nederland in rechtspraak en doctrine had ontwikkeld ‘vast te leggen’, overweegt de wetgever dat de nieuwe te ontwerpen bepalingen:¹⁹¹

‘voldoende steun en mogelijkheden bieden voor een toekomstige ontwikkeling van dit leerstuk, mede in verband met de zich steeds wijzigende maatschappelijke verhoudingen’.

Bij de nadere invulling van juridische begrippen kan hantering van de verkeersopvatting leiden tot een zekere *elasticiteit* van het recht, die rechtsontwikkeling mogelijk maakt. Deze elasticiteit was bijvoorbeeld reden om in het – later geschrapte – artikel betreffende de algemeenheid van goederen naar de verkeersopvatting te verwijzen.¹⁹²

Op andere plaatsen koos de wetgever er bewust voor om een onbepaald begrip op te nemen in de wet om de rechter ruimte te geven om rekening te houden met de technische ontwikkelingen op een bepaald punt. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:4 BW. Als reden voor het hanteren van de verkeersopvatting binnen het leerstuk van de bestanddeelvorming wordt daar het aanpassingsvermogen van dit onbepaalde begrip genoemd. De bezwaren tegen het gebruik van het onbepaalde en veranderlijke begrip verkeersopvatting werden gepasseerd.¹⁹³

‘(...) de “verkeersopvatting” (kan) inderdaad na verloop van kortere of langere tijd van inhoud wisselen. In verband met snelle technische ontwikkelingen is dit geen bezwaar, maar veeleer een belangrijk voordeel. Een te strakke maatstaf zou gedoemd zijn in korte tijd te verouderen en derhalve tot verstarring te leiden. Bij

189 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 270-272.

190 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 272.

191 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 604-605. Zie daarover Sieburgh 2000, p. 202.

192 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 101.

193 M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78.

een soepele maatstaf als de “verkeersopvatting” kan een dergelijke verstarring zich niet voordoen.’

De wetgever hanteert hier bewust de verkeersopvatting als een onbepaald begrip met aanpassingsvermogen, om verstarring van het recht te voorkomen en ruimte te geven aan aanpassing van dat recht aan (technische) ontwikkelingen.

Onbepaalde begrippen zoals de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke betamelijkheid zorgen voor aanpassing van het recht aan de in de maatschappij levende en zich ontwikkelende gedachten over (on)redelijk of (on-) rechtmatig gedrag. Zo zorgen onbepaalde begrippen voor een aansluiting van het recht op de maatschappelijke beleving en ontwikkelingen. Deze beleving en de ontwikkelingen kunnen worden verdisconteerd zonder dat het geschreven recht aanpassing behoeft. De verkeersopvatting ‘evolueert’ als gevolg van maatschappelijke veranderingen.¹⁹⁴

Een wijziging in de verkeersopvatting leidt moeiteloos en *zonder wetswijziging* tot wijziging van het recht.¹⁹⁵ Hantering van dit onbepaalde begrip voorkomt dan ook ‘verwronen constructies’ en het snel achterhaald zijn van scherpe(re) wettelijke regel.

Groot voordeel van de verkeersopvatting is, kortom, dat hantering van dit begrip leidt tot *soepel, elastisch recht*. De verwijzing naar het begrip doet recht aan de noodzaak om het recht te laten aansluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid en ontwikkelingen en verwijst de rechter daartoe naar opvattingen buiten de wet, in die maatschappij.

2.4.4 Andere oorzaken

Naast de diversiteit aan gevallen en de ruimte voor (rechts)ontwikkelingen worden ook wel andere, maatschappelijke en psychologische, ontwikkelingen genoemd als oorzaak van de toename van het gebruik van onbepaalde begrippen. Barendrecht zoekt de oorzaak vooral in de doctrine, waarin meer en meer bepleit werd dat de rechter dient te streven naar billijke oplossingen.¹⁹⁶ Houwing meende dat gemakzucht en een niet te verontschuldigen gemis aan voorstellingsvermogen van de wetgever mede aan het toenemende gebruik van onbepaalde begrippen en open normen ten grondslag lag.¹⁹⁷ Ook wordt de wens tot vermaatschappelijking van het recht wel als oorzaak van die toename genoemd.¹⁹⁸ Daarnaast heeft de opkomst van de sociale verzorgings-

194 Fikkers 1999, nr. 42; Wichers 2002, p. 34. De verkeersopvatting is ‘intrinsiek veranderlijk’, zie § 4.3.

195 Wichers 2002, p. 34.

196 Barendrecht 1992, p. 6.

197 Houwing 1947, p. 9.

198 Brunner 1988, p. 459; Wiarda/Koopmans 1999, p. 44; Smith 2007, p. 37.

staat geleid tot een toename van discretionaire bevoegdheden en klonk er een roep om 'nuance' en 'casuïstiek' en om rechtvaardige – billijke – beslissingen in het concrete individuele geval.¹⁹⁹ Deze ontwikkelingen hangen weer nauw samen met een zekere gewenning aan onzekerheid. In het recht is wellicht een tendens te ontwaren dat de rechtszekerheid niet een zo groot goed is dat daarvoor ieder ander belang moet wijken.²⁰⁰ Als voorbeeld kan genoemd worden de beslissing om de – harde – verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 2 BW buiten toepassing te laten op grond van overwegingen van redelijkheid en billijkheid.²⁰¹

Soms 'neemt' de rechter de ruimte om – anders – te beslissen, andere keren erkent de wetgever de noodzaak om rechtsbeslissingen toe te kunnen snijden op het concrete, individuele geval en laat hij aan de rechter de nodige ruimte. Hij doet dit door middel van het verlenen van discretionaire beslisruimte en door het gebruik van open normen en onbepaalde begrippen die nadere invulling behoeven, zoals de verkeersopvatting. De burgerlijke rechter is, op zijn beurt, zo langzamerhand gewend geraakt aan zijn grotere autonomie bij de rechtsvinding²⁰² en hanteert regelmatig catalogi van gezichtspunten of knoopt aan bij algemene rechtsbeginselen, grondrechten en internationale kenbronnen van recht of maakt gebruik van rechtsvergelijkende argumenten.

In het geval van rechtsvinding in concreto aan de hand van de verkeersopvatting beschikt de rechter steeds over een zekere mate van vrije beslisruimte. Deze vrije ruimte maakt het hem mogelijk om een adequate mouw te passen aan de diversiteit van mogelijke gevallen – die onmogelijk voorzienbaar was voor de wetgever – en daarbij rekening te houden met de ontwikkelingen in recht en maatschappij. De codificatie van het begrip verkeersopvatting in de wet sinds 1992 zorgt mijns inziens voor een duidelijkere verhouding tussen het geschreven en ongeschreven recht.²⁰³

2.5 TUSSENCONCLUSIE

Het recht moet aansluiten bij de maatschappij waarin het zijn taak vervult. Onze maatschappij is echter te ingewikkeld en gedifferentieerd om alles vast te leggen in scherpe regels die voor ieder mogelijk complex van feiten en

199 Zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 72-74 en Barendrecht 1992, p. 6-10.

200 Zo ook Wiarda/Koopmans 1999, p. 74-75; Barendrecht 1992, p. 66 schrijft zelfs: 'wie het opneemt voor de rechtszekerheid, roeit tegen de stroom in'.

201 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder NJ 2000, 431 (*Van Hese/De Schelde*).

202 Dit 'zich vrijmaken van het geschreven materiële recht' is een ontwikkeling die door Houwing reeds in 1947 wordt beschreven: Houwing 1947, p. 11.

203 Zie over die wisselwerking tussen geschreven en ongeschreven recht nader § 7.2.

omstandigheden een billijke oplossing bieden.²⁰⁴ Juristen moeten met het oog op de rechtszekerheid blijven zoeken naar en zich laten leiden door de – algemene – regel.²⁰⁵ Tegelijkertijd bestaat de noodzaak om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Open normen en onbepaalde begrippen zoals de verkeersopvatting maken het mogelijk om rekening te houden met de diversiteit aan mogelijke gevallen en met ontwikkelingen in de maatschappij in de breedste zin des woords.²⁰⁶

‘De wet kan niet zonder open normen, heeft dat nooit gekund en zal het ook in de toekomst niet kunnen.’²⁰⁷

Het begrip ‘open normen’ is helaas dubbelzinnig, omdat daarmee heel verschillende dingen kunnen worden aangeduid. De verkeersopvatting is een onbepaald begrip dat voorkomt in wettelijke normen die door mij met ‘open’ worden aangeduid. Het begrip *open norm* wordt door mij gehanteerd voor rechtsnormen die één of meer – in meer of mindere mate – onbepaalde begrippen bevatten. De verkeersopvatting is zo’n onbepaald begrip dat steeds nadere invulling en concretisering behoeft. Het begrip verwijst echter niet, zoals veel andere onbepaalde begrippen, naar gedragsnormen. Onbepaalde begrippen als de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke betamelijkheid, die wel naar gedragsnormen verwijzen, worden door mij aangeduid als *vage normen*, omdat dit laatste begrip vooral met gedrag wordt geassocieerd.

2.6 NADELEN VAN HET GEBRUIK VAN DE VERKEERSOPVATTING

Hiervoor besprak ik de noodzaak en de voordelen van het gebruik van onbepaalde begrippen en open normen. Aan het gebruik van open normen zijn uiteraard ook nadelen verbonden. Door Wiarda werden reeds genoemd: het gevaar voor willekeur en rechtsonzekerheid (ook wel casuïstische rechtstoepassing²⁰⁸) waardoor uitspraken minder goed voorspelbaar zijn, het feit dat de rechter slecht is uitgerust voor een taak als wetgever-plaatsvervanger, gebrek

204 Overigens zijn ook de scherpste regels voor sommige groepen van gevallen soms onduidelijk. Ook bij scherpe regels ontkomt men niet aan interpretatie. Zie Houwing 1947, p. 5-6; Asser-Scholten 1974, p. 37 en Smith 2007, p. 31-32.

205 Asser-Scholten 1974, p. 123; Brunner 1988, p. 460.

206 Barendrecht (1992, p. 6-7), noemt deze voordelen van het werken met open normen in het algemeen. Zo ook Hesselink 1999, p. 39-41.

207 Brunner 1988, p. 460; Vergl. Brunner 1996, p. 7-8; Van den Brink 2002, p. 171 en Rogmans 2007, nr. 1.

208 Hartkamp 1992, p. 27. Zie hierover reeds Houwing 1947; Stein 1969 wijst op de gevaren van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid; zo ook Smith 1998, p. 4-6.

aan legitimatie voor deze wijze van rechtsvorming, en het gevaar om verstrikt te raken in belangentegenstellingen.²⁰⁹

Volgens Cliteur geven onbepaalde begrippen als ‘redelijke toerekening’, ‘goede zeden’ en ‘zorgvuldigheid’ *geen criteria*, maar zijn het ‘vrijbrieven voor de rechter om het werk van de wetgever naar bevind van zaken aan te vullen’.²¹⁰ Ook Barendrecht is van open normen niet zeer gecharmeerd.²¹¹ Naast de al genoemde bezwaren, zoals de grotere rechtsonzekerheid, onvoorspelbaarheid en het gebrek aan democratische legitimatie, meent hij dat het gebruik van open normen ten koste gaat van de rechtsontwikkeling, dat ‘kennis over rechtvaardigheid’ niet op efficiënte wijze wordt gebruikt, dat open normen leiden tot een inefficiënte conflictoplossing, dat de motivering van beslissingen genomen aan de hand van open normen vaak te wensen overlaat, dat open normen niet in staat zijn het gedrag van mensen te beïnvloeden en dat zij een gevaar vormen voor de rechtsgelijkheid.²¹² Ten aanzien van de verkeersopvatting kan, naast de genoemde bezwaren, nog worden aangevoerd de ingewikkelde en vooralsnog onduidelijke verhouding tussen de – ongeschreven – verkeersopvattingen en het systeem van geschreven regels.

Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten om alle nadelen die – volgens de verschillende critici – kleven aan het gebruik van open normen uitputtend te behandelen.²¹³ Zoals gezegd concentreer ik mij in het kader van dit onderzoek naar de verkeersopvatting, op de verhouding tussen *recht* en *maatschappij*²¹⁴ en op – het vinden van – de inhoud van de verkeersopvatting die op een bepaald moment in een bepaalde maatschappij geldt. De staatsrechtelijke positie van de rechter valt buiten het bestek van dit proefschrift.²¹⁵ Bezwaren als het dreigende gebrek aan democratische legitimatie en het gevaar van belangenverstrengeling of het gevaar voor de onafhankelijkheid van de rechter blijven om die reden onbesproken.

Ik bespreek kort de inhoudelijke kritiek van Barendrecht op het gebruik van open normen (§ 2.6.1) en concentreer mij vervolgens op de specifieke

209 Wiarda/Koopmans 1999, p. 77-82. Zie voor bronvermeldingen van Duitse literatuur over voor- en nadelen van het gebruik van *Generalklauseln*, Röthel 2004, p. 29-30.

210 Cliteur 2006, p. 38.

211 Barendrecht 1992, p. 66-77. Zie over de bezwaren tegen open normen en de weerlegging van die bezwaren ook Hesselink 1999, p. 41-42 en de bijdrage van R.S. Meijer, ‘Een gerechtvaardigde verrijking’, in: *Fait accompli, wordt het NBW een rustig bezit?* (Red. H. Cohen Jehoram e.a.) Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 27.

212 Barendrecht 1992, p. 71-77.

213 Zie bijv. over kritiek op het gebruik van open normen en in het bijzonder de ‘redelijkheid en billijkheid’ (en haar corrigerende functie), Hesselink 1999, p. 41-42 en de aldaar genoemde auteurs.

214 Zie § 2.2.5.

215 Zie daarover bijv. Jaspers 1980; Wiarda/Koopmans 1999, p. 79-81 en daar genoemde literatuur; Barendrecht 1992, p. 68-71 en 241 e.v. en door hem genoemde bronnen; Asser-Vranken 1995, nr. 74-80.

kritiek die in het verleden wel is geuit ten aanzien van hantering van het onbepaalde begrip verkeersopvatting (§ 2.6.2).

2.6.1 De kritiek van Barendrecht

Het is vooral Barendrecht geweest die inhoudelijke kritiek heeft geuit op het gebruik van open normen. Aan die kritiek ligt de premisse ten grondslag dat geschreven rechtsnormen, en dan met name scherpe normen, ‘theorieën zijn over rechtvaardigheid’, die net als andere wetenschappelijke theorieën gefalsificeerd kunnen worden.²¹⁶ Open normen bieden geen mogelijkheid voor potentiële falsificaties en bieden daarom, volgens Barendrecht, geen informatie over rechtvaardigheid.²¹⁷ Aangezien alleen de falsificatie van rechtsnormen (de ‘theorieën over rechtvaardigheid’) volgens Barendrecht tot rechtsontwikkeling kan leiden is zijn – logische – conclusie dat hantering van open normen de rechtsontwikkeling doet stokken.

Ik onderschrijf de premissen die aan de theorie van Barendrecht ten grondslag liggen niet.²¹⁸ Recht is niet alleen recht omdat het bestaat uit een verzameling van de ‘meest rechtvaardige regels’. Recht heeft daarnaast een belangrijke, puur instrumentele (ordenende) functie. Houwing verwoordt dat treffend:²¹⁹

‘Recht is regeling veel meer dan een billijke regeling, het ontstaat uit behoefte aan regeling en niet zozeer uit behoefte aan een billijke regeling.’

Het recht is een middel om een bepaald doel te bereiken of te benaderen,²²⁰ geen doel op zich. Hoe belangrijk en nastrevenswaardig het bereiken van rechtvaardigheid ook moge zijn, het is een *doel* dat niet kan worden vereenzelvigd met het *middel*. Rechtvaardigheid kan vaak worden bereikt via verschillen-

216 Barendrecht 1992, p. 17-43. Hij ‘transplanteert’ in dit hoofdstuk de wetenschapstheorie zoals ontwikkeld door de filosoof Popper naar het recht. Zeer kort gezegd gaat deze theorie er vanuit dat vooruitgang in de wetenschap met name wordt geboekt door *falsificatie van hypothesen*.

217 Barendrecht 1992, p. 52-54.

218 Daarin sta ik niet alleen. Zie bijv. Hesselink 1993, p. 725-732; W. Snijders 1993, p. 1149-1151; Smits 1995, p. 63-66 en Reurich 2005, p. 43.

219 Houwing 1947, p. 16. Zo ook: Van Schilfgaarde 2000, p. 229: ‘Het recht zoals wij dat kennen, is in de eerste plaats maatschappelijke ordening. Niet de rechtvaardigheid maar de verdeling van rechten en plichten op zodanige wijze dat de maatschappij redelijk functioneert en beheersbaar blijft, staat voorop.’ Vranken wijst in dit verband op het belang van ‘overwegingen van rechtzekerheid, doelmatigheid, hanteerbaarheid en praktikabiliteit’, die vaak even belangrijk, zo niet belangrijker, zijn dan het rechtvaardigheidspostulaat, zie: Asser-Vranken 1995, nr. 103.

220 Vergl. W. Snijders 1993, p. 1151: ‘De nadruk ligt hier op de rechtvaardigheid van de beslissing, niet op die van de regel’. Zie ook: Nieuwenhuis 2006, *Waartoe is het recht op aarde?*, p. 2. Vergl. Van Schilfgaarde 2000, p. 228 r.k. en Smith 1998, p. 174.

de wegen, nu linksom dan rechtsom, en *wordt* in verschillende maatschappijen ook bereikt via verschillende wegen. In België is het juridische begrip verkeersopvatting onbekend. Kennelijk bewandelen onze zuiderburen andere wegen om geschillen op te lossen waarvoor wij trachten een rechtvaardige oplossing te vinden met behulp van de verkeersopvatting. Maakt dit de Belgische rechtsnormen onrechtvaardiger of rechtvaardiger dan de Nederlandse? Mijns inziens kan daarover geen enkele zinnige uitspraak worden gedaan. De weg naar een oplossing is anders, maar niet per definitie beter of slechter.

Een tweede kenmerk van rechtsnormen is mijns inziens bovendien dat zij niet alleen leiden tot het vinden van oplossingen voor geschillen in geval van *falsificatie* maar juist ook door *verificatie*. Juristen werken veelal juist met vereisten of voorwaarden voor het intreden van rechtsgevolgen. Indien voldaan is aan de voorwaarden (geldige titel, beschikkingsbevoegdheid, levering) treedt een rechtsgevolg in (geldige eigendomsoverdracht). Indien aan één van de voorwaarden niet is voldaan (ontbreken van causaal verband tussen fout en schade), treedt juist geen rechtsgevolg in (geen aansprakelijkheid). Zowel de positieve als de negatieve resultaten kunnen als *rechtvaardig* worden betiteld. Volgens Smits is de theorie van falsificatie van rechtsregels bovendien onwenselijk en onbruikbaar omdat het ontwerpen van een nieuwe regel voor een specifiek geval *niet* betekent dat de – onder dezelfde open norm – eerder geformuleerde regels *voor andere gevallen* hun gelding verliezen.²²¹ Ook met dat argument ben ik het van harte eens. Het gebruik van rechtsnormen in de rechtspraktijk is kortom niet goed vergelijkbaar met de falsificatie van wetenschappelijke theorieën.²²²

Doordat ik de premissen van Barendrecht niet onderschrijf kom ik niet zondermeer tot de conclusie dat het gebruik van open normen de rechtsontwikkeling doet stokken en dat ‘kennis over rechtvaardigheid’ daardoor op inefficiënte wijze wordt gebruikt. Anders dan Barendrecht ben ik van mening dat het ook bij hantering van open normen mogelijk is te zoeken naar objectieve of intersubjectieve aanknopingspunten ter concretisering van bijvoorbeeld de verkeersopvatting in het specifieke geval. Juist onder de vlag van de open norm kan naar mijn mening een netwerk van bruikbare – scherpere – subregels en vuistregels ontwikkeld worden, dat recht doet aan de diversiteit van gevallen en ruimte biedt aan ontwikkelingen. De rechtsontwikkeling, of beter gezegd *rechtsverfijning*, wordt door een correct gebruik van open normen, mijns inziens juist bevorderd.²²³ Wel ben ik het met Barendrecht eens dat de motivering

221 Smits 1995, p. 65. Vergl. W. Snijders 1993, p. 1151.

222 Vergl. W. Snijders 1993, p. 1151. Wat ik hier niet verder uitwerk is de vraag in hoeverre falsificatie mogelijk is van regels waaraan men *per definitie niet gebonden is*. Barendrecht bepleit immers het loslaten van de binding aan de wet c.q. het recht (Barendrecht 1992, p. 38, 258, 271-272).

223 Zo ook Hesselink 1993, p. 730. W. Snijders (1993, p. 1150-1151) spreekt van een – moeizaam – proces van ‘aanscherping van normen’.

van beslissingen genomen aan de hand van open normen vaak te wensen overlaat en weinig inzicht geeft in het rechtsvindingsproces van de rechter.²²⁴

Het voert te ver om de kritiek van Barendrecht hier uitgebreider te bespreken. In § 7.2 ga ik nader in op de wisselwerking tussen het geschreven en ongeschreven recht en de methoden van rechtsvinding die bij hantering van de verkeersopvatting dienst kunnen doen. Daarbij kom ik verschillende keren terug op de door Barendrecht geuite kritiek. In § 7.2.1 kom ik terug op de vraag of open normen de rechtsontwikkeling doen stokken. In § 7.2.2.4 bespreek ik het gedragsnormerende effect van beslissingsregels en in § 7.6.5 bestrijd ik Barendrechts stellingen omtrent de onbruikbaarheid van de vergelijkingsmethode(n) als methode van rechtsvinding bij de hantering van open normen. Ten slotte ga ik in dat hoofdstuk in op de terecht door Barendrecht benadrukte noodzaak om beslissingen inzichtelijk te motiveren § 7.9.

2.6.2 De verkeersopvatting: machtswoord, stoplap, dooddoener?

De bezwaren die zijn geuit tegen hantering van het begrip verkeersopvatting zijn tweeledig. Enerzijds wordt de verkeersopvatting getypeerd als vaag, ongrijpbaar, ondefinieerbaar en weinig soelaas biedend,²²⁵ anderzijds wordt zij wel een machtswoord, een stoplap of een dooddoener genoemd.²²⁶ Beide diskwalificaties hebben direct met elkaar te maken.

Het begrip verkeersopvatting *lijkt* te verwijzen naar feitelijk bestaande, concrete opvattingen die voor kant en klare toepassing door de rechter gereed liggen. Sommige auteurs menen dat zij steeds een feitelijk gegeven is.²²⁷ Anderen zijn echter van mening dat de verkeersopvatting niet (steeds) bestaat, een loze norm of leeg criterium is, of dat onduidelijk is waar en hoe zij gevon-

224 Vergl. over de motiveringsproblematiek Asser-Veegens 2005, nr. 101 en 189.

225 Zie bijv. J. Drion in zijn noot onder HR 11 december 1954, *NJ* 1954, 115 (*Stafmateriaal*); Houwing 1962, p. 427; Wery 1964, p. 29; Stein 1969, p. 334; Beekhuis 1972, p. 18; Van der Grinten 1971, p. 520; Heyman 1974, p. 471; Kortmann AA 1983, p. 327-328; Rogmans 1987, p. 143-144; Hendriks 1993, p. 63-64; Beuving 1997, p. 67; Ploeger 1997, nr. 30 en de aldaar genoemde literatuur; Bloembergen in zijn noot sub 4 onder HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*); Rogmans 2007, nr. 18. Interessant is in dit verband de uitspraak van Rb. Amsterdam 28 maart 1979, *NJ* 1980, 223 (*Hollandia Non-Ferro/Nederlandse Credietbank*), waarin de rechtbank het criterium van de verkeersopvatting 'te vaag' noemt en het daarom niet hanteert.

226 Beekhuis (1972, p. 18) spreekt van een 'dooddoener' zolang de inhoud van de verkeersopvatting niet nader wordt gesubstantieerd; De Jong (1994, p. 201 en 207) spreekt van een 'loze norm'; Abas (1998, p. 87) noemt de verkeersopvatting een 'machtswoord'. Meer in het algemeen over vage normen die verworden tot dooddoener: Nieuwenhuis 2007a, p. 83. In verband met een andere open norm, de redelijkheid en billijkheid, spreekt Hesselink (1999, p. 410) van een 'schaamlap' en 'dekmantel' voor rechtsvorming. Rogmans 2007, nr. 18 en 25, spreekt over een 'kapstokfunctie' en een 'toverformule'.

227 Zie hierover § 3.3.4.1.

den moet worden.²²⁸ Sommige auteurs menen dat tegenstrijdige verkeersopvattingen kunnen bestaan.²²⁹ Wichers noemt de verwijzing naar de verkeersopvatting ‘problematisch’ wanneer zich in de praktijk geen duidelijke verkeersopvatting aftekent.²³⁰

In mijn optiek is de verkeersopvatting een hybride begrip. De éne keer verwijst het begrip naar een evidente en onmiddellijk kenbare bestaande verkeersopvatting, de andere keer moet zij eerst ‘gevonden’ (geconcretiseerd) moet worden, dan weer verwijst ze naar ‘reeds gevonden’ verkeersopvattingen.²³¹ Zeker is dat de verkeersopvatting niet steeds een evident en onmiddellijk kenbaar feitelijk gegeven is, anders dan het begrip overigens zelf doet vermoeden. Degenen die dit onderkennen zullen de verkeersopvatting vaag, ongrijpbaar, niet (steeds) bestaand en ondefinieerbaar noemen.

Het niet steeds evidente en onmiddellijk kenbare karakter van de verkeersopvatting leidt tot de tweede complicatie, te weten de neiging van de rechter om bij rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting ten prooi te vallen aan ‘de verlokking van het apodictisch syllogisme’.²³² De verkeersopvatting wordt in dat geval, zonder nadere uitleg of onderbouwing, genoemd als enige motivering van de door de rechter genomen beslissing. De rechter poneert als het ware een verkeersopvatting als ‘onmiddellijk evidente waarheid’, waarbij de beslissing tevens de motivering is van die beslissing, zonder dat de verkeersopvatting een ‘vindplaats voor argumenten’ is.²³³ In die gevallen wordt het verwijt gemaakt dat de verkeersopvatting een stoplap, een dooddoener of een machtsspreuk is, die niet geëxpliciteerd wordt.²³⁴

Volgens Van Schaick leidt hantering door de rechter van de verkeersopvatting met name in het verbintenissenrecht tot uitspraken ‘uitsluitend op basis

228 Zie J. Drion in zijn nooit onder HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (*Stafmateriaal*), p. 232; Gerbrandy 1957, p. 23; Houwing 1962, p. 427; Wery 1964, p. 29; Stein 1969, p. 313 en 334; Van der Grinten 1971, p. 520; De Jong 1994, p. 201-204, zij spreekt van een ‘loze norm’; Rossel 1994, p. 343; Ploeger 1997, nr. 32; Bloembergen in zijn noot sub 4 onder HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*) heeft het over ‘lippendienst bewijzen aan de term verkeersopvattingen’; Sieburgh 2000, p. 205-207; Rogmans (2007, nr. 18 en 25) spreekt van een ‘kapstokfunctie’ en een ‘toverformule’.

229 Zie J. Drion, noot onder HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (*Stafmateriaal*), p. 232; Brahn 1970, p. 175; Hendriks 1993, p. 63; Ploeger 1997, nr. 30-32; Sieburgh 2000, p. 205-206.

230 Wichers 2002, p. 34; Wichers 2008, p. 71.

231 Zie over deze verschillende verschijningsvormen § 3.5.

232 De terminologie komt uit Nieuwenhuis 2007a, p. 83.

233 Nieuwenhuis 2007a, p. 82-83.

234 Met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid uitte Hesselink (1999, p. 410) vergelijkbare kritiek. Hij betoogt dat deze volgens hem ‘volledig open norm’, geen norm meer is maar slechts een ‘schaamlap’ of ‘dekmantel’ voor rechtsvorming. Idem over dit gevaar bij de hantering van gewoonterecht en redelijkheid en billijkheid: Algra 1992, p. 40, voetnoot 102.

van hun eigen billijkheidsoordeel'.²³⁵ Hij noemt in dat verband het arrest in de zaak Spruijt/Tigchelaar²³⁶ als:

'afschrikwekkend voorbeeld van een uitspraak waarin de toepassing van een open norm tot een onaanvaardbare uitspraak leidt.'

Van Schaick gruwet van dergelijke, wat hij noemt, 'politieke beslissingen' en meent dat de verkeersopvatting in het goederenrecht een 'technische norm' moet blijven en geen 'verkeerd excuus om van duidelijke regels af te wijken'.²³⁷ Ook advocaten hanteren de verkeersopvatting overigens graag op apodictische wijze. Een bevriende advocaat zij ooit tegen me:²³⁸

'Als je niets anders kunt verzinnen om je standpunt te onderbouwen dan beroep je je op de verkeersopvatting'.

Wat de wetgever met zijn verwijzing naar de verkeersopvatting precies voor ogen heeft gestaan is niet duidelijk. Rogmans en Rossel merken terecht op dat noch in de wet noch in de parlementaire geschiedenis een omschrijving wordt gegeven van het begrip.²³⁹ Bij de verschillende wetsartikelen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen is vaak onduidelijk wat de wetgever daarbij voor ogen staat en hoe de rechter zich op de hoogte moet stellen van het bestaan en de inhoud van een verkeersopvatting. Over het begrip heeft geen noemenswaardige discussie plaatsgevonden anders dan in het kader van artikel 3:4 BW.²⁴⁰ Deze discussie ziet vooral op de destijds reeds enigszins uitgekristalliseerde problematiek rondom bestanddeelvorming en geeft weinig uitsluitsel ten aanzien van andere – veel minder uitgekristalliseerde – leerstukken. Volstrekt onbesproken gebleven is in de parlementaire geschiedenis bovendien de verhouding tussen de verkeersopvatting en het systeem van het geschreven recht.

De genoemde bezwaren tegen het gebruik van de verkeersopvatting, worden mijns inziens veroorzaakt door het feit dat de verkeersopvatting verwijst niet altijd even goed kenbaar is. Ik bespreek dit kenbaarheidsprobleem hierna als eerste (§ 2.6.2.1). Naast het kenbaarheidsprobleem, speelt het probleem van de geldingskracht. Waarom zijn wij aan de verkeersopvatting gebonden? En vooral, wanneer zijn wij daaraan gebonden? Deze vragen zijn onderwerp van bespreking in § 2.6.2.2. Ten slotte speelt ten aanzien van de

235 Van Schaick 2000, p. 89.

236 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69. Het arrest is om dezelfde reden zeer kritisch besproken door Abas, NTBR 1998/3, p. 85-87.

237 Van Schaick 2000, p. 90.

238 Het betrof mijn voormalige baas, cassatie-advocaat mr. E. Grabandt.

239 Rogmans 1987, p. 143; Rossel 1994, p. 355. Zie ook Sieburgh 2000, p. 199-202.

240 Parl. Gesch. Boek 3, p. 76-78.

verkeersopvatting nog de specifieke vraag hoe zij zich verhoudt tot het geschreven recht (§ 2.6.2.3).

De drie hier gesignaleerde problemen zijn niet exclusief verbonden aan het gebruik van verkeersopvattingen, maar gelden – in meer of mindere mate – ook voor andere open normen en onbepaalde begrippen. Ik bespreek de problemen echter zoveel mogelijk met het oog op de verkeersopvatting.

2.6.2.1 *Het probleem van de gebrekkige kenbaarheid*

Gebrekkige kenbaarheid van het recht kan leiden tot rechtsonzekerheid *i)*. De gebrekkige kenbaarheid van verkeersopvattingen hangt samen het feit dat dit begrip in rechte met name een rol speelt in twijfelgevallen *ii)* en heeft soms tot gevolg dat uitspraken aan de hand van de verkeersopvatting gebrekkig worden gemotiveerd *iii)*.

i) Rechtsonzekerheid

Als belangrijkste nadeel van open normen wordt vaak de dreigende rechtsonzekerheid genoemd. Deze – potentiële – rechtsonzekerheid vloeit voort uit het minder goed kenbaar zijn van het recht en daardoor de minder goede voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen.²⁴¹ Deze grotere rechtsonzekerheid zou gevaar voor willekeur of rechtsongelijkheid opleveren. Illustratief voor deze problematiek in het kader van de verkeersopvatting zijn bijvoorbeeld twee rechterlijke beslissingen over de vraag of bowlingbanen al dan niet bestanddeel zijn van het gebouw waarin zij zich bevinden. Het éne hof besliste in een concreet geval dat de bowlingbaan bestanddeel van het gebouw is,²⁴² het andere hof komt – kennelijk op grond van hetzelfde criterium – tot de tegenovergestelde conclusie.²⁴³ De rechtsregel in deze concrete gevallen dient door de rechter of burger eerst ‘herleid’ te worden aan de hand van de verkeersopvatting. De twee feitelijke rechters komen daarbij tot een tegengestelde conclusie ten aanzien van de inhoud van die verkeersopvatting en tot tegengestelde beslissingen.²⁴⁴

Laat ik voor het gemak de verkeersopvatting eens vergelijken met ‘ongeschreven recht’, dat vaak aan vergelijkbare kenbaarheidsproblemen lijdt, zonder hier de vraag te beantwoorden *of* de verkeersopvatting ‘recht’ inhoudt.²⁴⁵ Het ongeschreven recht is voor de burger – en ook voor de jurist – lastiger kenbaar dan het geschreven recht. Wil het ongeschreven recht de kwalificatie

241 Brunner 1988, p. 459-460; Nieuwenhuis 2007a, p. 7-9; Zie over de spanning tussen ‘vrije rechtsvinding’ en rechtszekerheid voorts bijv. Stein 1969, p. 314; Wiarda/Koopmans 1999, p. 37, de daar genoemde bronnen, en de rede van Houwing uit 1947.

242 Hof Den Bosch 18 januari 1983, NJ 1984, 13.

243 Hof Den Haag 1 juli 1993, NJ 1997, 211. Zie over deze beide arresten ook Hendriks 1993.

244 Vergl. Fikkers 1999, nr. 42. Zij noemt als voorbeeld verschillende oordelen over de vraag of boilers en geisers bestanddeel zijn van een gebouw.

245 Die vraag komt aan de orde in het volgende hoofdstuk.

recht verdienen dan moet het volgens Nieuwenhuis voldoen aan twee voorwaarden:²⁴⁶

‘Het dient aan te geven welke van twee tegengestelde beslissingen de juiste is en het moet toegankelijk zijn voor hen op wie het van toepassing is.’

Verkeersopvattingen kunnen in deze optiek slechts dan van nut zijn voor het recht, voor zover zij een *duidelijke oplossing* bieden en *kenbaar* zijn.²⁴⁷ Voor de onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvattingen geldt zonder twijfel dat zij een duidelijke oplossing bieden in geschilsituaties en kenbaar zijn. De opvatting dat de onroerende zaak ‘hoofdzaak’ is ten opzichte van de nagetrokken roerende zaak en niet andersom (een roerende zaak trekt immers nooit een onroerende zaak na), biedt een duidelijke oplossing in geschilsituaties, is algemeen geaccepteerd en daarmee voor iedereen kenbaar.

Hoe zit het echter met de niet onmiddellijk evidente verkeersopvatting, zoals bijvoorbeeld de verkeersopvatting die gevonden moet worden in ingewikkelde juridisch-technische kwesties?²⁴⁸ En hoe zit het indien de evidente verkeersopvatting onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen verandert en daardoor niet meer onmiddellijk evident en kenbaar is? Rechtsonzekerheid ontstaat vooral ten gevolge van veranderlijk ongeschreven recht, of wisselende uitkomsten in geschillen; bij ‘levend recht’. Dit komt ondermeer omdat bij verandering van bijvoorbeeld de verkeersopvatting of de gewoonte overgangsbepalingen ontbreken.²⁴⁹ Met betrekking tot veranderlijk en niet onmiddellijk evidente recht en veranderlijke verkeersopvattingen bestaat een kenbaarheidsprobleem. Hoe komen wij achter de inhoud van de verkeersopvatting? Hoe is zij kenbaar?

Volgens Haazen is de verkeersopvatting een rechtsnorm, zij het een ‘onvolmaakte vorm van recht’.²⁵⁰ Van een volmaakte rechtsnorm is in zijn ogen sprake indien wordt voldaan aan een dubbele grondslag: de norm moet door de rechter erkend zijn (het formele element) *én* de reeds bestaande maatschappelijke opvattingen registreren (het inhoudelijke element).²⁵¹ Over de *kenbaarheid* van verkeersopvattingen en andere maatschappelijke opvattingen zegt Haazen het volgende:²⁵²

²⁴⁶ Nieuwenhuis 2007a, p. 7-8.

²⁴⁷ Volgens Van Gerven en Leijten 1977, p. 17-18 is sprake van een doelmatige regel indien deze algemeen van aard is, gemakkelijk vast te stellen is (hetgeen veronderstelt dat de regel precies en openbaar is), consistent is met andere regels en zo permanent als de veranderende werkelijkheid toelaat.

²⁴⁸ Zie § 3.5.2.

²⁴⁹ De Smidt 1954, p. xxxvii. Vergl. over deze problematiek (weliswaar vanuit een geheel ander gezichtspunt) Haazen 2001, hoofdstuk XII, Dwaling omtrent het ongeschreven recht.

²⁵⁰ Haazen 2001, p. 252-255. Zie voor een bespreking van zijn argumenten nader § 3.3.4.3.

²⁵¹ Vergl. Reurich 2005, p. 95.

²⁵² Haazen 2001, p. 255-256. Zie ook a.w. p. 652-653.

‘De rechter geve, als het erop aankomt, de voorkeur aan de norm die overeenstemt met zijn inschatting van de nieuwe opvattingen waardoor de samenleving zich laat leiden. Hij dient dit te doen, omdat hij als politieke macht democratische legitimatie nodig heeft én omdat dit de enige manier is, waarop het recht kan voldoen aan de vereiste kenbaarheid die in de rechtsidee noodzakelijkerwijs besloten ligt. Alleen voorzover de in de rechtspraak erkende normen in het maatschappelijk verkeer aanvaard worden, kan verklaard worden dat voor justiciabelen het ongeschreven recht kenbaar is zonder eerst Rechten te moeten studeren.

Mijns inziens is dit de enige manier waarop verklaard kan worden dat het ongeschreven recht *grosso modo* kenbaar is (het ideaalbeeld van het idealisme), dat rechtspraak over het algemeen als redelijk wordt ervaren en niet onvoorspelbaar is – hoe weinig officiële, in wet en rechtspraak erkende, rechtsregels ook met bepaaldheid en zekerheid tot een specifieke oplossing nopen (de realiteit van het realisme). Dat maatschappelijke opvattingen deel uitmaken van het begrip ongeschreven recht, dat zij de inhoud van de ongeschreven rechtsnormen mede bepalen én kenbaar zijn, kan verklaren waarom vertrouwen op rechtspraak niet steeds bescherming verdient, namelijk niet wanneer die rechtspraak verouderd is (dat wil tenslotte niets anders zeggen dan dat deze door de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen achterhaald is).’

Volgens Haazen is ongeschreven recht *kenbaar* omdat uitspraken van de rechter ‘maatschappelijk aanvaard worden’ en omdat rechtspraak ‘over het algemeen als redelijk wordt ervaren en niet onvoorspelbaar is’. Elders heet het dat de rechter ‘expliciet maakt’ wat reeds tevoren kenbaar was en zijn maatschappelijke opvattingen kenbaar *omdat* ‘het de opvattingen zijn die in het maatschappelijk verkeer gelden’.²⁵³ Haazen leidt de kenbaarheid van het – in eerste instantie impliciete – ongeschreven recht mede af uit de kenbaarheid van – voorspelbaar geachte – rechterlijke uitspraken. Daarmee zit hij mijns inziens vast in een cirkelredenering en laat hij het ‘formele element’ (rechtspraak als erkende rechtsbron) uiteindelijk de doorslag geven.²⁵⁴ Zijn redenering geeft geen antwoord op de vraag *waarom* rechterlijke uitspraken voorspelbaar zijn. De rechter moet volgens hem die normen honoreren die ‘in het maatschappelijk verkeer aanvaard worden’ (het inhoudelijke element), maar Haazen geeft niet aan *hoe* die normen voor de rechter kenbaar zijn.²⁵⁵ In de maatschappij wor-

253 Haazen 2001, p. 246. De opmerking dat maatschappelijke opvattingen kenbaar zijn *omdat* het maatschappelijke opvattingen zijn, lijkt mij een tautologie. Die redenering gaat in ieder geval niet op voor niet onmiddellijk evidente (verkeers)opvattingen. Ook de opmerking t.a.p. dat de justiciabele zijn normen ‘zelf maakt’ komt mij, gelet op de complexiteit van de samenleving, niet voor alle gevallen juist voor.

254 Haazen haalt hier n.m.m. bovendien kenbaarheid en geldingskracht door elkaar. Die twee zijn weliswaar nauw verwant, maar niet identiek.

255 Elders geeft hij wel een voorzet (zie Haazen 2001, p. 378-379), waarbij hij vooral verwijst naar feitelijke stukken (publicaties, verklaringen, statistieken etc.) en bijv. tuchtrechtelijke uitspraken.

den volgens hem juist de door de rechter ‘vastgestelde’ normen aanvaard.²⁵⁶ Wat is nu eerder, kenbaarheid van de verkeersopvatting of receptie van die buitenwettelijke opvatting door de rechter?

Volgens Reurich, die zich in dit verband onder andere heeft gebogen over de in Nederland levende rechtsovertuigingen, verloopt de ‘articulatie’ van onuitgesproken normen in twee fasen.²⁵⁷ Allereerst moet de vraag worden beantwoord of in de betrokken kring van personen een *normatieve verwachting* bestaat en vervolgens of die verwachting ook *civielrechtelijk gehonoreerd* behoort te worden. Recht is volgens Reurich steeds het resultaat van een – juridische – redenering.²⁵⁸ De normatieve verwachtingen worden al dan niet in rechte ‘gehonoreerd’ op grond van met name systematische overwegingen. De normatieve dimensie die in het maatschappelijk verkeer besloten ligt is volgens hem kenbaar door een werkzaamheid die hij betitelt als ‘het bijhouden van de normatieve score tussen partijen’.²⁵⁹ Hoe deze ‘scoringmethode’ zijn beslag krijgt wordt helaas niet erg duidelijk. Reurich lijkt de kenbaarheid van de normatieve verwachtingen te veronderstellen.

Hoe is de verkeersopvatting of het ongeschreven recht voor de rechter kenbaar? Gaat het om de opvatting van allen, of de meesten? Nee, niet altijd, volgens Nieuwenhuis.²⁶⁰ Moet de rechter deskundigen horen, bewijsopdrachten geven, een enquête gelasten? Of kent hij de verkeersopvatting omdat deze, net als het ongeschreven recht:²⁶¹

‘zou bestaan uit oude gewoonten, van geslacht op geslacht doorgegeven, tradities bovendien die kunnen rekenen op de instemming van de samenleving.’

Soms zal de verkeersopvatting inderdaad juist om deze reden kenbaar zijn. In een aantal gevallen is de verkeersopvatting niets anders dan een zeer oude

256 Zie ook Haazen 2001, p. 371. Een praktische bezwaar tegen deze opvatting noemt Nieuwenhuis 2007a, p. 9: ‘Het ongeschreven recht is er niet alleen voor de rechter maar ook, en in de eerste plaats, voor alle deelnemers aan het rechtsverkeer. Dit houdt in dat de normen van het ongeschreven recht kenbaar moeten zijn.’

257 Reurich 2005, p. 95-96.

258 Reurich 2005, p. 1, 85, 190. Daarmee lijkt ook Reurich uit te gaan van de noodzaak van een dubbele grondslag voordat sprake kan zijn van recht. Ik kan mij daarin niet zonder meer vinden. Deelnemers aan het maatschappelijk verkeer zijn over het algemeen niet bezig met juridische redeneringen, maar koesteren toch – gerechtvaardigde – normatieve verwachtingen, zie § 3.5.1.

259 Reurich 2005, p. 96.

260 Nieuwenhuis 2007a, p. 8. Ik onderschrijf zijn visie, al was het alleen maar omdat de verkeersopvatting (en recht in het algemeen) soms een eigen normatieve dimensie lijkt te bezitten (zie § 3.4.3). Vergl. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 257, over maatschappelijke opvattingen bij de invulling van het begrip goede zeden, waarbij volgens Hartkamp rekening moet worden gehouden met de opvatting van ‘een weldenkende bovenlaag’.

261 Aldus Nieuwenhuis (2007a, p. 19) over het ongeschreven recht. Vergl. ook Nieuwenhuis 2007b, p. 383; waar hij spreekt over ‘de normatieve kracht van het normale’. Zie daarover § 4.3.2.

en in de maatschappij algemeen aanvaarde subregel. Voorbeeld van zo'n oude verkeersopvatting die niet aan kracht heeft ingeboet, is de harde subregel dat betalingsonmacht geen overmacht oplevert.²⁶² De schuldenaar dient er voor in te staan dat hij de door hem aangegane verbintenissen financieel kan nakomen.

Er blijven echter legio gevallen over waarin aan de kenbaarheid van de verkeersopvatting getwijfeld kan worden. Simpelweg omdat die verkeersopvatting niet bestaat of op het eerste gezicht – in ieder geval voor de burger – niet onmiddellijk evident is. In die gevallen heb ik voor het kenbaarheidsprobleem geen oplossing of antwoord paraat. Over ongeschreven recht merkt Nieuwenhuis mijns inziens terecht op:²⁶³

‘Vraag niet hoe, maar het is er en het werkt: ongeschreven recht.’

Iets soortgelijks geldt voor de verkeersopvatting. Vraag niet hoe, maar zij is er en functioneert in ons recht. Deze opmerking ontslaat ons echter niet van de verplichting om zo goed mogelijk te zoeken naar de kenbare verkeersopvatting, of indien een kenbare verkeersopvatting lijkt te ontbreken, om zoveel mogelijk te zoeken naar objectieve aanknopingspunten²⁶⁴ en een beslissing aan de hand van de verkeersopvatting zo grondig en rationeel mogelijk te motiveren.²⁶⁵

ii) De verkeersopvatting speelt juist bij twijfelgevallen

De – inhoud van de – verkeersopvatting komt in de rechtspraktijk over het algemeen pas ter discussie op het moment dat over haar inhoud onduidelijkheid bestaat.²⁶⁶ De inhoud van de verkeersopvatting wordt met andere woorden veelal relevant ná het ontstaan van een concrete vraag in een concreet geschil. Een geschil dat ontstaat juist *omdat* de verkeersopvatting niet onmiddellijk evident en kenbaar. In die gevallen moet bepaling van een onzeker omslagpunt plaatsvinden. Rondom die omslagpunten, juist daar waar twijfel bestaat omtrent de juridische kwalificatie van de feiten en omstandigheden, liggen de rechtsvragen die op een oplossing wachten. Juridische geschillen ontstaan kortom juist dan wanneer de verkeersopvatting *niet* onmiddellijk evident en kenbaar is. Paradoxaal genoeg moeten juristen dus de inhoud van de verkeersopvatting vooral vaststellen in die gevallen waarin over die inhoud twijfel

²⁶² Zie daarover nader § 7.6.2 sub *iv*).

²⁶³ Nieuwenhuis 2007a, p. 5.

²⁶⁴ Zo ook Wiarda/Koopmans 1999, p. 83.

²⁶⁵ Concretisering van de verkeersopvatting wordt dan een *Argumentationsaufgabe*. Zie daarover Röthel 2004, p. 139-158. Zie over de fasen van heuristiek en legitimatie nader § 7.3 tot en met 7.9.

²⁶⁶ Zie ook § 3.5.2.

bestaat.²⁶⁷ Voorbeelden waaruit blijkt van de rol van de verkeersopvatting met name in twijfelgevallen bieden het arrest Radio Holland en het Grafzerken-arrest.²⁶⁸ De Hoge Raad overweegt in die arresten met zoveel woorden dat de rechtsvraag die voorligt *in geval van twijfel* bepaald wordt door de verkeersopvatting.

Dit probleem, dat de verkeersopvatting vooral te hulp wordt geroepen in twijfelgevallen, wordt versterkt door de aanvullende functie die zij vervult.²⁶⁹ De rechter zal allereerst bezien of hij aan de hand van andere – geschreven – rechtsnormen en aanknopingspunten kan komen tot een oplossing van het geschil. Lukt dat niet dan rest hem niets anders dan te zoeken naar de inhoud van de verkeersopvatting. De beslissing vindt plaats aan de hand van de verkeersopvatting omdat andere vindplaatsen van argumenten geen oplossing bieden. Een duidelijk voorbeeld biedt artikel 6:75. Is een tekortkoming in de nakoming veroorzaakt door schuld dan is toerekenbaarheid ‘evident’ en een beroep op overmacht uitgesloten. Indien van schuld geen sprake is, beziet de rechter vervolgens of de wet dan wel de rechtshandeling zelf uitkomst biedt.²⁷⁰ Geven ook deze ‘vindplaatsen’ geen aanknopingspunten voor de vraag of de wanprestatie toegerekend moet worden, dan is de rechter gedwongen de kwestie aan de hand van de verkeersopvatting te beoordelen.

In veel gevallen zal toerekening ‘evident billijk’ of juist ‘evident onbillijk’ zijn. Daartussen ligt echter een groot grijs gebied van gevallen die niet evident zijn. Het zijn juist die ‘moeilijke’ gevallen die vaak aan de hand van de verkeersopvatting beslist dienen te worden.²⁷¹ Wiarda wijst op het feit dat juist in het grijze gebied tussen het evident billijke en het evident onbillijke een volledige toetsing aan de hand van de open norm dient plaats te vinden.²⁷²

iii) De veelal gebrekkige motivering van de ‘geconcretiseerde verkeersopvatting’

Het probleem van de gebrekkige kenbaarheid kan, zoals gezegd, leiden tot een tweede (vervolg) kenbaarheidsprobleem dat vaak aan de hantering van open normen kleef. Ook indien de open norm nader wordt ‘geconcretiseerd’,

267 J. Drion merkte zulks al op in zijn noot onder HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (*Stafmate-
riaal*).

268 HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 m.nt. BW (*Radio Holland*) en HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK (*Grafzerken of St. Barbara/Het aartsbisdom Utrecht*). In het laatste arrest kwam de Hoge Raad aan vaststelling van de inhoud van de verkeersopvatting niet toe, nu volgens hem *buiten twijfel* is dat graftekens bestemd zijn om duurzaam ter plaatste te blijven. Zie voor een kanttekening bij die overweging § 6.4.3.3.

269 Zie nader § 6.4.3.

270 Een voorbeeld van het systematisch aflopen van alle – andere – ‘vindplaatsen van argumenten’ dan de verkeersopvatting biedt het veelgenoemde arrest HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*) m.nt. Abas, NTBR 1998/3, p. 85-87. Zie hierover nader § 6.4.3.3.

271 Dit geldt niet alleen bij de toerekening van risico’s, maar ook bij bepaling van de aard en omvang van zaken en bij het onderscheid tussen bezit en houderschap.

272 Wiarda/Koopmans 1999, p. 94.

of zoals Reurich het noemt ‘gearticuleerd’, is de ‘gevonden regel’ vaak nog – enige tijd – onduidelijk. Dit wordt veroorzaakt door de – ogenschijnlijk – ontbrekende of minimale motivering van de geconcretiseerde norm, zoals de verkeersopvatting, in het individuele geval. Rechters geven over het algemeen (te) weinig of slechts impliciet inzicht in de methoden en de aanknopingspunten die zij bij de rechtsvinding (het concretiseren van de open norm) hebben gebruikt.²⁷³ Daardoor *lijkt* de verkeersopvatting al snel een machtswoord of dooddooier.²⁷⁴

De ogenschijnlijke verwijzing van de verkeersopvatting naar een bestaande en concrete opvatting leidt tot de neiging van de rechter om bij rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting ten prooi te vallen aan ‘de verlokking van het apodictisch syllogisme’.²⁷⁵ De verkeersopvatting is inderdaad een dooddooier of machtspreuk indien in het geheel niet wordt geëxpliciteerd of gemotiveerd *welke* verkeersopvatting is gevonden en *hoe* zij is gevonden.²⁷⁶ De enkele verwijzing naar de verkeersopvatting voldoet *niet* als motivering voor de rechterlijke beslissing.²⁷⁷ De verkeersopvatting is (zoals veel open normen) topisch van karakter.²⁷⁸ Rechtsvinding aan de hand van topische normen is gebaat bij dialectiek; bij ‘het debat van voor en tegen’.²⁷⁹ Een probleem is dat in de motivering van beslissingen aan de hand van topische begrippen dit ‘debat van voor en tegen’ vaak niet zichtbaar is. Dit ‘debat’ kan zichtbaar gemaakt worden indien bijvoorbeeld niet alleen aangegeven wordt *dat* de omstandigheden van het geval de doorslag hebben gegeven, maar *welke* omstandigheden van het geval de doorslag hebben gegeven en welke omstandigheden irrelevant zijn gebleken.²⁸⁰

273 Zie Asser-Veegens 2005, nr. 189 en bijv. Hartlief (2001, p. 986-987) in zijn noot onder HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen). Hij noemt de toerekening op basis van de verkeersopvatting in casu geen zwaktebod, maar meent wel dat de achtergrond of ratio daarvan geëxpliciteerd moet worden, en doet daartoe zelf maar een poging.

274 Zowel van Schaick (2000, p. 89) als Abas (NTBR 1998/3, p. 85-87) noemen het arrest HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (Spruijt/Tigchelaar) als afschrikwekkend voorbeeld van het uitspreken van een *machtswoord*. Dat deze impressie niet zonder meer juist is, moge blijken uit het feit dat de aanknopingspunten in dat arrest (huur voor korte duur, van een professionele verhuurder) uitstekend gevalsvergelijking en daarmee rechtsverfijning mogelijk blijken te maken. Zie nader § 7.6.2 sub ii).

275 Nieuwenhuis 2007a, p. 83. Vergl. Hesselink 1999, p. 412, 416-417.

276 Zie nader § 7.9.1.

277 Zo ook bijv. Hartlief 2001, p. 986 en Asser-Veegens 2005, nr. 189. Exact hetzelfde pleidooi, maar dan t.a.v. de redelijkheid en billijkheid, is te vinden bij Hesselink 1999, p. 412 en 416-417. Anders Rogmans 2007, nr. 18: ‘Wel zal hij [de rechter, PM] de subregel dienen te formuleren, daarmee uitdrukkelijk hoe naar zijn inzicht de verkeersopvatting luidt. Deze formulering is tevens de motivering van zijn oordeel’. Zie voor de eisen die m.i. aan de motivering gesteld mogen worden § 7.9.2.

278 Zie § 4.5.

279 Zie Nieuwenhuis 2007a, p. 83.

280 Idem ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid Hesselink 1999, p. 416-417. Vergl. W. Snijders 1993, p. 1151, die t.a.p. pleit voor ‘doorzichtigheid van wat over en weer naar voren te brengen valt’.

Rechtsonzekerheid, en daarmee een gevaar voor willekeur, wordt door de verkeersopvatting in de hand gewerkt ten gevolge van de illusie dat men toetst aan een concrete, onmiddellijk kenbare en evidente maatstaf,²⁸¹ terwijl de verkeersopvatting juist een rol speelt in twijfelgevallen, bij casusposities in de moeilijke ‘grijze gebieden’. Daardoor ontstaat de verleiding om die maatstaf volledig zelfstandig en zonder duidelijke motivering in te vullen. Tel daarbij nog op de – hierna te bespreken – onduidelijkheid over de verhouding van de verkeersopvatting tot het geschreven recht en andere vindplaatsen van argumenten (*topoi*) en de nadelen van gebruik van dit begrip lijken onoverkomelijk.²⁸²

2.6.2.2 Het probleem van de geldingskracht

Waarom en wanneer is de rechter gehouden te beslissen aan de hand van de verkeersopvatting? De eerste vraag is voornamelijk filosofisch van aard, de tweede vooral praktisch van aard. Allereerst enige opmerkingen over het probleem van de geldingskracht van de verkeersopvatting. Daarna komt de vraag aan de orde of rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting alleen is toegestaan daar waar de wet naar de verkeersopvatting verwijst.

i) Waarom gebonden?

Vele filosofen hebben zich het hoofd gebroken over de vraag naar de fundering van de juridische gelding van het recht. Waarom zijn wij aan het recht gebonden? Ik laat de vraag om begrijpelijke redenen onbehandeld²⁸³ en volsta met een enkele opmerking over de geldingskracht van ongeschreven recht, waarmee ik de verkeersopvatting opnieuw vergelijk.²⁸⁴

Over algemeen worden verschillende categorieën ongeschreven recht onderscheiden: rechtsbeginselen, gewoonterecht en rechtspraak.²⁸⁵ Van rechtersrecht, of de rechterlijke beslissing, kan gezegd worden dat het zijn gelding en status als ‘recht’ ontleend aan een formeel argument. De beslissing of regel is afkomstig van een rechterlijk college; een als beslissingsbevoegd aangewezen

281 In die zin verschilt de verkeersopvatting van een open norm als de redelijkheid en billijkheid, die veel minder de indruk wekt een concrete, onmiddellijk kenbare (gedrags)norm te zijn.

282 In § 7.4 tot en met 7.9 zal blijken dat dit niet zonder meer het geval is.

283 Zie over deze vraag bijv. nader het proefschrift van Werner, *Het recht geworden woord* (diss. Universiteit Twente 1995), die de opvattingen op dit punt van de filosofen Austin, Kelsen, Hart, Searle, McCormick en Dworkin bespreekt.

284 Wederom zonder hier antwoord te willen geven op de vraag naar het ‘rechtskarakter’ van de verkeersopvatting. Zie daarover hoofdstuk 3.

285 De eerste twee (rechtsbeginselen en gewoonterecht) worden genoemd door Ruiter 2001, p. 119, de laatste twee (gewoonterecht en rechtspraak) door Haazen 2001, p. 76. Daarnaast worden de doctrine (Smith 1998, p. 40), het volkenrecht en het internationaal privaatrecht wel als rechtsbron genoemd (Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 4); zie ook Smith 2007, p. 122.

orgaan van de Staat dat geacht wordt te beslissen overeenkomstig de *rule of law*.²⁸⁶ Voor het gewoonterecht en de ongeschreven rechtsbeginselen²⁸⁷ geldt een dergelijk formeel argument niet. Toch worden beide als rechtsbron aange-merkt. De rechtsbeginselen laat ik hier verder buiten beschouwing. Evident is dat een verkeersopvatting – die ten aanzien van een concreet geval binnen een meer of minder afgebakende groep rechtsgenoten geldt – iets anders is dan een rechtsbeginsel.

Dichter ligt de verkeersopvatting aan tegen het gewoonterecht.²⁸⁸ Aan dit gewoonterecht kennen wij geldingskracht toe. Zij wordt gezien als objectieve rechtsbron die verbintenissen schept tussen partijen.²⁸⁹ Scholten meent dat de grondslag van gebondenheid bij gewoonte en verkeersgebruik is gelegen in het feitelijk handelen in soortgelijke gevallen.²⁹⁰

‘de verkeersgebruiken binden, niet omdat partijen het zo wilden, maar omdat de inhoud van de hen bindende verklaring slechts in verband met de gewoonten in haar maatschappelijke betekenis kan worden vastgesteld.’

De geldingskracht van gewoonterecht wordt over het algemeen gezocht in het *rechtsbewustzijn* of de *rechtsovertuiging* die gepaard gaat met een bestendige gedragslijn (*usus*).²⁹¹ Schrijvers van de zogenaamde Historische School²⁹² waren van mening dat het gewoonterecht zijn rechtskracht niet zozeer ontleent aan de gewoonte (*usus*), als wel aan het gegeven dat die gewoonte een uitdrukking is van het rechtsbewustzijn van het volk dat aan het ontstaan van de gewoonte ten grondslag ligt (de *opinio iuris* of *opinio necessitatis* genoemd). Scholten is ongelukkig met deze begrippen ter onderbouwing van de geldingskracht. Hij merkt op:²⁹³

286 Smith 2007, p. 44-45: de legitimiteit van de rechterlijke macht (en haar beslissingen) berust op het beginsel van de *rule of law*.

287 Terzijde merk ik op dat veel rechtsbeginselen tegenwoordig in wetten en verdragen opgenomen zijn; ik noem bijv. art. 6 EVRM.

288 Zie over de verhouding van de verkeersopvatting tot het gewoonterecht nader § 5.6.

289 Asser/Hartkamp 4-II, nr. 292-293 en de aldaar genoemde auteurs en T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 920.

290 Asser-Scholten 1974, p. 104.

291 Asser-Scholten 1974, p. 106-108; Van den Bergh 1982, p. 33 (in kritische zin); Algra 1992, p. 11; Haazen 2001, p. 81; Zwalve 2002, p. 608; Asser-Veegens 2005, nr. 83; Reurich 2005, p. 94.

292 Zwalve 2002, p. 608 noemt in dit verband Puchta en Savigny. Zie ook Van den Bergh 1982, p. 43-47 en Algra 1992, p. 17-18.

293 Asser-Scholten 1974, p. 107. Eveneens in kritische zin over het aannemen van een *opinio iuris* als grondslag, Van den Bergh 1982, p. 33: ‘Maar verzeilt men daarmee niet in een perfecte tautologie: gewoonte schept recht als men vindt dat het recht is. En wie zijn die “men”: het hele volk, de meerderheid, de regeerders, de rechters, de rechtsgeleerden? Anders: Algra 1992, p. 13-14 (met name voetnoot 25).

‘(...) aan recht denken de betrokkenen niet; een bewustzijn, dat het zo behoort als zij doen, gaat niet aan het handelen vooraf en begeleidt het evenmin.’

Het komt volgens hem niet zozeer aan op ‘de voorstelling van partijen’ als op:

‘(...) de typische betekenis der handeling, op de verwachtingen die deze bij de omgeving in het leven roept.’

Hij is niet de enige die betekenis toekent aan de *verwachtingen* voor het bestaan van een regel van gewoonterecht. In zijn proefschrift komt Werner tot een soortgelijke conclusie. Hij meent dat het bestaan van rechtsregels niet te scheiden is van het voorstelbaar gebruik en van de verwachtingen die daarop worden gebaseerd.²⁹⁴

Net als het gewoonterecht ontleent de verkeersopvatting haar ‘status’ mijns inziens aan de feitelijke praktijk en de verwachtingen van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer. Een belangrijk verschil met de gewoonte zou zijn gelegen in het ontbreken van een bestendige gedragslijn (*usus*).²⁹⁵ De vraag of het verschil tussen het gewoonterecht en de verkeersopvatting daadwerkelijk is gelegen in het ontbreken van *usus* wordt elders besproken.²⁹⁶ Hier is van belang dat het ontbreken van een bestendige gedragslijn bijvoorbeeld voor Hartkamp reden is om de verkeersopvatting op zichzelf *niet* aan te merken als ‘een bron van verbintenissen’.²⁹⁷ Onduidelijk is of hij daarmee tevens van mening is dat de verkeersopvatting geen geldingskracht als *recht* zou hebben. Indien die geldingskracht niet zozeer is verbonden aan het bestaan van een bestendige gedragslijn als wel aan hetzij een *opinio iuris*, hetzij de *verwachtingen* van – andere – deelgenoten aan het maatschappelijk verkeer, dan klopt wellicht de redenering van Hartkamp dat de verkeersopvatting *op zichzelf* geen verbintenissen schept,²⁹⁸ maar kunnen we niet zonder meer concluderen dat zij daarmee ook geen *recht* is. De vraag of de verkeersopvatting *recht* is komt aan de orde in het volgende hoofdstuk.

Laat ik het er maar op houden dat aan de verkeersopvatting geldingskracht toekomt omdat zij een – in kleinere of grotere kring levende – *overtuiging*

294 Werner 1995, p. 141.

295 Asser/Hartkamp 4-II, nr. 293; Reurich 2005, p. 94-95.

296 § 5.6.2.

297 Asser/Hartkamp 4-II, nr. 293. Hij meent dat de verkeersopvatting een species is van de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Zo ook Van der Wiel 2004, p. 206. Zie daarover nader § 5.4.2.

298 De observatie dat de verkeersopvatting geen bron van verbintenissen kan zijn is mijns inziens overigens onjuist. Deze observatie van Hartkamp hangt – kennelijk – samen met zijn overtuiging dat de verkeersopvatting geen objectieve rechtsbron zou zijn, welke opvatting ik niet deel. De toerekening van een risico op grond van de verkeersopvatting, schept (bijv. in HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen)), naar mijn mening weldegelijk een verbintenis (tot schadevergoeding wegens wanprestatie).

verwoordt, althans omdat zij bestaat uit *gekrystalliseerde verwachtingen*.²⁹⁹ Ik laat de vraag naar de geldingskracht van rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen hier graag verder rusten en ter nadere overdenking aan filosofen over.

ii) *Wanneer gebonden; restrictief gebruik gewenst?*

De kritiek op hantering van de verkeersopvatting roept de vraag op of een restrictief gebruik van dit begrip gewenst is. Wanneer is de rechter eigenlijk gehouden om de verkeersopvatting te hanteren bij de rechtsvinding? Slechts in die gevallen waarin de wet naar de verkeersopvatting verwijst? Of speelt het begrip ook een aanvullende of zelfs derogerende rol als beslissingsmaatstaf of als hulpmiddel bij uitleg daar waar de wet niet naar de verkeersopvatting verwijst?

In zijn monografie bepleit Rogmans een restrictief gebruik van het begrip verkeersopvatting; te weten een beperking van het gebruik tot die gevallen waarin de wet naar de verkeersopvatting verwijst.³⁰⁰ Met name moet, volgens hem, vermeden worden dat verkeersopvattingen worden ingeroepen ter opvulling van wettelijke leemtes.³⁰¹ Feit is echter dat de rechter gebruik maakt van de verkeersopvatting,³⁰² ook zonder dat daaraan een wettelijke verwijzing naar het begrip vooraf gaat. Onder het oude BW, waarin geen wettelijke verwijzingen naar de verkeersopvatting voorkwam, was hantering van de verkeersopvatting eveneens binnen verschillende leerstukken sinds jaar en dag gemeengoed, bijvoorbeeld bij bestanddeelvorming en bij het onderscheid tussen bezit en houderschap.³⁰³

Het is de vraag of het gebruik van de verkeersopvatting, zowel als beslissingsmaatstaf als bij de uitleg van wettelijke bepalingen en begrippen, gemist zal kunnen worden. Tussen recht en maatschappij bestaat nu eenmaal een voortdurende spanning en aanpassing van het recht aan de maatschappelijke diversiteit en de voortdurende ontwikkelingen is onontkoombaar.³⁰⁴ Een onbepaald begrip als de verkeersopvatting biedt ruimte voor de aanpassing en ontwikkeling van het recht aan ontwikkelingen binnen de maatschappij, zonder dat continu wetswijzigingen noodzakelijk zijn.³⁰⁵ Ik zou daarom niet

299 Zie nader § 4.3.1 en 6.3.1.

300 Zie Rogmans 2007, nr. 28, 67 en 68.

301 Rogmans 2007, nr. 67. Zie over de verkeersopvatting en het opvullen van leemtes nader § 6.3.3.

302 Op beide methodische niveaus, zie daarover nader § 4.4.2.

303 Voor wat betreft bestanddeelvorming wijs ik op de arresten: HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*); HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*); en HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 m.nt. BW (*Radio Holland*). Zie m.bt. tot bezit bijv.: HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*). Zie ook: Asser-Scholten 1933, p. 54, waar door Scholten wordt gewezen op de doorslaggevende rol van de verkeersopvatting bij de beoordeling van feitelijke macht, bezit en houderschap. Ook Meijers lijkt ervan uit te gaan dat art. 3:108 het reeds bestaande recht codificeert, zie: T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 428.

304 Zie § 2.1.1. en 2.1.2.

305 Zie § 2.4.

zonder meer willen pleiten voor een restrictief gebruik van de verkeersopvatting en voor beperking van dit gebruik tot alleen die plaatsen waar – min of meer toevallig – een wettelijke verwijzing is opgenomen. Rechtsontwikkeling en rechtsverfijning aan de hand van de verkeersopvatting blijkt ook op andere plaatsen en binnen andere leerstukken dan de in de wet genoemde nuttig. Ik noem bijvoorbeeld haar gebleken nut bij de risicoverdeling binnen de leerstukken eigen schuld en schijn van volmachtverlening³⁰⁶ en bij de vraag of een nieuwe zaak met een eigen identiteit is ontstaan.³⁰⁷

Daartegen kan worden aangevoerd dat ook andere onbepaalde begrippen (als redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid en goede zeden) zich lenen voor de aanpassing van het recht aan de maatschappelijke ontwikkelingen en dat de verkeersopvatting daarom wellicht niet per se onmisbaar is. Deze andere begrippen zijn echter veel sterker *evaluatief* van karakter en zien vooral op de waardering van menselijk gedrag. Zij bezitten wat ik noem een *dubbele normatieve lading*,³⁰⁸ waarbij aan een normatieve waardering van gedrag een – eveneens normatief – rechtsgevolg wordt gekoppeld. Verkeersopvattingen zijn zagezegd ‘neutraler’ van karakter, in die zin dat de opvatting over behoren niet ziet op een waardering van gedrag in het individuele geval, maar op de juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden in het algemeen.³⁰⁹

Een gevaar schuilt wel in het ongebreidelde, ongemotiveerde en apodictische gebruik van onbepaalde begrippen zoals de verkeersopvatting en redelijkheid en billijkheid. Deze begrippen dreigen dan een machtswoord, een stoplap of een dooddooener³¹⁰ te worden en zullen daardoor aan geloofwaardigheid en kracht inboeten. Mijns inziens dient de rechter bij het zelfstandig gebruik van onbepaalde begrippen rekening te houden met de methodische en materiële functies van het betreffende onbepaalde begrip en met de aard, het karakter en de kenmerken van de begrippen die hij hanteert. Hantering van de verkeersopvatting is slechts dan geïndiceerd wanneer geschreven recht uitleg behoeft of onvoldoende voorziet (en kan voorzien) in – specifieke en concrete – regels die recht doen aan de diversiteit van mogelijke gevallen of aan technische, maatschappelijke, economische en sociale ontwikkelingen.

In dit hoofdstuk bleek dat de verkeersopvatting weliswaar een maatstaf is, maar geen gedragsnorm. Kenmerkend voor de verkeersopvatting is dat aan de hand van deze maatstaf een rechtsgevolg wordt gekoppeld aan een complex van feiten en omstandigheden, en niet zozeer gedrag wordt gewaardeerd. Voor de beoordeling van gedrag lenen zich ander open normen en

306 Zie voor een opsomming van jurisprudentie op deze gebieden § 1.2.1 sub c).

307 Zie bijv. HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Orchideeënscheur-arrest*); en HR 5 oktober 1990, NJ 1992, 226 m.nt. WMK (*Breda/Antonius*).

308 Zie hierna § 4.2 en 5.2.3.

309 Zie eerder § 2.3.2 en hierna uitgebreider § 4.2. en 6.4.1.

310 Zie § 2.6.2 en 7.9.1.

onbepaalde begrippen (*vage normen*),³¹¹ zoals de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke betamelijkheid, beter. Deze bezitten immers een dubbele normatieve lading, die hen bij uitstek geschikt maken voor de waardering van bepaald gedrag binnen een bepaalde rechtsverhouding.

Het gebruik van het begrip verkeersopvattingen bij de rechtsvinding dient mijns inziens beperkt te blijven tot de juridische kwalificatie van complexen van feiten en omstandigheden. Dit begrip, met haar wat neutralere, objectiverende karakter en haar feitenkwalificerende vermogen maakt bij uitstek vergelijking van een complex van feiten en omstandigheden met andere complexen van feiten en omstandigheden mogelijk. Ik pleit dan ook in die zin voor een restrictief gebruik van het begrip verkeersopvatting dat dit begrip mijns inziens gereserveerd dient te worden voor *normatieve niet-gedragsnormen* en juist niet voor de waardering van gedrag.³¹²

Rechtsvinding aan de hand van 'de verkeersopvatting' vindt, kortom niet alleen plaats daar waar thans in de wet naar dit begrip wordt verwezen. Ook buiten die gevallen maakt de civiele rechter bij de rechtsvinding gebruik van de verkeersopvatting. Voor zover de verkeersopvatting daarbij wordt gehanteerd ter – objectieve – juridische kwalificatie van complexen van feiten en omstandigheden bestaat daartegen mijns inziens geen bezwaar, een en ander mits de beslissing aan de hand van de verkeersopvatting op voldoende wijze wordt gemotiveerd.³¹³

2.6.2.3 Het probleem van de onduidelijke verhouding tot het geschreven recht

Zoals ik al opmerkte is in de parlementaire geschiedenis de verhouding tussen de verkeersopvatting en het systeem van het geschreven recht volstrekt onbesproken gebleven. Dit levert twee problemen op.

Ten eerste is onduidelijk of de verkeersopvatting alleen een aanvullende werking kan hebben of ook een aan de wet derogerende werking. Kan een wettelijke regel op grond van de verkeersopvatting opzij gezet worden? Het antwoord is op grond van de wet en de parlementaire geschiedenis niet duidelijk. Hierin verschilt de verkeersopvatting van de redelijkheid en billijkheid, waarmee zij vaak in adem wordt genoemd.³¹⁴ De mogelijkheid van derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid volgt uit artikel 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW.³¹⁵ De hier signaleerde onduidelijkheid ten aanzien

311 Zie over de terminologie nader § 2.3.2.

312 Met andere woorden een restrictief gebruik op functionele gronden en niet zozeer op grond van de – toevallige – verwijzing naar het begrip in de wet.

313 Zie uitgebreider § 7.9.

314 Wiarda/Koopmans 1999, p. 47; Rogmans 2007, nr. 1; Nieuwenhuis 2007a, p. 87-88.

315 Hesselink (1999, p. 48-54) beschrijft het proces van acceptatie van de derogerende werking van een algemene redelijkheid- en billijkheidsbepaling in verschillende Europese landen.

van de verkeersopvatting wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 6, waarin de functies van de verkeersopvatting aan de orde komen.³¹⁶

Een tweede probleem in de verhouding tussen de verkeersopvatting en het geschreven recht is dat onduidelijk is hoe dit begrip zich verhoudt tot andere onbepaalde begrippen in dezelfde of in andere wetbepalingen, of tot andere wetbepalingen in het algemeen.³¹⁷ Deze onduidelijkheid speelt met name – maar niet alleen – daar waar de verkeersopvatting wordt genoemd in een ‘topisch geformuleerde’ wetbepaling. Is de verkeersopvatting nevensgeschikt of ondergeschikt aan andere onbepaalde begrippen, zoals schuld, rechtshandeling, wet, aard van de overeenkomst? De verhouding tot andere vindplaatsen van argumenten is vaak onduidelijk en over die verhouding wordt in de literatuur wel getwist.³¹⁸ Ook dit probleem wordt hier slechts gesignaleerd en elders in dit onderzoek uitgebreider behandeld.³¹⁹

2.7 CONCLUSIE

Recht en maatschappij zijn onlosmakelijk verbonden. Ontwikkelingen in de maatschappij werken door in het recht, terwijl het recht invloed uitoefent op het handelen van de mens binnen die maatschappij. Tegelijkertijd bestaat tussen beide een voortdurende spanning. Eén van de manieren om de spanning tussen het – tamelijk statische – geschreven recht en de dynamische maatschappij te verminderen is het hanteren van *open normen* in de wet. Een gevolg van deze wetgevingstechniek is dat de wet zich niet meer zozeer richt tot de burger, maar abstracter van aard wordt, waardoor de rechter een centrale rol verkrijgt bij de oplossing van juridische vraagstukken. Ons vermogensrecht bleek vooral juristen-recht, ten gevolge van de hantering van een aantal zeer algemene abstracte normen enerzijds en gedetailleerde juridisch-technische regels anderzijds.

Ik besprak vervolgens het fenomeen ‘open normen’ nader en wees vooral op de dubbelzinnigheid van het woordje ‘norm’, dat zowel kan verwijzen naar *gedragsnormen* als meer in het algemeen naar een *maatstaf* of *rechtsnorm* die geen gedragsnorm inhoudt. Deze constatering noopte tot een aanscherping

³¹⁶ Zie in het bijzonder § 6.4.3.

³¹⁷ Vergl. Hesselink 1999, p. 417, die hetzelfde probleem signaleert t.a.v. de redelijkheid en billijkheid.

³¹⁸ Zo meent Rogmans (1999, nr. 51) dat de verkeersopvatting in art. 6:75 BW niet subsidiair is aan ‘wet’ en ‘rechtshandeling’. Hij spreekt van ‘kenbronnen van onderling gelijk gewicht’. Wie Olthof 2007 (*T&C BW*) openslaat bij art. 6:75 (aant. 4) ziet echter staan: ‘Bij gebreke van aanwijzingen in wet en rechtshandeling zal acht moeten worden geslagen op de in de praktijk (...) levende opvattingen omtrent de verdeling van risico’s (...).’ Zij lijkt dan ook een subsidiaire rol voor de verkeersopvatting in gedachten te hebben. Een dergelijke subsidiaire rol blijkt niet zonder meer uit de parlementaire geschiedenis. Zie hierover nader § 6.4.3.3.

³¹⁹ Zie § 4.5.5, 6.4.3 en 7.5.

van mijn terminologie, nu de verkeersopvatting wel een maatstaf blijkt, maar geen gedragsnorm. Ik reserveer voor gedragsnormen het begrip 'vage normen' en noem de verkeersopvatting liever een 'onbepaald begrip'. Vervolgens onderzocht ik de vorm van openheid van normen die naar de verkeersopvatting verwijzen. Een verwijzing naar de verkeersopvatting blijkt meestal te leiden tot een norm die open is aan de *feitenzijde*. In sommige gevallen is echter sprake van openheid aan de *rechtsgevolgenzijde*, of van verwevenheid van de feitenkwalificatie met de rechtsgevolgen, zodat de norm aan *beide zijden* open is.

Redenen voor hantering van het onbepaalde begrip verkeersopvatting – en andere open normen – bleken gelegen in de wens om wettelijke normen open, soepel en elastisch te houden. De wetgever verwijst naar open normen, en naar de verkeersopvatting in het bijzonder, indien de diversiteit van mogelijke gevallen een specifieke(re) regeling onmogelijk maakt. Een tweede reden voor de verwijzing naar – in het bijzonder – de verkeersopvatting is gelegen in de wens om ruimte te bieden voor aanpassing van het recht aan ontwikkelingen binnen de maatschappij en veranderende maatschappelijke verhoudingen. De verkeersopvatting biedt – evenals andere open normen en onbepaalde begrippen – ruimte voor maatwerk in het concrete geval en voor aanpassing van het recht aan ontwikkelingen in de maatschappij, zonder dat daarvoor een wetswijziging noodzakelijk is. Het gebruik van open normen en onbepaalde begrippen is met het oog daarop noodzakelijk en onvermijdelijk.

Hantering van de verkeersopvatting kent echter ook belangrijke nadelen. In het verleden heeft het verwijt geklonken dat het begrip vaag, ongrijpbaar en ondefinieerbaar was en dat het slechts zou worden gebruikt als stoplap, machtswoord of dooddoener. Deze verwijten zijn vooral een gevolg van de *kenbaarheidsproblemen* die spelen rondom de verkeersopvatting. Voor zover de verkeersopvatting niet onmiddellijk evident en kenbaar is, leidt haar hantering tot rechtsonzekerheid. Dat dit regelmatig het geval is, komt voort uit het probleem dat de verkeersopvatting vooral wordt gehanteerd in twijfelgevallen, waarin een onmiddellijk evidente verkeersopvatting inderdaad ontbreekt. Tel daarbij op een veelal summiere of gebrekkige motivering van de uitspraak en het probleem van de gebrekkige kenbaarheid lijkt compleet.

Een ander door mij in dit hoofdstuk geschetst probleem is de meer fundamentele vraag naar de *geldingskracht* van de verkeersopvatting. Het *waarom* van die geldingskracht is een lastige filosofische kwestie, waarop ik het antwoord niet paraat heb. Ten aanzien van de vraag *wanneer* rechtsvinding mag plaatsvinden aan de hand van de verkeersopvatting pleit ik voor een beperking van het gebruik van de verkeersopvatting op functionele gronden. Haar hantering hoeft mijns inziens niet beperkt te blijven tot die leerstukken waarin de wet met zoveel woorden naar de verkeersopvatting verwijst, zolang haar gebruik maar beperkt blijft tot de juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden; de *normatieve niet-gedragsnormen*.

Een laatste probleem van meer praktische aard is gelegen in de onduidelijke verhouding tussen de verkeersopvatting en het geschreven recht. Ik volsta in dit hoofdstuk met een signalering van dat probleem en behandel dit elders uitgebreider.³²⁰

320 Zie § 4.5.5, 6.4.3 en 7.5.

3 | Feit of ongeschreven recht?

3.1 INLEIDING

In hoofdstuk 2 zagen we dat één van de belangrijkste nadelen van hantering van het begrip verkeersopvatting is gelegen in haar veelal gebrekkige kenbaarheid. De verkeersopvatting blijkt in rechte vooral een rol te spelen in *twijfelgevallen* en niet steeds onmiddellijk evident en kenbaar te zijn. Daarmee wordt de vraag relevant of de verkeersopvatting verwijst naar evidente en kenbare *feiten* of naar ongeschreven *recht*, dat vaak aan dezelfde kenbaarheidsgebreken lijdt.

Over het algemeen wordt onder juristen zonder morren aangenomen dat onbepaalde begrippen als de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid en de goede zeden, verwijzen naar ongeschreven recht dat in de maatschappij leeft.¹ Sinds de eerste hantering van het begrip *verkeersopvatting* in de jurisprudentie² heeft echter in de literatuur discussie gewoed over de aard van dit begrip.³ Bestaat de verkeersopvatting werkelijk; als een empirisch meetbaar, niet-normatief feitelijk gegeven? Of geeft de verkeersopvatting uitdrukking aan en verwijst zij naar in de maatschappij levend ongeschreven recht? Of verwijst het begrip verkeersopvatting wellicht de éne keer naar een bestaand feitelijk gegeven en de andere keer naar ongeschreven recht? In dit hoofdstuk staat die – fundamentele – vraag centraal.

In § 3.2 bespreek ik allereerst de zogenaamde *vensterfunctie* van verkeersopvattingen iets uitgebreider. Daarna volgt een systematische bespreking van de vraag of de verkeersopvatting verwijst naar feit of ongeschreven recht (§ 3.3). Aan de orde komen achtereenvolgens haar meetbaarheid en bewijsbaar-

1 Het rechtskarakter van de ‘goede zeden’ is bevochten door Ch.J.J.M. Petit in zijn proefschrift: *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden 1920). Zie daarover Van den Brink 2002, p. 116. Ongeschreven recht speelt niet alleen een rol daar waar de wetgever onbepaalde begrippen hanteert, maar ook bij de uitleg van geschreven recht. Zie over de gecompliceerde verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht nader § 7.2.

2 HR 26 maart 1936, *NJ* 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*).

3 Zie bijv. de noot van P. Scholten onder het *Sleepboot Egbertha*-arrest; de discussie tussen Van der Meij en Hijmans van den Bergh naar aanleiding van de arresten *Sleepboot Egbertha* en *Stafmateriaal* in *NJB* 1954, p. 306-310; Klein Wassink 1963; W.M. Kleijn in zijn noot onder HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 (*Dépex/curatoren Bergel*) zie *NJ* 1993, 317; Rossel 1994, p. 335-344; Van Schaick 2000, p. 91-122; Haazen 2001, p. 247-254; Asser-Veegens 2005, nr. 105 en 189; Rogmans 2007, en passim.

heid, de verschillende opvattingen in de doctrine en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Na deze analyse onderbouw ik mijn eigen opvatting (§ 3.4), waarna ik afsluit met een schets van de verschillende verschijningsvormen van verkeersopvattingen (§ 3.5).

3.2 DE 'VENSTERFUNCTIE' VAN VERKEERSOPVATTINGEN

In hoofdstuk 2 schetste ik de directe maar tegelijkertijd gecompliceerde en soms moeizame verhouding tussen recht en maatschappij. Deze moeizame verhouding is vrijwel nergens duidelijker dan daar waar in de wet wordt verwezen naar de in het verkeer geldende opvattingen.

Verkeersopvattingen fungeren als een 'venster op de maatschappelijke werkelijkheid'⁴ en verwijzen expliciet naar de in de samenleving levende, veelal onuitgesproken en ongrijpbare, opvattingen. In dit verband is het burgerlijk recht wel 'meervoudig gelaagd' genoemd.⁵

'Verwijzingen naar bijvoorbeeld goed koopmanschap, verkeersopvattingen of gebruiken in een bepaalde kring behoren van oudsher tot de standaarduitrusting van het burgerlijk recht. Door middel van dergelijke verwijzingen worden vensters geopend op "de" maatschappelijke werkelijkheid, waarin de regel functioneert en waarmee hij voeling moet houden, wil hij niet al (te) gauw achterhaald zijn.'

Onder of achter de 'juridische laag' gaat een 'maatschappelijke laag' schuil, bestaande uit *gedrag, verwachtingen over gedrag* en voor het recht relevante *opvattingen* en *overtuigingen*. De verkeersopvatting biedt de rechter, misschien nog wel meer dan andere vage normen en onbepaalde begrippen, de mogelijkheid (of verplicht hem soms zelfs) om aan te knopen bij die 'maatschappelijke laag'; bij de feiten en omstandigheden van het concrete geval en de opvattingen omtrent behoren die daarover op dat moment in – een relevant gedeelte van – de samenleving gelden en leven. In dit verband wordt de verkeersopvatting ook wel een 'scharnier' genoemd, die ervoor zorgt dat maatschappelijke normen deel worden van het recht.⁶ Het recht wordt als het ware geput uit

4 Zo ook Asser-Vranken 2005, nr. 86. Zie over deze *Fensterfunktion* nader Fikentscher 1977, p. 308. Larenz (1991, p. 288 e.v.) spreekt over een *Werturteil* en over *eine Verweisung auf anderweit gegebene, außerrechtliche Normen*. Barendrecht (1992, p. 7-8 en 182-183) noemt de 'vensterfunctie' maar meent dat de rechter aan die vensterfunctie niets heeft, en deze functie geen relevant argument is voor de keuze tussen een stelsel van scherpe of vage normen.

5 Asser-Vranken 2005, nr. 86.

6 Wichers 2002, p. 32. Zie nader § 6.3.1.

een buitenwettelijke bron, en de verkeersopvatting maakt, evenals vage normen en andere onbepaalde begrippen, het recht elastischer en soepeler.⁷

Een onbepaald begrip als de verkeersopvatting biedt niet zozeer alleen *uitzicht* op hetgeen binnen de maatschappij aan opvattingen leeft, maar is gericht op het *binnenhalen* van deze buitenwettelijke of zelfs buitenrechtelijke concepten in het recht. De term ‘vensterfunctie’ dekt de lading dan ook niet goed. Beter is het om in dit verband te spreken over een ‘poort in het wetboek, waardoor morele normen en waarden het recht binnen komen’,⁸ of – in theoretischer termen – over de receptiefunctie⁹ van open normen.

De ‘poort tot de maatschappelijke werkelijkheid’, waarover dit proefschrift gaat, opent echter niet steeds op een zonovergoten weelderige lusthof, waarin de geldende verkeersopvatting helder afgebakend en duidelijk gedefinieerd als de appels aan een boom in de tuin hangen. Vaak opent de poort slechts op een ogenschijnlijk ondoordringbare duisternis. In die gevallen dringt de verkeersopvatting zich niet aan ons op als een onmiddellijk evidente en kenbare waarheid.

Indien de relevante verkeersopvatting niet onmiddellijk evident is, niet lijkt te bestaan, of in het geval dat meerdere tegengestelde verkeersopvattingen om voorrang lijken te strijden, wordt een beroep gedaan op de rechtsvindingskwaliteiten van de rechter. Hij zal de relevante opvatting over behoren in deze gevallen dienen te achterhalen en expliciteren. De rechter kan zich immers niet onttrekken aan het nemen van een beslissing indien aan hem een concreet geschil wordt voorgelegd dat aan de hand van de verkeersopvatting beoordeeld moet worden.¹⁰ Schrijvers die betogen dat de verkeersopvatting slechts kan worden gehanteerd *voorzover* zij ondubbelzinnig en onmiddellijk evident is en die een terughoudend gebruik bepleiten indien de verkeersopvatting in een concreet geschil niet onmiddellijk kenbaar en helder is, zien deze verplichting om te beslissen veelal over het hoofd.¹¹

7 Zie over de soepelheid van de verkeersopvatting M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 77-78 en Rogmans 2007, nr. 18, die spreekt van ‘flexibiliteit’. De elasticiteit van vage normen in het algemeen wordt aangestipt in Wiarda/Koopmans 1999, p. 43; Asser-Vranken 1995, nr. 91 (met vindplaatsen van de discussie over de onbepaaldheid van het begrip ‘redelijkheid en billijkheid’ in de parlementaire geschiedenis) en Asser-Vranken 2005, nr. 56.

8 Zie Hesselink 1999, p. 32, met nadere bronverwijzingen.

9 Zie nader Teubner 1971, p. 61; Röthel 2004, p. 30; Reurich 2005, p. 175 en § 6.3.1.

10 Zie art. 13 AB: ‘De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van *regtsweigering* vervolgd worden’ en art. 26 RV: ‘De rechter mag niet weigeren te beslissen’. Volgens Hesselink (1999, p. 402-403) vloeit uit deze noodzaak om te beslissen voort dat de rechter bevoegd is tot rechtsvorming.

11 Vergl. Haazen 2001, p. 251 en voetnoot 77. Zie voor schrijvers die pleiten voor een terughoudend gebruik bijv. Hermann 1991 en Wichers 2002, p. 82-83. Laatstgenoemde schrijfster lost het gesignaleerde probleem bij bestanddeelvorming op door uit te gaan van de zelfstandigheid van zaken voor zover de verkeersopvatting over bestanddeelvorming niet eenduidig en kenbaar is. In feite bepleit zij daarmee een zeer terughoudend gebruik van de verkeersopvatting. Ook Rossel 1994, p. 337 en 339, pleit voor terughoudendheid bij het werken met

Bij rechterlijke beslissingen waarin aan aanknoping bij de verkeersopvatting niet kan worden ontkomen, maar die opvatting over behoren niet onmiddellijk kenbaar en duidelijk is, rijzen allerlei vragen. De rechter dient zijn oordeel te baseren op en te motiveren met de opvatting over behoren die in de relevante kring binnen de maatschappij leeft. Maar om welke kring van personen gaat het? En hoe kan de rechter de vigerende verkeersopvatting binnen die kring achterhalen? Welke opvatting is doorslaggevend; de opvatting van allen, van de meesten of van de verstandigsten? En zijn de opvattingen van juristen relevanter dan de opvattingen van niet-juristen? Rogmans merkt – mijns inziens terecht – op dat veel verkeersopvattingen worden ‘uitgevonden’ door juristen, zoals rechters, advocaten en wetenschappers.¹² Is dat niet in strijd met de opdracht om aan te knopen bij de *maatschappelijke werkelijkheid* en de opvatting in het verkeer te destilleren uit een buitenwettelijke bron?¹³ Maar hoe vindt de rechter de buitenwettelijke opvattingen dan wel? Moet hij een enquête organiseren onder de relevante kring mensen, een bewijsopdracht geven of deskundigen horen? Dergelijke enquêtes en opinieonderzoeken worden door of op instigatie van de rechter zelden tot nooit gehouden. En voor zover onderzoek wordt gedaan naar de in de maatschappij levende opvattingen over behoren komen die opvattingen niet altijd overeen met de uitkomsten die in juridische geschillen worden gevonden.¹⁴

De parlementaire geschiedenis geeft weinig uitsluitel over de antwoorden op de in de vorige alinea gestelde vragen. Slechts bij artikel 3:4 BW wordt een opmerking gemaakt over de procedurele aspecten van rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting bij bestanddeelvorming.¹⁵

‘En wat tenslotte de in procedures gevreesde complicaties betreft: de praktijk heeft bewezen dat in de meeste gevallen een moeilijk en tijdrovend onderzoek naar de inhoud van de “verkeersopvatting” achterwege kan blijven, waardoor dus de zaak soepel verloopt, en dat slechts bij uitzondering de noodzaak tot een bewijsopdracht complicaties zou kunnen veroorzaken.’

Deze opmerking in de parlementaire geschiedenis doet paradoxaal aan. Een bewijsopdracht kan veelal achterwege blijven en ook een moeilijk of tijdrovend onderzoek is niet nodig. De rechter wordt kennelijk capabel geacht de inhoud

veronderstellingen ten aanzien van de benadering in de praktijk en het eerst wachten op ‘duidelijke signalen’ uit de praktijk. Zijn de opvattingen in het verkeer onderling tegenstrijdig dan zijn zij volgens haar niet bruikbaar voor het oplossen van juridische problemen. Anders Rogmans 2007, nr. 15 en 18, die meent dat de verkeersopvatting – ook – een abstracte betekenis heeft en aanknopingspunt kan vormen voor autonome rechtsvinding.

¹² Rogmans 2007, nr. 15 en 22. Liever dan over ‘uitgevonden’ spreek ik over ‘gevonden’.

¹³ Zo ook Rogmans 2007, nr. 15. Zie over de verschuiving van *receptie* van in de samenleving bestaande opvattingen en overtuigingen naar het *vinden* van iets nieuws ook § 6.3.4.

¹⁴ Zie bijv. het door Rogmans 2007, nr. 24 gememoreerde opinieonderzoek.

¹⁵ M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78.

van de geldende verkeersopvatting intuïtief te kennen of te kunnen ontdekken, zonder nadere voorlichting of onderzoek.

In hoofdstuk 2 bleek al dat één van de grootste problemen bij hantering van de verkeersopvatting juist schuilt in haar *kenbaarheid* of juist *een gebrek aan kenbaarheid*.¹⁶ Dit bleek een probleem dat eveneens inherent is aan de hantering van ongeschreven recht.¹⁷ Dat brengt mij bij de vraag of de verkeersopvatting niet verwijst naar ongeschreven recht in plaats van naar een kenbaar feit.

3.3 DE VERKEERSOPVATTING: FEIT OF ONGESCHREVEN RECHT?

Waarop opent ‘de poort van de verkeersopvatting’? Geeft deze poort toegang tot een weelderige lusthof waarin de verkeersopvattingen als feitelijke appels aan een boom hangen,¹⁸ klaar om geplukt te worden? Of opent zij op een tuin waarin een vrolijk klaterende bron van ongeschreven recht te zien is?

De éne vraag leidt onherroepelijk tot de andere. Wat is ongeschreven recht? De meningen daarover verschillen al naar gelang de rechtstheorie die men aanhangt¹⁹ en het doel waarmee de vraag gesteld wordt. Laat ik daarom, evenals Haazen in zijn proefschrift,²⁰ voor het gemak het formele onderscheidingscriterium van de ‘leer van de laatste bron’ hanteren. Die houdt in dat gecodificeerde regels, zoals verdragenrecht en wettenrecht, het *geschreven recht* vormen, en dat rechtersrecht en gewoonterecht, voor zover niet gecodificeerd, het *ongeschreven recht* uitmaken. Haazen voegt – terecht – toe dat ook wettelijke rechtsnormen steeds interpretatie nodig hebben en dat de rechter ongeschreven recht hanteert bij de uitleg van wetbepalingen en de bepaling van hun reikwijdte.²¹

Is daarmee het pleit beslecht en kunnen verkeersopvattingen onverkort ingedeeld worden bij het ongeschreven recht? Nee, zo simpel ligt het helaas niet.²² In deze gaat het immers niet zozeer om het onderscheid tussen *geschreven* en *ongeschreven recht*, maar om het onderscheid tussen *blote (rechts)feiten* in de zin van empirische gegevens en *ongeschreven recht*. Voor zover de ver-

¹⁶ § 2.6.2.1.

¹⁷ § 2.6.2.1.

¹⁸ Het betreft dan ongetwijfeld de ‘boom der kennis van goed en kwaad’, waaraan J.H. Nieuwenhuis veelvuldig refereert, zie bijv. Nieuwenhuis 2006, p. 5-32 en Nieuwenhuis 2007a, p. 5.

¹⁹ Zo ook Haazen 2001, p. 76. Hij doelt op een declaratoire of juist meer constitutieve opvatting van ‘recht’ en de vraag of recht voornamelijk bestaat uit gedragsnormen (door hem idealisme genoemd) of beoordelingsnormen (door hem realisme genoemd).

²⁰ Haazen 2001, p. 76-77.

²¹ Zo ook Hartkamp 1992, p. 21-24 en 28, en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 26-27. Zie over de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht nader § 7.2.

²² Haazen onderkent dit overigens en komt op de status van verkeersopvattingen in dit verband later terug, zie Haazen 2001, p. 247-253. Ik bespreek zijn standpunt in § 3.3.4.3.

keersopvatting *recht* vormt, betreft het overduidelijk ongeschreven recht. In hoofdstuk 2 zagen we immers dat de wetgever de – concrete – verkeersopvattingen bewust niet heeft gecodificeerd, om zo ruimte te laten aan ontwikkelingen en de mogelijkheid te bieden om recht te doen aan de diversiteit van gevallen.²³ Verkeersopvattingen zijn kortom, met het oog op de gewenste elasticiteit van het recht, juist niet vastgelegd in de wet of andere geschreven rechtsregels. De vraag is kortom *of* verkeersopvattingen *recht* behelzen, dan wel een *kenbaar feitelijk gegeven* zijn. Over het antwoord op die vraag zijn de meningen verdeeld.

Ik behandel de vraag als volgt. Indien de verkeersopvatting een feitelijk en empirisch gegeven is, zou zij meetbaar of bewijsbaar moeten zijn. Allereerst komt daarom de vraag naar de meetbaarheid en bewijsbaarheid van verkeersopvattingen aan de orde (§ 3.3.1 en 3.3.2). Vervolgens bespreek ik de vraag wanneer wordt verwezen naar ongeschreven recht (§ 3.3.3). De verschillende opvattingen in de doctrine ten aanzien van de aard van verkeersopvattingen komen aan de orde in § 3.3.4. Daarna bezie ik de omgang van de Hoge Raad met verkeersopvattingen (§ 3.3.5). Behandelt hij vragen omtrent de inhoud van verkeersopvattingen als rechtsvragen of als feitelijke vragen?

3.3.1 Is de verkeersopvatting meetbaar?

Volgens Rogmans is de verkeersopvatting in sommige zaken wellicht meetbaar door middel van sociologisch onderzoek.²⁴ Gedacht moet daarbij worden aan opinieonderzoek. Rogmans wijst onmiddellijk op twee bezwaren die aan dergelijk onderzoek kleven, te weten de tijdrovendheid en kostbaarheid daarvan. Hij wijst vervolgens op een door het Nederlands Instituut voor Maatschappij- en Marktonderzoek (NIMMO) uitgevoerd onderzoek ten aanzien van een aantal juridische vragen en constateert een discrepantie tussen de uitkomsten van het opinieonderzoek en het oordeel van de Hoge Raad of lagere rechter in soortgelijke gevallen.²⁵ Volgens Rogmans liet de Hoge Raad zich eerder inspireren door de (rechts)wetenschap dan door signalen uit de samenleving en hij spreekt van ‘sterk autonome rechtsvinding’. Ik laat de

²³ § 2.4.1-2.4.3.

²⁴ Rogmans 2007, nr. 24. Zo ook Van der Wiel 2004, p. 205. Ook in Duitsland is rechtssociologisch onderzoek naar de inhoud van bijv. de *Verkehrsauffassung* wel voorgesteld. Zie daarover Teubner 1971, p. 12 en de daar aangehaalde literatuur. Teubner (1971, p. 116-117) komt tot de conclusie dat *Sozialforschung* aan de concretisering van de *Gute Sitten* slechts een bijdrage kan leveren voor zover deze *Generalklausel* een receptiefunctie vervult (zie daarover nader § 6.3.1). Het ‘meten’ van de sociale norm is volgens hem echter niet afdoende. Daarnaast moet een ‘*Richtigkeitskontrolle*’ door de rechter plaatsvinden. De gemeten sociale norm moet, wil zij *recht* worden, in overeenstemming zijn met de geldende rechtsnormen, rechtsbeginselen en met de grondwet.

²⁵ Het betrof vragen van risicotorekening bij twee verkeersongevallen.

juistheid van die laatste conclusie van Rogmans hier in het midden²⁶ en spreek in dit verband van de ‘eigen dimensie van de normativiteit van de verkeersopvatting’.²⁷

Ondanks praktische bezwaren zoals het tijdsbeslag en de kosten die zijn verbonden aan opinieonderzoek lijkt Rogmans te menen dat het in beginsel mogelijk is om vragen omtrent de verkeersopvatting voor te leggen aan relevante (sub)groepen in de samenleving en zo de inhoud van de verkeersopvatting te achterhalen. De verkeersopvatting zou dus *meetbaar* zijn. De bruikbaarheid van het middel opiniepeilingen wordt door Rogmans (en andere juristen) over het algemeen niet in twijfel getrokken.²⁸

Aan de meetbaarheid van in de maatschappij levende opvattingen (zoals de publieke opinie, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen) wordt echter in sociologische kringen getwijfeld. Aan het doen van opinieonderzoek²⁹ kleven – naast praktische bezwaren – allerlei methodologische problemen, die de bruikbaarheid van de uitkomsten van dergelijk onderzoek op zijn minst twijfelachtig maken. In een rapport uit februari 2006 van het Sociaal en Cultureel Planbureau³⁰ worden die problemen geschetst. Opvallend is dat een aantal van deze problemen verwant lijkt aan de problemen die de rechter ervaart bij hantering van de verkeersopvatting.

Een eerste probleem is dat de opvatting van de onderzoeker over het begrip ‘publieke opinie’ de onderzoeksmethode bepaalt.³¹ In de *klassieke opvatting*, die vooral door de Duitse filosoof Habermas bekend is geworden,³² ziet de publieke opinie op de maatschappelijke consensus die ontstaat na een openbaar maatschappelijk discours tussen vrije burgers die op onafhankelijke, kritische, rationele, goedgeïnformeerde en doelgerichte wijze discussiëren over zaken van algemeen belang. Habermas sloot ‘het gewone volk’ uit van zijn ideaal van burgerlijke openbaarheid en publieke opinie, omdat dit te gemakkelijk ten prooi zou vallen aan ‘wilde emoties en volksmenners’.³³ Slechts de consensus onder het onafhankelijke, rationeel denkende en goedgeïnformeerde deel

26 Later zal blijken dat, ook in gevallen waarin de verkeersopvatting een eigen normatieve dimensie lijkt te kennen, de rechtsvinding m.i. minder ‘autonoom’ plaats dient te vinden dan Rogmans wellicht vermoedt, zie § 7.3.2.

27 Zie hierna § 3.4.3.

28 Zie bijv. Köster 1969, p. 438. Köster maakt wel enige kanttekeningen. Anders: Asser-Scholten 1974, p. 126-128, die zich t.a.p. sceptisch toont ten aanzien van de bruikbaarheid van de publieke opinie voor het vinden van het recht.

29 De betekenis van de term ‘opinieonderzoek’ is niet eenduidig, evenmin als het begrip ‘publieke opinie’. In het hierna te noemen SCP-rapport (p. 19-25 en 43) wordt onderscheid gemaakt tussen ‘publieke opinie in klassieke zin’ en ‘in moderne zin’ en tussen ‘bevolkingsonderzoek’ en ‘fundamenteel wetenschappelijk opinieonderzoek’.

30 Van Dixhoorn 2006.

31 Van Dixhoorn 2006, p. 19.

32 Zie Habermas 1990/1962, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*.

33 Van Dixhoorn 2006, p. 22. Zie ook Habermas 1990/1962, p. 343-359.

van de burgers was relevant.³⁴ Met publieke opinie werden de toonaangevende openbare opinies in het publieke domein bedoeld; de meningen die in het openbare leven de toon zetten.

In de *moderne opvatting* van het begrip publieke opinie gaat het niet om de mening van het 'weldenkende, goedgeinformeerde deel van de bevolking', maar doelt men op de 'meest voorkomende opvatting' onder de bevolking, die steekproefsgewijs – empirisch – wordt vastgesteld door middel van bevolkingsopinieonderzoeken.³⁵ Een verband met een openbaar discours wordt daarvoor niet nodig geacht, terwijl het ook niet hoeft te gaan om alleen verbale communicatie en rationele discussievormen.³⁶ Het gaat in de moderne opvatting om de 'optelsom van individuele meningen op een bepaald moment'.

De opvatting over de aard van het begrip 'publieke opinie' is kortom relevant voor beantwoording van de vraag *wiens* mening relevant is voor het achterhalen van de publieke opinie; die van een elitaire bovenlaag³⁷ of van de meerderheid van de bevolking. Zo is het ook bij de verkeersopvatting. Daarover is wel opgemerkt dat slechts de mening van juristen er toe doet, omdat slechts zij degenen zijn die er een 'gefundeerde' mening op na kunnen houden.³⁸ De opvatting over de aard van de verkeersopvatting bepaalt met andere woorden welke kring van personen relevant wordt geacht. Meent men dat de verkeersopvatting een typisch juridisch begrip is, dan ligt het voor de hand om de opvatting van juristen doorslaggevend te achten. Noemt men de verkeersopvatting een technisch begrip, dan ligt het voor de hand om te rade te gaan bij vaklieden op bepaalde technische gebieden. Meent men dat de verkeersopvatting naar de in de maatschappij levende opvattingen verwijst dan lijkt de meerderheidsopvatting van de burgers de aangewezen verkeersopvatting.

Welke kring van personen ook relevant geacht wordt, de opvatting binnen die kring mensen zal – indien we uitgaan van het feitelijk bestaan van de publieke opinie en de verkeersopvatting – gemeten moeten worden. Terug dus naar de vraag of de verkeersopvatting meetbaar is, bijvoorbeeld door middel van opinieonderzoek, meer in het bijzonder bevolkingsopinieonderzoek.

34 Van Dixhoorn 2006, p. 21-22.

35 Van Dixhoorn 2006, p. 23.

36 Van Dixhoorn 2006, p. 25, merkt op dat ook emoties, vastgeroeste overtuigingen en vooroordelen een rol kunnen spelen.

37 De terminologie is afkomstig van Wessels (1988, nr. 843). Hij meent dat aan de zinsnede "'krachtens" maatschappelijke opvattingen' een eigen betekenis toekomt en dat deze verwijst naar de exclusiviteit van opvattingen van een elitaire bovenlaag. Dit in tegenstelling tot bewoordingen als; 'in de maatschappij gangbare opvattingen' en 'naar maatschappelijke opvattingen'.

38 Zie Rossel 1994, p. 341.

Dergelijk onderzoek staat of valt met de selectie van een representatieve steekproef.³⁹ Het samenstellen van een goede steekproef blijkt vaak zeer lastig vanwege het probleem van de non-respons of slechte representativiteit. Bij vaststelling van de inhoud van de verkeersopvatting speelt een vergelijkbaar probleem. Daar speelt veelal de vraag: Welk verkeer betreft het en wiens opvattingen zijn relevant? Met andere woorden, welke kring van personen moet worden geraadpleegd en hoe verkrijgt men uit die kring een representatief antwoord?

Is de steekproef succesvol samengesteld dan rijzen opnieuw problemen. Uit onderzoek blijkt namelijk dat de formulering van de vraagstelling, de volgorde van de vragen, het tijdstip van de enquête en de gekozen interviewtechniek grote invloed hebben op de antwoorden.⁴⁰ Bovendien stellen onderzoekers van tevoren niet alleen de vragen, maar ook de antwoordmogelijkheden op, met het oog op statistische verwerking van de data. Vervolgens is het uiteindelijk de onderzoeker die de resultaten interpreteert en presenteert. De invloed van de onderzoeker op de uitkomst is dan ook niet verwaarloosbaar.

Aan bevolkingsopinieonderzoek kleven daardoor beperkingen.⁴¹ Het bevolkingsonderzoek weerspiegelt vaak niet, althans niet met zekerheid, de meningen die onder de bevolking leven. Het gaat om meningen die sterk beïnvloed worden door de actualiteit van het dagelijks leven. Het betreft momentopnames in een opinieproces dat nooit voltooid of definitief is. Bovendien gaat het om meningen van mensen die reageren op vragen waarover ze veelal nog nooit hebben nagedacht en die zij zonder beschikbare achtergrondkennis beantwoorden. Mensen blijken hun antwoorden op enquêtes dan ook gemakkelijk achteraf bij te stellen.⁴² De uitkomsten van het onderzoek worden echter vaak in exacte vorm gepresenteerd. Van Dixhoorn komt tot de conclusie dat 'de publieke opinie' tot op grote hoogte een *constructie* is van onderzoekers, die werken in opdracht van belanghebbenden.⁴³ In hoeverre de uitkomsten daadwerkelijk de publieke opinie benaderen hangt volgens hem sterk af van de vaardigheden van de onderzoeker in het enquêteren, interpreteren en publiceren.⁴⁴

39 Van Dixhoorn 2006, p. 45-46, beschrijft drie (enquête)methoden: de aselecte steekproef, de quotamethode en het onderzoekspanel. Bij de eerste methode speelt vooral het probleem van de non-respons. Bij de twee andere methoden wordt dat probleem omzeild, maar heeft de onderzoeker invloed op de steekproef en deze is niet langer aselect. Bij alle drie de methoden leiden de gesignaleerde problemen tot het minder representatief zijn van de resultaten. Van Westendorp (2001, p. 15-16) noemt twee fundamentele methoden: de enquête en de steekproeftrekking.

40 Zie Van Dixhoorn 2006, p. 47 en de door hem genoemde literatuur en Van Westendorp 2001, p. 15.

41 Van Westendorp (2001, p. 15 e.v.) spreekt van *fundamentele problemen*.

42 Van Dixhoorn 2006, p. 49.

43 Van Dixhoorn 2006, p. 47.

44 Van Dixhoorn 2006, p. 48.

Op het moderne bevolkingsopinieonderzoek wordt dan ook fundamentele kritiek geleverd. Één van die kritiekpunten is dat (de uitkomsten van) peilingen en opinieonderzoeken geen discursief karakter hebben en niet tot stand komen op basis van argumenten in een discussie tussen goed geïnformeerde individuen of groepen burgers.⁴⁵ Het is met name dit kritiekpunt dat ook vragen oproept ten aanzien van de bruikbaarheid van de uitkomsten van eventueel bevolkingsopinieonderzoek voor het recht. Dit geldt temeer daar de verkeersopvatting steeds een normatief aspect kent.⁴⁶

Feit is dat voor het achterhalen van de verkeersopvatting in procedures van bevolkingsopinieonderzoek geen gebruik wordt gemaakt.⁴⁷ Mij is althans geen jurisprudentie bekend waarin de verkeersopvatting – al dan niet na een bewijsopdracht – werd ‘gevonden’ door middel van een dergelijk onderzoek.⁴⁸ Volgens de parlementaire geschiedenis is een moeilijk en tijdrovend onderzoek ook niet nodig.⁴⁹ De bruikbaarheid van opinieonderzoek voor het achterhalen van de verkeersopvatting is twijfelachtig, gelet op de methodologische bezwaren die aan deze methode kleven en de specifiek juridische vragen die het betreft.⁵⁰ Bovendien brengt het – op instigatie van partijen of de rechter – laten uitvoeren van een dergelijk onderzoek het gevaar mee dat de procedure zich niet langer toespitst op de inhoud van de verkeersopvatting maar op de deugdelijkheid van het uitgevoerde bevolkingsopinieonderzoek. Dat dit gevaar niet illusoir is en dat de uitkomsten van dergelijk opinieonderzoek niet per definitie in rechte bruikbaar zijn, blijkt uit jurisprudentie waarin dergelijke

45 Van Dixhoorn 2006, p. 50-51. Het betreft het tweede door hem genoemde bezwaar.

46 Zie hierna § 3.4.2.

47 In Nederland lijkt onder rechters nogal wat scepsis te bestaan ten aanzien van de vraag of dergelijk onderzoek nuttig is. Zie daarover bijv. (m.b.t. het merkenrecht) Hoyng 2001 en van Westendorp 2001. Hoyng (2001, p. 3) schetst 3 redenen waarom rechters liever vertrouwen op hun eigen oordeel dan op de uitkomsten van marktonderzoek.

48 De enige mij bekende jurisprudentie waarin – als aanvulling op de redenering – soms gebruik wordt gemaakt van opinieonderzoeken (of ‘marktonderzoek’) is jurisprudentie over de begrippen *overeenstemming* en *verwarringsgevaar* in het merken- en handelsnaamrecht. Zie daarover: Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 287-296; Gielen-Wichers Hoeth 1992, nr. 354; *BMM bulletin* 2001/1 (Themanummer Marktonderzoek); Gielen 2006, nr. 84. Anders dan bij ons zijn marktonderzoeken in de VS en Duitsland in merkenrechtelijke zaken inmiddels een belangrijk bewijsmiddel. Zie over de hantering van ‘*Umfrageforschung*’ in het Duitse recht reeds Teubner 1971, p. 10-12.

49 M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78.

50 Zie over dit specifiek juridische karakter nader § 3.5.2. Dit karakter wordt nog versterkt doordat de verkeersopvatting met name wordt gehanteerd in twijfelgevallen, zie § 2.6.2.1 sub ii). Zie over dit probleem reeds Köster in zijn noot onder de arresten *Fokker/Zentveld* en *Cadix/AEH* in AA 1969, p. 438. Vergl. Haazen 2001, p. 369-379. Hij meent enerzijds dat ‘maatschappelijke opvattingen’ helemaal nooit met precisie vast te stellen zijn (p. 369-370), maar anderzijds dat dit probleem voor de rechterlijke macht ook niet overdreven moet worden (p. 372-379).

opinieonderzoeken wél zijn gebruikt.⁵¹ Het betreft dan jurisprudentie over het ‘verwarringsgevaar’ in het merken- en handelsnaamrecht. In zijn bespreking van deze jurisprudentie komt Van Nieuwenhoven Helbach tot de conclusie dat het gebruik van opinieonderzoek geen deugdelijk middel is voor het bepalen van verwarringsgevaar.⁵² Hij wijt dit hieraan dat de beoordeling van dit verwarringsgevaar geen feitelijke vaststelling betreft, maar – binnen de wettelijke context – een normatieve beoordeling vergt, waartoe bij uitstek de rechter geroepen en in staat is.⁵³

Ook vaststelling van de verkeersopvatting vergt steeds een normatieve beoordeling.⁵⁴ Aan de meetbaarheid van deze normatieve opvattingen door middel van opinieonderzoek dient sterk getwijfeld te worden.⁵⁵ De bruikbaarheid in rechte van de uitkomst uit een eventueel bevolkingsonderzoek is twijfelachtig, gelet op de eigen dimensie van de normativiteit van de verkeersopvatting. Daarnaast is deze methode om de inhoud van de verkeersopvatting te achterhalen kostbaar, bewerkelijk en tijdrovend.

Betekent dit nu dat de publieke opinie er in rechte geheel niet toe doet en bevolkingsopinieonderzoek ten aanzien van juridische vraagstukken volledig nutteloos is? Die conclusie zou ik niet onmiddellijk willen trekken. Dat het bevolkingsopinieonderzoek voor de rechter een lastig te hanteren, kostbaar en waarschijnlijk niet erg zinvol middel is om de verkeersopvatting te achterhalen, diskwalificeert onderzoek naar de publieke opinie niet waar het wetgevingsprocessen of rechtsgeleerd onderzoek betreft.⁵⁶ Het is met name aan

51 Zie bijv. Hof Den Haag 5 juli 1999, *BIE* 1999, 126 (*IER* 1999, 50) (*Becel/Benecol*) en Hof Den Bosch 29 maart 2005, *BIE* 2005, 82 (*Marca/Adidas*). Uit r.o. 4.23 van het laatste arrest blijkt van een uitvoerige discussie tussen partijen over het uitgevoerde marktonderzoek. Het Hof acht die discussie niet relevant. In cassatie oordeelde de Hoge Raad echter dat ‘de rechter in beginsel alle hem ter kennis gebrachte omstandigheden in zijn beoordeling moeten betrekken.’ Hij gaat op het marktonderzoek niet in maar stelde prejudiciële vragen aan het HvJ EG, zie: HR 16 februari 2007, *BIE* 2007, 61 (*Adidas/Marca*). Zie ook Van Nieuwenhoven Helbach 1983.

52 Hij is overigens een andere mening toegedaan waar het de *bekendheid* (het onderscheidend vermogen) van een merk of handelsnaam betreft. Dit ‘feit’ is volgens de auteur beter meetbaar door middel van opinieonderzoek, zie a.w. p. 292-293. Hoyng (2001, p. 3) meent eveneens dat in ieder geval het onderscheidend vermogen van een merk gemeten kan worden. Vergl. over het meten van verwarringsgevaar de bijdrage van Van der Kooij in *BWKJ* 24.

53 Van Nieuwenhoven Helbach 1983, p. 296. Anders Hoyng 2001, die meent dat opinieonderzoek bruikbaar is, mits uitgevoerd volgens vooraf d.m.v. fundamenteel multidisciplinair onderzoek opgestelde onderzoeksmaatstaven. Zo ook Kabel 2005. Zie over dergelijke ‘algemene maatstaven’: Van Westendorp 2001.

54 Zie § 3.4.2.

55 Zie bijv. Van Westendorp 2001, p. 13: ‘Het recht vormt een ‘nomothetisch’ werkteerrein dat zich (...) moeizaam verdraagt met een werkteerrein dat de empirie als uitgangspunt neemt.’

56 Voorwaarde is wel dat zulk onderzoek wordt verricht (en beoordeeld) volgens algemeen geaccepteerde – wetenschappelijke – maatstaven. Dergelijk maatstaven voor ‘juridisch’ bevolkingsopinieonderzoek ontbreken vooralsnog. Zie daarover Hoyng 2001 en Van Westendorp 2001.

de wetgever en de rechtsgeleerden om maatschappelijke ontwikkelingen die relevant zijn voor het recht te signaleren en daaraan conclusies te verbinden voor het recht. Anders dan de rechter beschikken zij veelal over de tijd en de middelen om deze ontwikkelingen, mede met behulp van opinieonderzoek, in kaart te brengen. Een voorbeeld van een nuttig opinieonderzoek is in dit verband het onderzoek dat de wetgever liet uitvoeren naar de veranderende opvattingen in de maatschappij over het huwelijk, en over – de gewenste omvang van – de gemeenschap van goederen.⁵⁷ Het wetsvoorstel om te komen tot aanpassing en bij de tijd brengen van de gemeenschap van goederen werd mede gebaseerd op de uitkomsten van dit onderzoek.⁵⁸ Opmerking verdient dat het bevolkingsopinieonderzoek in het hier gememoreerde geval niet zozeer zag op de opvattingen omtrent het antwoord op specifieke rechtsvragen, maar om de – gewijzigde – opvattingen omtrent het instituut huwelijk en het huwelijksvermogensrecht in het algemeen.⁵⁹

Interessant is in dit verband wat Paul Scholten schrijft over *het* – algemene – rechtsbewustzijn en *de* publieke opinie:⁶⁰

‘Hier is de vraag op haar plaats, welke betekenis het oordeel van de kring, het rechtsbewustzijn in de tweede, hierbovenbedoelde zin, voor de rechtsvinding heeft.

Naar mijn mening stellig niet, – gelijk KRABBE leert – dat de inhoud van dat rechtsbewustzijn eenvoudig het recht is. En dit reeds hierom niet, omdat het bestaan van zulk een algemene inhoud van het rechtsbewustzijn van een volk niet is aan te tonen. Wij hebben geen recht te zeggen, dat *het* rechtsbewustzijn van allen, en evenmin van een meerderheid, dit of dat eist. Daarvan weten we niets. Wat we ‘rechtsbewustzijn’ noemen is in dit verband niet anders dan een min of meer vage voorstelling omtrent wat recht behoort te zijn, niet veel meer dan publieke opinie. Het parlementaire stelsel tracht naar een methode om haar te leren kennen en er wetsregels uit te distilleren. Hoe gebrekkig slaagt het er in! Doch daarbuiten weten we van de overtuiging van het volk of van de meerderheid bitter weinig. Nooit kunnen we verklaren, dat de een of andere uitspraak over een concreet geval door *het* rechtsbewustzijn van het volk wordt geëist. Daarvoor verlangt zulk een uitspraak te zeer een kennis van alle omstandigheden, een afwegen van al de factoren, die in de een of de andere richting wijzen. Dit kan alleen na rijpe overweging geschieden, een vluchtig oordeel van de eerste de beste is daarbij waardeloos. Verder dan algemene, vage overtuiging over wat in het algemeen behoort komen

57 Het betrof een in opdracht van de wetgever uitgevoerde NIPO-enquête naar de algemene kennis en opvattingen onder de bevolking over de algehele gemeenschap van goederen.

58 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van boek 1 BW (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen).

59 Haazen (2001, p. 376-379) merkt op dat, bij het achterhalen daarvan, geen irreëel hoge eisen gesteld moeten worden aan de ‘specificiteit’ van verkeers- en maatschappelijke opvattingen en meent dat ook vagere noties en aanwijzingen behulpzaam kunnen zijn. Verkeersopvattingen zijn m.i. echter per definitie concreet en specifiek, omdat zij uitermate feiten- en rechtsvraaggebonden zijn, zie § 4.5.4.2 en 4.6. Daarin verschillen zij van maatschappelijke opvattingen, zie § 5.4.1.3.

60 Asser-Scholten 1974, p. 126-127.

we niet. En zelfs voor zulke overtuigingen is het uiterst moeilijk uit te maken of de door velen worden gedeeld en vooral of het rechtsovertuigingen zijn, niet eerder uitspraken door eigen- of groepsbelang of wel door vooroordeel gedicteerd.

(...) Hiermee is geenszins gezegd, dat *het* rechtsbewustzijn in deze zin, – ik spreek nu verder liever van publieke opinie – voor de rechtsvinding geheel onverschillig is. Wie recht zoekt, zoekt een gemeenschapsregel. Daaruit volgt niet, dat hij aan de gemeenschap heeft te vragen, wat de inhoud van die regel zal zijn, doch wel, of de gemeenschap die regel verdraagt en aanvaardt. Het rechtsbewustzijn is vooral een bewustzijn van *onrecht*.’

De publieke opinie speelt, aldus Scholten, dus niet zozeer een rol bij het achterhalen van het positieve recht, maar wel als negatieve toetst. Ik kom op deze observatie terug in § 6.4.2.3.

3.3.2 Is de verkeersopvatting bewijsbaar?

Indien de verkeersopvatting slecht meetbaar is, kan zij dan wellicht door middel van getuigenverhoor of deskundigenbericht bewezen worden? De jurisprudentie geeft daarvan weinig voorbeelden,⁶¹ terwijl volgens de parlementaire geschiedenis:⁶²

‘(...) de praktijk heeft bewezen dat in de meeste gevallen een moeilijk en tijdrovend onderzoek naar de inhoud van de “verkeersopvatting” achterwege kan blijven, waardoor dus de zaak soepel verloopt, en dat slechts bij uitzondering de noodzaak tot een bewijsopdracht complicaties zou kunnen veroorzaken.’

Een voorbeeld van een kwestie waarin wel een deskundigenbericht werd gelast en waarin prompt dergelijke complicaties optraden, biedt het arrest Radio Holland.⁶³ In die kwestie draaide het om allerlei door Radio Holland geleverde apparatuur, te weten: een draagbare reddingboot-installatie, een richtingzoeker, een VHF telefonie-installatie, een radarinstallatie en een telefonie-installatie. Deze door Radio Holland onder eigendomsvoorbehoud geleverde apparaten waren ‘overeenkomstig hun bestemming’ ingebouwd in of geplaatst op het zeeschip ‘Swift Arrow’, dat ondertussen in eigendom toebehoorde aan Sea-containers.

De Rechtbank vroeg een drietal deskundigen om uitsluitsel te geven over de verkeersopvattingen die in de branche golden ten aanzien van de genoemde zaken. De deskundigen beperkten in hun rapport de kring van relevante personen tot eigenaren van zeeschepen, scheepshypotheekbanken en leveran-

61 De verkeersopvatting pleegt in het algemeen in rechte niet met behulp van getuigenbewijs of deskundigenbericht te worden vastgesteld.

62 M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78.

63 HR 16 maart 1979, *NJ* 1980, 600 m.nt. B. Wachter (*Radio Holland*).

ciers van de apparatuur zoals in geschil. De reddingboot-installatie werd volgens de deskundigen door allen in de branche beschouwd als een deel van het schip. Ten aanzien van de radio- en telefonie-apparatuur, de richtingzoeker en de radarinstallatie was het deskundigenbericht veel dubbelzinniger. De deskundigen stellen allereerst:

‘Het is een zeeschip onmogelijk zonder de genoemde apparaten te varen, zodat zij naar de in dezen geldende verkeersopvattingen en naar het normale spraakgebruik moeten worden aangemerkt als wezenlijke onderdelen van het schip.’

Daarmee was de kous voor de deskundigen echter niet af. Zij bespraken vervolgens de situatie omtrent die apparatuur in Nederland. Ze noemden het feit dat de grote meerderheid van de Nederlandse vloot de apparatuur betrok van Radio Holland, dat die apparatuur veelal door Radio Holland werd onderhouden en door haar scheepsofficieren werd bediend. De deskundigen merkten ten slotte op dat bij koop, verkoop en executie van Nederlandse schepen alle partijen en ook de scheepshypotheekbanken aannemen dat de apparatuur *niet* met het schip wordt verkocht. De verkeersopvatting onder eigenaren van Nederlandse schepen, de hypotheekbanken en van hen die de apparatuur leveren was, volgens de deskundigen dan ook dat de apparatuur *niet* wordt aangemerkt als deel van het schip. De deskundigen merkten nog op dat dit anders was waar het niet-Nederlandse schepen betreft, al dan niet in aanbouw. Ten aanzien van (in Nederland gebouwde) niet-Nederlandse schepen was de betreffende apparatuur, volgens de deskundigen, *wel* bestanddeel van het schip.

Kortom, door de deskundigen werd een verschil geconstateerd tussen de volgens hen ‘algemeen geldende verkeersopvatting’ en de geldende ‘Nederlandse gebruiken in de branche’, die door de deskundigen eveneens worden aangeduid met het begrip *verkeersopvatting*. Het hof volgt de deskundigen hierin. Hij kent betekenis toe aan de omstandigheid dat het betreffende schip niet voor Nederlandse rekening werd gebouwd en oordeelt dat de apparatuur bestanddeel is van het schip. Dit is reden voor de Hoge Raad om het arrest te vernietigen. Hij oordeelt dat het voor de zakenrechtelijke conclusies geen verschil mag maken of een zeeschip voor Nederlands of buitenlandse rekening werd gebouwd, terwijl het al of niet sluiten van een overeenkomst met betrekking tot (het onderhoud of de eigendom van) de apparatuur geen invloed mag hebben op de zakenrechtelijk verhoudingen.⁶⁴

64 De betreffende rechtsoverweging van de Hoge Raad blinkt ten gevolge van een dubbele ontkenning helaas niet uit in duidelijkheid: ‘Het karakter van de natrekking – waarvan de rechtsgevolgen aan de wil van pp. zijn onttrokken – en de eisen van zekerheid en duidelijkheid die aan het zakenrecht moeten worden gesteld, brengen echter wel mee, dat een zodanige apparatuur ook dan niet geacht mag worden in zakenrechtelijke zin deel uit te maken van het schip indien in een bepaald geval ten aanzien van die apparatuur een overeenkomst als in de vorige alinea bedoeld niet werd gesloten, en dat het ook geen

De zaak Radio Holland illustreert dat de verkeersopvatting zich soms gemakkelijk laat 'bewijzen' (bijvoorbeeld ten aanzien van de reddingbootinstallatie) en dat over haar inhoud in andere gevallen juist grote onzekerheid bestaat (zoals over de overige apparatuur).⁶⁵ Ten aanzien van de reddingbootinstallatie is het de vraag of het deskundigenbericht veel toevoegt, nu de verkeersopvatting hieromtrent onmiddellijk evident en kenbaar lijkt. Ten aanzien van de overige apparatuur is het eveneens de vraag of het deskundigenbericht veel toevoegt. De deskundigen komen er niet goed uit, terwijl uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat tevens andere overwegingen dan de geldende gebruiken in de branche, de gebruikelijke overeenkomsten tussen partijen en het algemeen spraakgebruik en gevoelens een rol spelen. Hij wijst op 'het karakter van de natrekking' en 'de eisen van zekerheid en duidelijkheid' die aan het zakenrecht moeten worden gesteld.

De Hoge Raad verwijst de kwestie naar een ander Hof ter vaststelling van de vraag:

'of de oordelen van deskundigen, neergelegd onder 4 en 5 van hun bericht, dienen te worden overgenomen, in welk geval deze oordelen, blijkens het vorenoverwogene, voor een voor buitenlandse rekening te bouwen Nederlands zeeschip tot geen andere zakenrechtelijke conclusies zullen kunnen leiden dan voor een voor Nederlandse rekening te bouwen schip.'

Het deskundigenbericht wordt met andere woorden niet zonder meer doorslaggevend geacht.

Terecht merkt annotator Wachter op dat de Hoge Raad zodoende zijn beslissing beargumenteert vanuit de grondslagen van het zakenrecht en dat het niet te pas komt dat een voorwerp zakenrechtelijk nu eens zelfstandig, dan weer onzelfstandig is, al naar gelang het partijen uitkomt. Hij concludeert:⁶⁶

'Indien de verkeersopvatting als bron van ongeschreven objectief recht nader inhoud geeft aan een deel van het recht, dat als dwingend aangemerkt wordt, is het pp. niet mogelijk die verkeersopvattingen ter zijde te stellen.'

Indien deze conclusie van Wachter juist is, en de verkeersopvatting – in dit geval – inderdaad verwijst naar een bron van dwingend maar ongeschreven objectief recht, dan is het de vraag of zij 'bewijsbaar' is en of zulk bewijs noodzakelijk is. Immers, slechts het bestaan van *feiten of rechten* die nodig zijn

verschil kan maken of zulke overeenkomsten met betrekking tot voor buitenlandse rekening in aanbouw zijnde schepen ongebruikelijk zijn.'

⁶⁵ Zie over de verschijningsvormen van de verkeersopvatting hierna § 3.5.

⁶⁶ Wachter in zijn annotatie (sub 3) onder HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 (*Radio Holland*).

voor het intreden van een beoogd rechtsgevolg behoeven bewijs.⁶⁷ Dit brengt mij opnieuw bij de vraag of de verkeersopvatting niet veeleer verwijst naar *ongeschreven recht*.

3.3.3 Wanneer wordt verwezen naar ongeschreven recht?

Op enkele plaatsen in het vermogensrecht verwijst de wetgever uitdrukkelijk naar 'ongeschreven recht'. Zo moet wat '(on)betamelijk' is in het maatschappelijke verkeer blijken uit het 'ongeschreven recht' (art. 6:162 lid 2 BW) en staat het de eigenaar van een zaak vrij daarvan gebruik te maken, mits dat gebruik niet in strijd is met rechten van anderen en 'de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen' (art. 5:1 lid 2 BW). In deze gevallen is de verwijzing naar 'ongeschreven recht' overduidelijk. Op andere plaatsen is dat minder duidelijk.

In het verleden is de vraag *waar* in ons wetboek wordt verwezen naar ongeschreven recht aan de orde gesteld door Brunner. Hij bespreekt de vraag of onbepaalde begrippen en vage normen naar ongeschreven recht verwijzen in zijn artikel over geschreven en ongeschreven burgerlijk recht.⁶⁸ Brunner meent dat de rechter, ook bij de hantering van door de wetgever aangereikte open begrippen als norm voor de beslissing, recht spreekt 'volgens de wet'.⁶⁹

'Niettemin heeft bij ons de opvatting, dat een ruime uitleg van die begrippen, de erkenning van ongeschreven recht betekent, school gemaakt. (...) In die gedachten-gang is een uitleg van wettelijke bepalingen die, uitdrukkelijk of impliciet verwijzen naar de moraal of de in de samenleving heersende opvattingen, een wetsbepaling die het bestaan van ongeschreven recht erkent. Ongeschreven recht is dan zoiets als de positieve moraal, de gewoonte en de verkeersopvatting. Het is ongeschreven, omdat de wet volstaat met algemene aanduidingen of verwijzingen, en zich er van onthoudt meer precieze regels te geven. (...) Ongeschreven recht is dan ook, dat naar verkeersopvatting moet worden beslist of een zaak bestanddeel van een ander zaak is. Maar zo is er geen einde aan het ongeschreven recht dat in en krachtens de wet wordt toegepast. In het nieuwe BW is die opvatting over ongeschreven recht doorgedrongen.'

Brunner heeft bezwaar tegen deze ruime opvatting van 'ongeschreven recht' en zet daar zijn eigen gedachten tegenover:⁷⁰

67 Art. 149 en 150 RV. Het gaat hierin om bewijs van *feiten* en de voor *subjectieve rechten* *benodigde feiten*. Objectief recht behoeft noch gesteld noch bewezen te worden. Zie Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 206.

68 Brunner 1988, zie met name p. 456.

69 Zo ook Lokin 1984 en Dubbink 1990. De laatste maakt onderscheid tussen binnenwettelijk en buitenwettelijk ongeschreven recht.

70 Brunner 1988, p. 456.

‘Overall waar de wet termen gebruikt met een ethische lading (goede zeden, goede trouw, billijkheid, betamelijkheid), bedoelt zij een minimum aan zedelijkheid als rechtsnorm te waarborgen, niet alle voorschriften van de moraal tot rechtsnorm te verheffen. Dat minimum is niet alleen zedelijk voorschrift, maar tevens rechtsnorm. Van de rechter wordt niet verwacht, dat hij zedenmeester is, maar dat hij als onrecht brandmerkt wat met een maatschappelijk onaanvaardbaar minimum van zedelijkheid in strijd is. (...) De term ‘ongeschreven recht’ is, zo bezien, niet recht buiten de wet, maar recht dat – door uitdrukkelijke verwijzing of bij implicatie – krachtens de wet als rechtsnorm geldt. De rechter die het toepast spreekt recht volgens de wet.’

Het lijkt er daarmee op dat Brunner enerzijds het bestaan van buitenwettelijke of buitenjuridische bronnen van recht verwerpt.⁷¹ De wet omvat volgens hem niet alleen wat daarin met zoveel woorden is bepaald, maar ook wat ‘tussen de regels’ is te lezen. Anderzijds stelt Brunner dat ook het ‘ongeschreven recht’ deel is van de wet. Het ongeschreven recht waarop hij doelt is een ‘minimum-eis aan zedelijkheid’ die daarom tevens als *rechtsnorm* moet gelden.

Deze afbakening door Brunner van wat als ongeschreven recht heeft te gelden, is niet zonder meer bruikbaar voor beantwoording van de vraag of het begrip verkeersopvatting verwijst naar ongeschreven recht. Kan de verkeersopvatting wel worden gezien als een ‘term met ethische lading’? Brunner laat zich daar niet over uit, maar beperkt zich tot bespreking van vage morele gedragsnormen (goede zeden, goede trouw, billijkheid, betamelijkheid).⁷² Hij aanvaardt dat deze ongeschreven gedragsnormen als rechtsnormen te gelden hebben, voor zover zij een ook rechtens geldende ‘minimumeis aan zedelijkheid’ waarborgen. Verkeersopvattingen verwijzen echter *niet* naar gedragsnormen die een minimumeis aan zedelijkheid waarborgen, maar naar *andere opvattingen over behoren*.⁷³ Het betreft niet zozeer ‘minimumeisen aan zedelijk gedrag’, maar een juridische maatstaf waarlangs een complex van feiten en omstandigheden wordt gelegd; de juridische honorering van normatieve verwachtingen die omtrent die feiten en omstandigheden gekoesterd worden. De vraag of *verkeersopvattingen* verwijzen naar ongeschreven recht blijft bij Brunner dan ook onbeantwoord.

71 De vraag of de rechter dit zogenaamde ‘ongeschreven recht’ – en in het bijzonder de verkeersopvatting – alleen mag hanteren indien een onbepaald begrip of vage norm uitdrukkelijk daarnaar verwijst, behandelde ik in § 2.6.2.2. sub ii).

72 Hier wreekt zich mijns inziens de dubbelzinnigheid van het woordje *norm*, dat zowel opgevat kan worden in de zin van *gedragsnorm* als in de zin van *rechtsnorm* of *beslissingsmaatstaf* (zie § 2.3.1).

73 Zie § 2.3.1 en 2.3.2 en voor uitwerking van deze gedachte hierna § 4.2, 5.2.3 en 6.4.1.

3.3.4 De doctrine: drie visies op verkeersopvattingen

Over de verkeersopvatting wordt in de doctrine meestal geschreven in het kader van een bepaald rechtsgebied, een leerstuk of een specifieke rechtsvraag.⁷⁴ Weinig auteurs hebben zich gewaagd aan beschouwingen over de verkeersopvatting in het algemeen.⁷⁵ Het is daarom lastig iets te zeggen over de meningen in de doctrine over *de* verkeersopvatting. Met enige moeite zijn in de doctrine drie mogelijke visies op de aard van de verkeersopvatting te ontwaren. De eerste visie is dat de verkeersopvatting een feitelijk gegeven is en niet verwijst naar een norm of naar ongeschreven recht. In de tweede visie verwijst de verkeersopvatting soms naar een feitelijk gegeven en soms naar – een bron van – ongeschreven recht. Auteurs die de derde visie aanhangen menen dat de verkeersopvatting steeds verwijst naar – een bron van – ongeschreven recht.

3.3.4.1 Visie 1: feitelijk gegeven

Verschillende auteurs hebben betoogd dat de verkeersopvatting een feitelijk gegeven behelst, en geen norm van ongeschreven recht. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de auteurs die deze visie aanhangen over het algemeen schrijven over verkeersopvattingen in het goederenrecht. Meestal laten zij zich niet uit over de vraag of zij dezelfde mening zijn toegedaan ten aanzien van verkeersopvattingen in het verbintenissenrecht. De auteurs die hier door mij besproken worden, moeten daarom wellicht aangemerkt worden als aanhanger van visie twee. Duidelijk wordt hun mening omtrent de aard van de verkeersopvatting op beide rechtsgebieden vaak niet. Om het onderscheid tussen de drie mogelijke visies helder te maken, behandel ik de visie dat de verkeersopvatting een feitelijk gegeven zou zijn desondanks als afzonderlijke visie.

In zijn eerste artikel over de verkeersopvatting is Rogmans de mening toegedaan dat de verkeersopvatting een feitelijk gegeven is. Hij noemt haar 'een species van het genus feitelijke gebruik', en stelt:⁷⁶

'Zij zijn op zich niet een norm of een morele maatstaf, geen uitdrukking dus van "behoren". Zij zijn moraliter neutraal. Verkeersopvattingen zijn gebruikelijke handelwijzen, meningen, zakelijke oordelen en opvattingen levend in bepaalde kring die in de door de wet genoemde gevallen kenbron zijn.'

74 Zie bijv. Sieburgh 2000 (*Toerekening van een onrechtmatige daad*); Wichers 2002 (*Natrekking, vermenging en zaaksvorming*); Meijer 2007 (*Ongerechtaardigde verrijking*).

75 Zie Rogmans 1987; Rossel 1994; Rogmans 2007; Haazen 2001.

76 Rogmans 1987, p. 146. Een paar regels verder schrijft Rogmans echter: 'Het gaat om opvattingen die in zo'n kring gemeengoed zijn en die aldus in voorkomende gevallen tot een bron van ongeschreven objectief recht worden.' [cursivering PM]. Al in zijn artikel uit 1987 hinkt Rogmans dan ook op twee gedachten, evenals in zijn later geschreven monografie.

Het onderscheid dat Rogmans maakt is een onderscheid tussen 'zijn' en 'behoren'. In zijn monografie van later datum spreekt hij in dit verband over de verkeersopvatting als een *feitelijke norm*⁷⁷ in plaats van een *rechtsnorm*, waarbij hij geen onderscheid lijkt te maken tussen het verbintenissen- en goederenrecht.⁷⁸ Elders in zijn monografie betiteld hij de verkeersopvatting echter als 'bron van ongeschreven recht'.⁷⁹

Op het onderscheid tussen *zijn* en *behoren* wordt voortgeborduurd door Rossel.⁸⁰ Zij komt tot de conclusie dat het verschil in wettelijke terminologie duidt op een verschillende aard van de verkeersopvatting in het goederenrecht en het verbintenissenrecht.⁸¹ Zij vraagt zich af of wel sprake is van één begrip, en spreekt van een begrip met 'twee ladingen'.

Rossel meent dat de verkeersopvatting in het goederenrecht verwijst naar een 'technische opvatting' in de praktijk:

'Een (morele) waardering van de feiten in het licht van de mogelijke juridische gevolgen is hierbij niet aan de orde (...). Het gaat hier om kwesties van "zijn", niet van "behoren".'

Rossel knoopt aan deze observatie de conclusie vast dat de vraag naar de inhoud van de verkeersopvatting in het goederenrecht in beginsel geen rechtsvraag maar een feitelijke vraag is. Zij nuanceert deze conclusie echter onmiddellijk:⁸²

'Slechts wanneer de inhoud van de verkeersopvatting kan worden afgeleid uit wettelijke regelingen is hier ruimte voor een ambtshalve oordeel van de rechter. De vraag of de feitenrechter bij zijn beslissing een juist begrip "verkeersopvatting" heeft gehanteerd is wel een rechtsvraag en kan ter toetsing worden voorgelegd aan de Hoge Raad. Tevens kan de Hoge Raad in cassatie een uitspraak vernietigen als daarin blijkt wordt gegeven van een op de verkeersopvatting voortbouwende onjuiste rechtsopvatting of als de uitspraak lijdt aan een motiveringsgebrek.'

Deze opvatting van Rossel gaat terug op een discussie tussen Van der Meij en Hijmans van den Bergh in het *NJB*⁸³ over de vraag of de Hoge Raad in

77 Het begrip *feitelijke norm* is naar mijn mening een *contradictio in terminis*. De verkeersopvatting is hetzij norm van ongeschreven recht, hetzij feitelijk gegeven, hetzij dan eens het één, dan het ander.

78 Rogmans 2007, nr. 68.

79 Rogmans 2007, nr. 3, 17, 18 en 68.

80 Rossel 1994, p. 336.

81 Rossel 1994, p. 336-337. Vergl. Van der Wiel 2004, p. 294. Rogmans (2007, nr. 3) lijkt eveneens uit te gaan van een (functioneel) verschil in hantering maar baseert zich daarvoor niet op het verschil in terminologie.

82 Rossel 1994, p. 343.

83 *NJB* 1954, p. 306-311. Van der Meij komt tot de conclusie dat de verkeersopvatting een rechtsoordeel inhoudt (of zou moeten inhouden) en Hijmans van den Bergh verdedigt het standpunt dat de verkeersopvatting een 'bloot feitelijk gegeven' is.

de arresten *sleepboot Egbertha* en *Stafmateriaal*⁸⁴ de verkeersopvatting nu als feitelijk gegeven of als rechtsvraag beschouwt. Sindsdien zijn echter op het gebied van het leerstuk der bestanddeelvorming door de Hoge Raad verschillende nieuwe arresten geweest.⁸⁵ De discussie uit 1954 tussen de twee juristen kan daarom niet maatgevend zijn voor de vraag of de Hoge Raad thans de verkeersopvatting als feitelijke vraag of als rechtsvraag beschouwt. Bovendien speelt de verkeersopvatting op meer plaatsen in het goederenrecht een rol dan alleen bij bestanddeelvorming.⁸⁶ Onduidelijk is daarnaast wat Rossel bedoelt met *toetsing* door de Hoge Raad van een *juist begrip* verkeersopvatting. Voor zover zij daarmee doelt op een toets die ziet op de inhoud van de door de feitenrechter gevonden verkeersopvatting, erkent zij daarmee – impliciet – dat de vraag naar de verkeersopvatting een rechtsvraag is.

Rossel's opvatting over de aard van de verkeersopvatting in het verbintenissenrecht wordt in het geheel niet duidelijk. Over de vraag of de verkeersopvatting bij de toerekening van risico's verwijst naar ongeschreven recht of naar een feitelijk gegeven laat zij zich niet expliciet uit en zij schrijft niets over de mogelijkheden tot toetsing in cassatie. Zij volstaat met de opmerking dat de verkeersopvatting in het verbintenissenrecht wél een morele lading heeft. De in het verkeer geldende opvattingen weerspiegelen volgens haar de norm voor de juridische waardering van een concrete feitelijke situatie.⁸⁷

In navolging van Rossel noemt Van Schaick⁸⁸ de verkeersopvatting in het goederenrecht 'technisch' van aard. Hij meent dat het gebruik van het begrip tot die *technische norm* beperkt moet blijven, zonder zich over de aard van die norm uit te laten of duidelijk te maken wat hij met het begrip *technische norm* bedoelt. Niet duidelijk wordt of hij de verkeersopvatting ziet als norm – in de zin van een regel van ongeschreven recht – of als een feitelijk gegeven.

Volgens Fesevur is de verkeersopvatting geen open norm.⁸⁹

'Weliswaar worden haar grenzen niet door de wetgever bepaald, het is toch evenmin de rechter (of andere rechtstoepasser) die de inhoud van de verkeersopvatting vormt. Een verkeersopvatting wordt immers geacht feitelijk te bestáán; de rechter heeft ("slechts") te *constateren* wat haar inhoud is.' [cursivering in origineel]

84 HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*) en HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*). Zie over deze arresten en de verkeersopvatting ook uitgebreid Gerbrandy 1957.

85 Ik noem de belangrijkste: HR 21 juni 1974, NJ 1975, 17 (*Kraanbalk-arrest*); HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 (*Radio Holland*); HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 (*Dépex/Curatoren*); HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*); HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 (*Hendriks/curator of Straalcabine*); HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL/curator CXA of spuitcabine*); HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272 (*Steiger-arrest*).

86 Bijv. bij de bepaling van de hoofdzaak, afbakening van het begrip vrucht, en het verschil tussen bezit en houderschap.

87 Rossel 1994, p. 337.

88 Van Schaick 2000, p. 88 en 90.

89 Fesevur 2002, p. 31.

Fesevur onderbouwt zijn oordeel met een verwijzing naar het genoemde artikel van Rossel⁹⁰ en de monografie van Rogmans.⁹¹ De visie dat de verkeersopvatting een feitelijk gegeven zou behelzen lijkt daarmee vooral gestoeld op een onderscheid tussen *Sein* en *Sollen*, ofwel tussen een begrip zónder morele lading versus een begrip mét morele lading.

3.3.4.2 Visie 2: soms feitelijk gegeven, soms ongeschreven recht

Rogmans lijkt een aanhanger van de visie dat de verkeersopvatting soms een feitelijk gegeven is en andere keren verwijst naar ongeschreven recht.⁹² Hij spreekt over het begrip in 'woordelijke betekenis' en in 'abstracte betekenis'.⁹³ Rogmans hinkt echter vaak op twee gedachten en komt uiteindelijk niet goed uit de vraag naar de aard van de verkeersopvatting. Enerzijds suggereert hij dat de verkeersopvatting met name in het goederenrecht verwijst naar een feitelijk gegeven en in het verbintenissenrecht veel meer een abstract begrip is, dat verwijst naar ongeschreven recht.⁹⁴ Anderzijds noemt hij beide:⁹⁵

'open termen, de weg wijzend naar bronnen van ongeschreven recht en wat dit betreft vergelijkbaar met de gewoonte, de billijkheid, de goede procesorde en algemene rechtsbeginselen'.

Opvallend is in dit verband ook dat hij met betrekking tot de cassatierecht-spraak enerzijds opmerkt dat de Hoge Raad met name juist bij goederenrechtelijke rechtsvragen niet zal aarzelen om de inhoud van een verkeersopvatting te definiëren, terwijl hij anderzijds op dezelfde plaats stelt dat met name in het verbintenissenrecht het vaststellen van de inhoud van een verkeersopvatting door de lagere rechter in beginsel een feitelijke beslissing is.⁹⁶ De uit deze observatie⁹⁷ logischerwijs volgende conclusie, dat het bij de zogenoemde VOG dus wellicht gaat om *rechtsvragen* en bij de zogenoemde VOV om *feitelijke vragen*, trekt hij echter niet. Rogmans' slotconclusie getuigt eveneens van dit 'hinken op twee gedachten'. Hij stelt daarin dat de verkeersopvatting geen rechtsnorm maar een *feitelijke norm* is,⁹⁸ maar suggereert daarnaast dat de verkeersopvatting verwijst naar ongeschreven recht.

Tot de overige auteurs die menen dat de verkeersopvatting soms verwijst naar een feitelijk gegeven en soms naar ongeschreven recht lijken de beweer-

90 Rossel 1994, in het bijzonder p. 335.

91 Rogmans 1999, in het bijzonder nr. 10 en nr. 68 punt 2.

92 Rogmans 2007, nr. 2, 3, 17, 18, 68.

93 Rogmans 2007, nr. 17 en 18.

94 Rogmans 2007, nr. 2.

95 Rogmans 2007, nr. 3.

96 Rogmans 2007, nr. 26.

97 Een observatie die mijns inziens overigens niet geheel correct is (zie hierna § 3.3.5).

98 Hetgeen naar mijn mening een *contradictio in terminis* is.

kers van Veegens' Cassatie te behoren.⁹⁹ Volgens hen hebben verkeersopvattingen een 'enigszins hybridisch karakter'.¹⁰⁰

'Meestal gaat het om opvattingen van de deelnemers aan het economisch verkeer, waaraan het recht bepaalde gevolgen verbindt. (...) Soms echter hebben verkeersopvattingen nagenoeg de status van gewoonterecht. Nagenoeg, omdat niet zeker is of men in de betrokken kringen wel in overeenstemming met de opvatting pleegt te handelen en of men aldaar de opvatting ook als recht ervaart.'

Het onderscheid dat hier gemaakt wordt tussen – kennelijk volgens de schrijvers feitelijk bestaande – 'opvattingen van de deelnemers aan het economisch verkeer' en 'gewoonterecht' loopt bij deze auteurs niet parallel aan het onderscheid tussen verkeersopvattingen in het goederenrecht en de in het verkeer geldende opvattingen in het verbintenissenrecht. Beantwoording van de – goederenrechtelijke – vraag of men een zaak voor zichzelf of voor een ander houdt wordt door hen genoemd als voorbeeld van de categorie verkeersopvattingen die nagenoeg de status van gewoonterecht hebben.

Bij andere auteurs loopt het onderscheid tussen de verkeersopvatting die verwijst naar een feitelijk gegeven en de verkeersopvatting die verwijst naar ongeschreven recht, parallel aan het onderscheid tussen verkeersopvattingen in het goederenrecht en in het verbintenissenrecht.¹⁰¹ In dit verband bekleedt Wichers een – wat onduidelijke – tussenpositie. Zij meent dat het gebruik van de verkeersopvatting in het goederenrecht is beperkt tot de 'beschrijving van een rechtstoestand' of 'de vaststelling van rechtsfeiten', terwijl de verkeersopvatting in het verbintenissenrecht volgens haar de 'inhoud van de rechtsregel' bepaalt die op de feiten van toepassing is. Helemaal duidelijk wordt de visie van Wichers op de aard van de verkeersopvatting overigens niet, nu zij enerzijds meent dat de verkeersopvatting *altijd bestaat*,¹⁰² en anderzijds bepleit dat door middel van de verkeersopvatting een *normatief oordeel* (juridische kwalificatie) wordt verbonden aan feiten en omstandigheden.¹⁰³

De duidelijkste aanhanger van de tweede visie – de verkeersopvatting verwijst in het éne geval naar een feitelijk gegeven, en in het andere geval naar ongeschreven recht – is Van der Wiel. Hij knoopt aan het in ons wetboek gehanteerde verschil in terminologie op de verschillende rechtsgebieden

⁹⁹ Asser-Veegens 2005, nr. 105 en 189.

¹⁰⁰ Asser-Veegens 2005, nr. 105. De geciteerde passage bouwt vermoedelijk voort op de noot van Veegens onder HR 15 november 1968, NJ 1969, 1 m.nt. DJV (*Eerste Rotterdamsche Maatschappij van Verzekering/Het Hollandse Kruis*). In die noot concludeert Veegens exact hetzelfde.

¹⁰¹ Bijv. bij Rogmans 2007, nr. 2, en passim en bij Van der Wiel 2004, p. 205-210 en 293-298. Vermoedelijk behoort Rossel eveneens tot de auteurs die het onderscheid parallel laten lopen aan de te onderscheiden rechtsgebieden van het goederen- en verbintenissenrecht. Helemaal helder wordt dit niet.

¹⁰² Wichers 2002, p. 38.

¹⁰³ Wichers 2002, p. 31-32.

(‘verkeersopvattingen’ versus ‘in het verkeer geldende opvattingen’) een onderscheid in betekenis vast.¹⁰⁴

‘De uitdrukking “de in het verkeer geldende opvatting” in art. 6:162 lid 3 BW verwijst naar ongeschreven recht. Dat het hier om rechtsregels gaat, volgt uit het feit dat aan de in het verkeer geldende opvattingen als grond voor toerekening van een onrechtmatige daad geen facultatieve maar een imperatieve rol toekomt. De in het verkeer geldende opvattingen verwijzen naar een op een bepaald moment intern consistent begrip, op basis waarvan de vraag of op grond ervan kan worden toegerekend steeds volmondig bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord. Als op grond van de in het verkeer geldende opvatting kan worden toegerekend, moet worden toegerekend en als op grond van de in het verkeer geldende opvatting niet kan worden toegerekend, mag niet op deze grond worden toegerekend.’

Zijn stelling dat toerekening van een onrechtmatige daad op grond van de in het verkeer geldende opvatting geschiedt op grond van ongeschreven recht baseert Van der Wiel kortom op twee argumenten. Aan deze grond voor toerekening komt een *imperatieve rol* toe en de in het verkeer geldende opvatting verwijst, volgens Van der Wiel, steeds naar een *intern consistent begrip*.

Over de verkeersopvatting (in het goederenrecht) merkt Van der Wiel op dat dit begrip een species is van de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’, die volgens hem *geen recht* inhouden.¹⁰⁵

‘Dat dit begrip geen recht inhoudt, volgt reeds uit het feit dat zijn inhoud niet intern consistent hoeft te zijn: rechtsovertuigingen kunnen van persoon tot persoon verschillen.’

De in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen verwijzen, volgens Van der Wiel, naar ‘de in (delen van) de maatschappij levende opvattingen over wat rechtens is’. Ook het geldende recht kan daaronder volgens hem worden begrepen. De – feitelijke – rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen zijn volgens hem dan ook af te leiden uit het geldende recht en de doctrine, terwijl daarnaast opinieonderzoek gegevens zou kunnen verschaffen.¹⁰⁶ De opvattingen in de maatschappij zijn echter, ook volgens van der Wiel, niet steeds zonder meer kenbaar.¹⁰⁷

Over de verhouding tussen de ‘feitelijk verkeersopvattingen’ en de verwijzing in artikel 6:163 lid 3 BW naar het ongeschreven recht (de in het verkeer geldende opvattingen), merkt Van der Wiel op:

104 Van der Wiel 2004, p. 294. Vergl. Rossel 1994, p. 336-337.

105 Van der Wiel 2004, p. 294 (zie ook p. 205-207).

106 Van der Wiel 2004, p. 205.

107 Van der Wiel 2004, p. 206.

‘De in Nederland levende rechtsovertuigingen (waaronder de verkeersopvatting) vormen een factor bij het vinden van de ‘in het verkeer geldende opvattingen’ in de zin van art. 6:162 lid 3 BW (...)’.

Van der Wiel onderscheidt dus twee verschillende soorten verkeersopvattingen en meent dat de éne (feitelijke) verkeersopvatting één van de factoren is bij de bepaling van de inhoud van de – andere – in het verkeer geldende opvattingen (die verwijzen naar ongeschreven recht). Volgens hem had de wetgever in artikel 6:162 lid 3 BW beter kunnen spreken van toerekening ‘krachtens ongeschreven recht’.¹⁰⁸ De inhoud van dit ongeschreven recht (de in het verkeer geldende opvattingen) wordt volgens hem, als ik het goed begrijp, bepaald door: de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen.¹⁰⁹ Onder ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ schaaft Van der Wiel de feitelijke bestaande rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen, terwijl hij daarnaast meent dat deze rechtsovertuigingen hun neerslag vinden in de doctrine en kenbaar zijn uit het (systeem van het) geldende recht. Aan de feitelijk bestaande opvattingen en overtuigingen zal volgens hem geen groot gewicht toekomen omdat zij ‘waarschijnlijk een weinig coherent beeld geven’.¹¹⁰

Van der Wiel bepleit kortom een ingewikkeld en getrapt systeem om te komen tot de invulling van het begrip ‘de in het verkeer geldende opvattingen’ in artikel 6:162 lid 3 BW. Lastig aan zijn theorie is onder andere dat de feitelijke bestaande verkeersopvattingen volgens hem mede zijn af te leiden uit het geldende recht en dat de éne verkeersopvatting (die in artikel 6:163 lid 3 BW) – mede – wordt ingevuld met behulp van de andere (‘feitelijke verkeersopvatting’).

3.3.4.3 Visie 3: ongeschreven recht

Ten slotte zijn er auteurs die aannemen dat het begrip verkeersopvatting – steeds – verwijst naar ongeschreven recht.¹¹¹ Rogmans is zeer expliciet in

¹⁰⁸ Van der Wiel 2004, p. 295.

¹⁰⁹ Van der Wiel hanteert m.a.w. de in art. 3:12 BW genoemde factoren die worden gehanteerd voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid. Een onderbouwing *waarom* voor de invulling van ‘de in het verkeer geldende opvatting’ zou moeten aangeknoopt bij die factoren die door de wetgever van belang worden geacht bij de invulling van het begrip redelijkheid en billijkheid, heb ik bij Van der Wiel niet gevonden.

¹¹⁰ Van der Wiel 2004, p. 295.

¹¹¹ Zie bijv.: Klein Wassink 1963; B. Wachter in zijn noot onder HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 (*Radio Holland*); Mijnsen 1972, p. 127; Haazen 2001, p. 252 e.v. De positie van Meijer in deze is niet heel duidelijk. Soms lijkt hij de verkeersopvatting te zien als synoniem van ongeschreven recht (bijv. Meijer 2007, p. 31) of betitelt hij haar als ‘open norm’ (p. 100). Vaker spreekt hij over verkeersopvattingen als ‘toerekeningsfactor’ (naast de aard van de rechtsverhouding, de redelijkheid en billijkheid en de overige omstandigheden van het geval). In het midden blijft of deze ‘factoren’ *invulling* geven aan het ongeschreven recht

zijn overtuiging dat de verkeersopvatting, in ieder geval in het verbintenissenrecht, – naast feitelijk gegeven – soms ongeschreven recht behelst. Hij meent dat het begrip, met name in het verbintenissenrecht, niet alleen verwijst naar bestaande verkeersopvattingen maar dat het ook gaat om een abstract begrip, om een aanknopingspunt voor autonome rechtsvinding en een verwijzing naar een bron van ongeschreven recht. Elders lijkt hij echter de mening toegedaan dat ook sprake is van feitelijk bestaande opvattingen.¹¹² Reden waarom ik hem uiteindelijk heb ingedeeld onder visie 2.

Wiarda ging er vanuit dat de verkeersopvatting – in ieder geval in boek 6 – verwijst naar ongeschreven recht.¹¹³ Hij beschrijft het begrip als een verwijzing naar ‘normen van iets meer objectief bepaalde inhoud dan redelijkheid en billijkheid, [die] door en in de rechtspraak zijn inhoud moeten krijgen’.¹¹⁴ Waarin die objectiviteit en bepaalbaarheid van de verkeersopvatting gelegen zou moeten zijn blijkt bij Wiarda helaas niet. Ook Veegens was een duidelijke aanhanger van visie 3. Volgens hem moeten de ‘in het verkeer geldende opvattingen’ deels worden gerekend tot het gewoonterecht ‘met de daarbij behorende bewijsvoering’, en deels tot het ‘overige ongeschreven recht’, waarbij de rechter volgens hem een zekere vrijheid van oordeel geniet.¹¹⁵ Niet duidelijk wordt wat hij bedoelt met het onderscheid tussen ‘gewoonterecht’ en ‘overig ongeschreven recht’.¹¹⁶

Haazen is eveneens duidelijk in zijn oordeel. Hij beschouwt de verkeersopvatting als – ongeschreven – rechtsnorm; zij maakt deel uit van het recht.¹¹⁷ Hij lijkt daarbij geen onderscheid te maken tussen het gebruik van de term in het goederenrecht dan wel het verbintenissenrecht, hoewel hij met name de verbintenissenrechtelijke normen bespreekt. Volgens hem hebben verkeersopvattingen ‘op haar minst enig rechtskarakter (...), anders zou niet-recht sterker zijn dan recht’. Hij beargumenteert zijn mening uitgebreid:¹¹⁸

‘Geschillen worden beslist mede aan de hand van hetgeen naar verkeersopvattingen voor rekening van de dwalende, diens wederpartij, de wanprestant of de plegier van een onrechtmatige daad komt. De verkeersopvattingen leveren derhalve normen, aan de hand waarvan de rechter dient te beslissen en die normen zijn niet van de wetgever afkomstig, maar uit het maatschappelijk verkeer. Voorzover de wetgever naar de verkeersopvattingen, naar die maatschappelijke normen dus,

of zelf moeten worden beschouwd als ongeschreven recht (hetgeen mij wat betreft de aard van de rechtsverhouding en de omstandigheden van het geval overigens onwaarschijnlijk lijkt).

112 Rogmans 2007, nr. 68.

113 Wiarda/Koopmans 1999, p. 47.

114 Wiarda/Koopmans 1999, p. 49.

115 Zie D.J. Veegens in zijn noot onder HR 15 november 1968, NJ 1969, 1 (*Eerste Rotterdamse Maatschappij van Verzekering NV/Het Hollandsche Kruis NV*).

116 Zie over de verhouding tussen verkeersopvatting en gewoonterecht nader § 5.5.

117 Haazen 2001, p. 252.

118 Haazen 2001, p. 250-253.

verwijst en hen niet reeds in de Parlementaire Geschiedenis heeft aangewezen, abdiceert de wetgever van zijn normstellende functie. Maar die abdicatie geeft de rechter geen *carte blanche*, want de wetgever heeft het veranderingsmechanisme in de wet zelf geïncorporeerd. De wetgever draagt de rechter niet op het zelf maar uit te zoeken, maar verplicht hem ertoe zich bij de verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht te conformeren aan de opvattingen die zich in het maatschappelijk verkeer ontwikkelen. Gezien deze door de wetgever aan de rechter opgelegde verplichting om overeenkomstig die buiten-wettelijke normen recht te spreken, zou het een beetje vreemd zijn de verkeersopvatting niet als rechtsnorm te zien. Wie *ontkent* dat de verkeersopvattingen rechtsnormen zijn, zegt in feite dat de wetgever de rechter opdracht geeft “recht” te spreken volgens iets dat geen recht is.’ [cursivering in origineel]

Heel sterk komt dit argument van Haazen mij niet voor. Daartegen kan immers worden aangevoerd dat ‘de opvattingen die zich in het maatschappelijk verkeer ontwikkelen’ meetbare en feitelijke gegevens zijn. Dan zou geen sprake zijn van recht spreken overeenkomstig een *buitenwettelijke norm* of *ongeschreven recht*, maar van wettelijke rechtsnormen die, via het onbepaalde begrip verkeersopvatting, nader worden ingevuld door middel van de feitelijk bestaande opvattingen in het maatschappelijk verkeer.¹¹⁹ Dat deze feitelijk bestaande opvattingen dan ‘enig rechtskarakter’ krijgen doordat zij deel gaan uitmaken van de wettelijke norm is op zichzelf juist. De vraag of de verkeersopvatting waarvan gebruik wordt gemaakt *rechtsnorm* is of *feit*, is daarmee mijns inziens echter nog niet beantwoord.¹²⁰

Die vraag is bij anderen op deelgebieden van het recht eveneens onderwerp van aandacht geweest. Ten aanzien van de rol van de verkeersopvatting binnen het leerstuk bezit en houderschap komt Mijnssen, in een vooruitblik op de regeling in het NBW, bijvoorbeeld tot de conclusie dat wordt verwezen naar ongeschreven recht. Hij merkt op dat het – destijds – ontwerp BW niet zelf het juridisch criterium geeft voor het onderscheid tussen bezit en houderschap, omdat een algemene regel daarvoor gelet op de diversiteit van gevallen niet te geven is. Hij vervolgt:¹²¹

119 Het argument van Haazen, dat geen recht gesproken kan worden aan de hand van andere dan *rechtsnormen*, gaat m.a.w. niet zonder meer op daar waar receptie plaatsvindt van verkeersopvattingen via wettelijke beslissingsregels met daarin een verwijzing naar de verkeersopvatting. Aangevoerd kan immers worden dat dit ‘rechtspreken volgens de wet’ is. Het argument gaat echter wél op daar waar een wettelijke verwijzing naar de verkeersopvatting ontbreekt en zij desondanks voor de rechtsvinding wordt gehanteerd (bijv. bij de schijn van volmachtverlening en bij invulling van het begrip eigen schuld).

120 Overigens blijkt elders (zie: Haazen 2001, p. 249-250, 291-297 en hoofdstuk XIII) dat Haazen maatschappelijke opvattingen, in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen alle als synoniemen van ongeschreven recht beschouwd.

121 Mijnssen 1972, p. 127.

‘Het Ontwerp vermeldt daarom terecht niet zelf het criterium, maar geeft wel aan waar men het moet vinden: in de verkeersopvattingen. Daarmee verwijst het ontwerp naar het ongeschreven recht. Wat krachtens de verkeersopvattingen heeft te gelden, is rechtsregel. Louter feitelijk is het vaststellen van de feiten waaruit de verkeersopvattingen, dus de regel moeten worden afgeleid. Staan de verkeersopvattingen echter eenmaal vast, dan geven deze een onderscheid tussen bezit en detentie hetwelk van juridische aard is.’

Op de ingewikkelde verhouding tussen feiten en verkeersopvatting kom ik nog terug.¹²² Hier volstaat de opmerking dat Mijnsen spreekt van de verkeersopvatting als ‘ongeschreven recht’. Argument voor die opvatting is dat de verkeersopvatting het juridische onderscheid tussen bezit en houderschap bepaalt.

Sieburgh laat zich over de aard van de verkeersopvatting niet heel expliciet uit. Duidelijk wordt uit haar betoog in ieder geval dat zij van mening is dat het begrip verkeersopvatting niet letterlijk moet worden uitgelegd.¹²³ Empirisch onderzoek vindt volgens haar niet plaats, terwijl daarnaast een meerderheidsstandpunt juridisch niet relevant behoeft te zijn.¹²⁴ Zij merkt op dat hantering van de verkeersopvatting tot gevolg heeft dat inhoud moet worden gegeven aan een vage of open norm.¹²⁵ Die inhoud zal sterk afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Sieburgh pleit voor invulling van de verkeersopvatting in artikel 6:162 lid 3 BW met behulp van de door haar beschreven aanknopingspunten en vervolgt:¹²⁶

‘Indien de verkeersopvattingen worden ingevuld met behulp van de aanknopingspunten die hierboven zijn beschreven, betreft het een rechtsoordeel dat vatbaar is voor toetsing in cassatie.’

Deze opvatting van Sieburgh lijkt – in ieder geval voor wat betreft de toerekening van onrechtmatige daden en wanprestatie – te worden gedeeld door Bloembergen en Hartkamp.¹²⁷ De overtuiging dat het begrip verkeersopvat-

122 Zie § 4.6 en 6.4.1.

123 Sieburgh 2000, p. 208: ‘Dat beperkt namelijk het bereik van de toerekeningsgrond zonder dat daarvoor een goede legitimatie bestaat. Deze grond voor toerekening werd immers gegeven opdat het leerstuk van de onrechtmatige daad zich ontwikkelt conform de zich steeds wijzigende maatschappelijke verhoudingen. Dit doel wordt niet bereikt door de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad aan de dader buiten schuld slechts af te laten hangen van opvattingen die daarover in het maatschappelijk verkeer bestaan.’

124 Sieburgh 2000, p. 243-244.

125 Sieburgh 2000, p. 211: ‘De vaagheid is gelegen in het feit dat de norm niet is toegespitst op concrete omstandigheden. De norm wordt pas bij toepassing geconcretiseerd.’

126 Sieburgh 2000, p. 242. Die aanknopingspunten zijn: de hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging.

127 Zie Bloembergen in zijn noot onder HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*); A-G. Hartkamp sub 13 in zijn conclusie voor HR 27 april 2002, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

ting abstract van aard is, niet letterlijk moet worden opgevat en verwijst naar ongeschreven recht, lijkt voorzichtig meer voet aan de grond te krijgen.

Het beeld dat uit de doctrine oprijst is kortom diffuus. Binnen het verbintenissenrecht wordt de verkeersopvatting door de meeste auteurs aangemerkt als een norm van of verwijzing naar ongeschreven recht, waarbij de doctrine veelal in het midden laat of die verkeersopvattingen daadwerkelijk bestaan of niet. Ten aanzien van het goederenrecht is het beeld minder eenduidig. Met betrekking tot het onderscheid tussen bezit en houderschap wordt wel aangenomen dat de verkeersopvatting verwijst naar ongeschreven recht.¹²⁸ Ten aanzien van andere goederenrechtelijke vragen wordt vaak aangenomen dat de verkeersopvatting verwijst naar een feitelijk gegeven. Ter onderbouwing van die overtuiging wordt meestal aangevoerd dat de verkeersopvatting bij die rechtsvragen naar een *zijn* zou verwijzen, en niet naar een *behoren*.

3.3.5 De Hoge Raad en de verkeersopvatting

Indien de betekenis van een woord uiteindelijk is af te leiden uit zijn gebruik in de taal, zoals Wittgenstein stelt,¹²⁹ dan moet uit de hantering van het begrip verkeersopvatting door de Hoge Raad afgeleid kunnen worden of hij vragen over de inhoud van verkeersopvattingen ziet als rechtsvragen, feitelijke vragen of gemengde beslissingen.¹³⁰

Volgens Korthals Altes en Groen moet het oordeel van de lagere rechter omtrent de inhoud van verkeersopvattingen cassatietechnisch *doorgaans* tot de gemengde beslissingen worden gerekend.¹³¹ Ten aanzien van de verkeersopvattingen die 'nagenoeg de status van gewoonterecht' hebben of 'vereenzelvigd moeten worden met de in Nederland heersende rechtsovertuigingen' toetst de Hoge Raad volgens hen echter volledig. Ik zie hierna allereerst ten aanzien van het verbintenissenrecht en vervolgens wat betreft het goederenrecht of de beslissingen feitelijk, gemengd of juridisch van aard zijn. Later komt de vraag aan de orde of in geval van een gemengde beslissing de verkeersopvatting behoort tot het feitelijke of het juridische deel van die beslissing.¹³²

128 Mijnssen 1972, p. 127; Asser-Veegens 2005, nr. 105.

129 Wittgenstein 1953/1992, nr. 43.

130 Vergl. Rogmans 2007, nr. 26. Hij signaleert drie hoofdlijnen, die zich mijns inziens onderling niet goed laten verenigen. Ten eerste stelt hij dat de Hoge Raad niet zal aarzelen de inhoud van de verkeersopvatting te definiëren indien dat zonder feitenonderzoek mogelijk is. Ten tweede meent hij dat de vaststelling van de inhoud van de verkeersopvatting een feitelijke kwestie is, en ten derde dat de Hoge Raad zich terughoudend opstelt ten aanzien van gemengde beslissingen, maar zich bevoegd acht nader in te grijpen zodra een beslissing een wijdere strekking pretendeert dan het te berechten geval.

131 Asser-Veegens 2005, nr. 105 (zie over het onderscheid tussen feitelijke, gemengde en rechtsbeslissingen voorts nr. 101-102 en Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6).

132 Zie § 3.4.1.

i) Verbintenissenrecht

Voor uitspraken op het gebied van het verbintenissenrecht geldt inderdaad dat de Hoge Raad de gevonden verkeersopvatting steeds lijkt te beschouwen als norm van ongeschreven recht, haar volledig toetst en niet schroomt om de verkeersopvatting zelf nader in te vullen. Dit is bijvoorbeeld het geval waar het de beoordeling van een beroep op overmacht betreft in de arresten *Spruijt/Tigchelaar Autoverhuur* en *Oerlemans/Driessen*.¹³³ In eerdere – beroemde – arresten zoals *Fokker/Zentveld* en *Cadix/AEH* gaf de Hoge Raad eveneens een zuiver rechtsoordeel.¹³⁴

Ten aanzien van de toerekening van onrechtmatige daden en van beroepsfouten geldt hetzelfde.¹³⁵ De vraag of het nemen van een beschikking in strijd met de wet aan de overheid als onrechtmatige daad moet worden toegerekend, werd bijvoorbeeld reeds enkele malen door de Hoge Raad zelfstandig beantwoord.¹³⁶ Ook waar het gaat om de toerekening van beroepsfouten acht de Hoge Raad zich vrij om de verkeersopvatting nader inhoud te geven. In de zaak *Knobo Beheer/notaris Schellenbach*,¹³⁷ over de toerekening van een beroepsfout aan een notaris, was het Hof van oordeel dat geen of onvoldoende feiten waren gesteld waaruit viel af te leiden dat de beroepsfout naar verkeersopvatting voor rekening en risico van de notaris diende te komen. De Hoge Raad is het daarmee eens en overweegt:¹³⁸

“s Hofs oordeel is juist: positie en taak van de transporterende notaris, noch de eisen van het rechtsverkeer rechtvaardigen hem jegens de verkoper in zo vergaande mate gehouden te achten dat hij hem ter zake van de ontvangst van de koopsom behoort te vrijwaren tegen risico's die zich ook bij een hoge mate van zorgvuldigheid zijnerzijds niet lieten vermijden.”

133 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar Autoverhuur*); HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*). Annotator Hijma merkt over het laatste arrest op dat een zuiver rechtsoordeel gegeven. Ook Asser-Veegens 2005, nr. 105 en Van der Wiel 2004, p. 294 geven deze arresten als voorbeeld van zuivere rechtsoordelen.

134 HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS (*Fokker/Zentveld*) en HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174 m.nt. GJS (*Cadix/AEH of Polyclens*). Zie over beide arresten de noot van Köster in *AA* 1969, p. 429-442. Vergl. HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 272 (*Brok-van den Hout/Huberts of Heupdysplesie*) en HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 377 (*Betonstaf/Ballast Nedam*), waarin – overigens zonder directe verwijzing naar de verkeersopvatting – eveneens sprake is van rechtsoordelen.

135 Zie bijv. over de toerekening van een onrechtmatige daad aan een Officier van Justitie c.q. de Staat: HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. CJHB en C (*Staat en Van Hilten/M.*). Vergl. HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 m.nt. MS (*Staat/Lavrijsen*).

136 HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 m.nt. ARB (*B./Staat*) en HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 88 m.nt. ARB (*Gem. Castricum/Fatels*).

137 HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 428.

138 R.o. 3.2, tweede alinea. Vergl. HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 440 (*E./Robu Holding*) over toerekening van een beroepsfout aan een accountant/belastingadviseur en HR 1 december 2006, *RvdW* 2006, 1137 (*Ritoe/A. BV.*) over toerekening van een beroepsfout aan een assurantie-tussenpersoon.

De Hoge Raad concretiseert daarmee de geldende verkeersopvatting.¹³⁹

Ook in gevallen van dwaling, zo blijkt uit een vaste stroom jurisprudentie, schroomt de Hoge Raad niet om volledig te toetsen en aan te geven hoe de verkeersopvatting volgens hem luidt.¹⁴⁰

Ten aanzien van de toerekening van eigen schuld oordeelt de Hoge Raad in het arrest Donkers/Scholten:¹⁴¹

‘Het Hof heeft klaarblijkelijk geen gronden aanwezig geacht om aan te nemen dat het risico voor schade als in het onderhavige geval is toegebracht naar de in het verkeer geldende opvattingen zou moeten worden gedragen door de dierenarts als degene die zich bij overeenkomst tot behandeling van het dier had verbonden. Aldus oordelende heeft het Hof *niet* *blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting*.’
[cursivering PM]

De Hoge Raad concretiseert in dit geval de verkeersopvatting niet zelf, maar oordeelt dat de wijze van concretisering door het Hof niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Daaruit blijkt dat hij de beslissing omtrent het niet toerekenen van bepaalde omstandigheden als eigen schuld – van in casu de dierenarts – beschouwt als een rechtsbeslissing.¹⁴²

Van een gemengde beslissing ten slotte, was sprake in de zaak Hartman/Bakker, aangaande de verkeersopvatting in een geval van schijn van toereikende volmachtverlening.¹⁴³ De Hoge Raad overweegt dat het Hof niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat het oordeel voorts zozeer is verweven met waarderingen van feitelijke aard dat het voor het overige niet op juistheid kan worden onderzocht.¹⁴⁴

In het verbintenissenrecht is kortom vrijwel steeds sprake van een volledige toetsing door de Hoge Raad van de – inhoud van de – verkeersopvatting. Voor zover inhoudelijke toetsing achterwege blijft, spreekt de Hoge Raad bovendien over het niet blijk geven van een onjuiste *rechtsovertuigingen of rechtsopvattingen* en is de beslissing gemengd van aard.

139 Zo ook Asser-Veegens 2005, nr. 105: ‘niet goed denkbaar is dat de Hoge Raad de vraag, of naar verkeersopvattingen een schuldenaar voor een bepaalde tekortkoming dan wel een overheidslichaam voor de gedragingen van een bepaalde functionaris aansprakelijk is, niet als een rechtsvraag zal beschouwen.’ Vergl. W.D.H. Asser 2003, p. 50: de toerekening van schade o.g.v. wanprestatie of onrechtmatige daad is een ‘rechtsvraag’.

140 Zie bijv. HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 (*Kantharos van Stevensweert*); HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 m.nt. MMM (*Gem. Maastricht/Taxi Centrale Crals*); HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. (*Offringa/Vinck en Van Rosberg*); HR 18 april 2003, NJ 2004, 634 m.nt. MMM (*Huls/NLP*) en HR 19 september 2003, NJ 2003, 619 (*R./Stichting Ziekenhuisvoorzieningen Gelderse Vallei*).

141 HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 m.nt. CJHB, eveneens geannoteerd door Van der Wiel (*NTBR* 2001/8, p. 431 e.v.) en besproken door Sieburgh (*Bb* 2001/15, p. 161 e.v.).

142 Vergl. ook HR 2 december 2005, NJ 2006, 444 m.nt. JBMV (*Rijpma/Groot*), waarin de Hoge Raad een voorzichtige vuistregel lijkt te geven voor de toerekening van medeschuld als eigen schuld.

143 HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS.

144 Zie r.o. 3.4.2 laatste alinea.

ii) *Goederenrecht*

In zijn noot onder het allereerste arrest waarin door de Hoge Raad werd gerefereerd aan de in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen, het Sleepboot Egbertha-arrest,¹⁴⁵ merkt annotator Scholten op:

‘De uitspraak dat de verkeersopvatting beslissend is, houd ook ik voor juist. (...) Eigenaardig is, dat de H.R. dit nu ten aanzien der voortbewegingswerktuigen zelf onderzoekt (...).’

Scholten meent echter dat deze gang van zaken verantwoord is. Een onderzoek naar verkeersopvatting is, volgens hem, van dezelfde aard als vaststelling van het spraakgebruik. De verwijzing van de Hoge Raad naar het KB betreffende de scheepsboekhouding en het Geneefse verdrag nopens teboekstelling van binnenschepen, is volgens Scholten eveneens verantwoord, nu deze regelingen *uitingen* zijn van die verkeersopvatting.

Naar aanleiding van het Sleepboot Egbertha-arrest en het later gewezen arrest Stafmateriaal,¹⁴⁶ ontspan zich al in 1954 een discussie tussen Van der Meij en Hijmans van den Bergh over de vraag of de Hoge Raad de verkeersopvatting nu als feitelijk gegeven of als rechtsvraag beschouwt.¹⁴⁷ Sindsdien zijn ten aanzien van bestanddeelvorming verschillende nieuwe arresten gewezen, die erop wijzen dat de Hoge Raad een beslissing daaromtrent als *gemengde beslissing* behandelt. In de kwestie Reimes/Constandse¹⁴⁸ oordeelde het Hof dat als gevolg van het aanbrengen in de straalhallen van verlichting de daartoe gebezigde zaken naar verkeersopvatting onderdeel van de hallen waren geworden. Dit oordeel geeft, volgens de Hoge Raad, niet blijk van een onjuiste *rechtsopvatting*.

Nog interessanter is in dit verband echter de uitspraak in de zaak Dépex/Curatoren Bergel.¹⁴⁹ Hartkamp meent in zijn conclusie voor die zaak nog dat het oordeel omtrent hetgeen de verkeersopvatting inhoudt een *oordeel van feitelijke aard* is en daarom aan toetsing in cassatie onttrokken is.¹⁵⁰ Hij voegt daaraan echter onmiddellijk toe:

145 HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*).

146 HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*).

147 NJB 1954, p. 306-310. Van der Meij komt tot de conclusie dat de verkeersopvatting een rechtsoordeel inhoudt (of zou moeten inhouden) en betreurt in dat kader dat de Hoge Raad de verkeersopvatting in het Stafmateriaalarrest niet heeft willen onderzoeken. Hijmans van den Bergh verdedigt het standpunt dat de verkeersopvatting een ‘bloot feitelijk gegeven’ is.

148 HR 17 september 1993, NJ 1993, 740.

149 HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 (*Dépex/Curatoren Bergel*) m.nt. WMK onder NJ 1993, 317. In dezelfde zin overigens HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*).

150 A-G Hartkamp in zijn conclusie (sub 9) voor HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 (*Dépex/Curatoren Bergel*) m.nt. WMK onder NJ 1993, 317.

‘zij het dat uitzonderingen denkbaar zijn (zie het genoemde arrest van 26 maart 1936), terwijl de Hoge Raad voorts uiteraard een daarbij gevolgde onjuiste rechtsopvatting kan corrigeren en op motiveringsgebreken kan toezien’.

Het arrest waar Hartkamp op doelt is het reeds besproken arrest *Sleepboot Egbertha*, waarin de Hoge Raad de inhoud van de verkeersopvatting zelf vaststelde. De uitzondering zou er dan in gelegen zijn dat regelgeving voorhanden was (een KB en het verdrag van Genève) waaruit de Hoge Raad de verkeersopvatting kon afleiden.¹⁵¹ Hartkamp concludeert tot vernietiging en terugverwijzing op grond van motiveringsgebreken. In het arrest volstaat de Hoge Raad echter niet met vernietiging en terugverwijzing ter feitelijke beoordeling. Hij formuleert daarnaast ‘met het oog op het na verwijzing te verrichten onderzoek’ twee vuistregels, of aanknopingspunten, voor de nadere invulling van de verkeersopvatting ten aanzien van bestanddeelvorming.¹⁵² De uitspraak ontlokt aan annotator Klein de opmerking:¹⁵³

‘Eveneens opmerkelijk is, dat de Hoge Raad hier inhoud geeft aan verkeersopvattingen, terwijl dat toch een feitelijk begrip lijkt te zijn. Niettemin is deze vastlegging een goede zaak, omdat hierdoor duidelijkheid wordt geschapen omtrent een element, waar de rechtszekerheid een grote rol speelt: de aard en de eigendom van zaken.’

Uit het later gewezen arrest met betrekking tot een in een bedrijfshal aangebrachte straalcabine blijkt dat de Hoge Raad beslissingen omtrent bestanddeelvorming als gemengd beschouwd.¹⁵⁴ Getoetst wordt of het Hof de juiste *maatstaven* heeft aangelegd bij zijn beslissing, terwijl de beslissing voor het overige verweven wordt geacht met waarderungen van feitelijke aard.¹⁵⁵

Soms veroorlooft de Hoge Raad zich een opmerking waaruit blijkt dat een verkeersopvatting waarop één van de partijen in de procedure een beroep doet, volgens hem *juist niet* bestaat. Zo merkt hij in het *Steiger*-arrest¹⁵⁶ op dat het betoog van één der partijen dat een steiger volgens verkeersopvatting altijd onderdeel uitmaakt van de grond of oever waaraan de steiger ligt, faalt omdat dat betoog in zijn algemeenheid te ver gaat.

151 Niet helemaal duidelijk wordt mij uit de conclusie wat Hartkamp bedoelt met de opmerking dat de Hoge Raad uiteraard ook een *onjuiste rechtsopvatting* kan corrigeren.

152 R.o. 3.7. Hij doet dit overigens nadat in r.o. 3.4 is overwogen dat het Hof van een onjuiste *rechtsopvatting* is uitgegaan voor zover het Hof niet het hoofdgebouw maar de productie-inrichting als hoofdzaak aangemerkt mocht hebben.

153 Noot sub 3 onder HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*).

154 HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 (*Straalcabine*), zie met name r.o. 3.3.3 en 3.3.4.

155 Zo ook in HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL/Mr. Claassen q.q. of spuitcabines*) (r.o. 3.8).

156 HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272, r.o. 3.3.1.

‘Of de verkeersopvatting dat meebrengt, hangt af van de omstandigheden van het geval. De beoordeling daarvan is van feitelijke aard en kan in cassatie slechts in beperkte mate getoetst worden.’

De belastingkamer van de Hoge Raad stelt zich minder terughoudend op en oordeelt over een demontabele keuken onverschrokken.¹⁵⁷

‘Het middel betoogt onder meer dat een woning zonder keuken incompleet is, en leidt daaruit af dat de keuken in de onderhavige woning volgens verkeersopvatting onderdeel daarvan uitmaakt. Dit betoog is in zoverre juist dat woningen in het algemeen inderdaad incompleet zijn zonder een daarin geplaatste keuken, zodat een keuken in de regel naar verkeersopvatting een bestanddeel van de woning zal vormen.’

Uit de uitspraken blijkt dat de Hoge Raad vragen omtrent bestanddeelvorming hetzij behandelt als gemengde beslissingen, hetzij volledig toetst.

Binnen het leerstuk van de zaaksvorming toetst de Hoge Raad eveneens of de lagere rechter wel de juiste maatstaven heeft toegepast en of de gevonden verkeersopvatting blijkt geeft van een juiste *rechtsopvatting*. De door het Hof Den Haag gevonden verkeersopvatting dat het scheuren van orchideeën twee nieuwe planten oplevert, die naar verkeersopvatting ‘elk een eigen, van die van de oorspronkelijke zaak te onderscheiden identiteit hebben’,¹⁵⁸ en de eveneens door het Hof Den Haag gevonden en gehanteerde verkeersopvatting omtrent zaaksvorming in het arrest *Hollanders/Raiffeisenbank*¹⁵⁹ worden door de Hoge Raad aangemerkt als oordelen die niet blijken geven van een onjuiste *rechtsopvatting*.

In het laatstgenoemde arrest komt ook een verkeersopvatting met betrekking tot natuurlijke vruchten aan de orde. Volgens het Hof Den Haag kunnen kunstmatig uitgebroede kuikens naar verkeersopvatting niet als vruchten worden aangemerkt van de kip die de eieren heeft gelegd.¹⁶⁰ Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad evenmin blijken van een onjuiste *rechtsopvatting*. Ook deze beslissing lijkt een volledige toets in te houden, althans op zijn minst op een beslissing van gemengde aard te wijzen. Voor burgerlijke vruchten

157 HR 9 juli 2004, *LJN AQ0130*. Vergelijkbaar is de uitspraak van de belastingkamer ten aanzien van de mogelijkheid om naar verkeersopvattingen twee gebouwen verticaal te splitsen: HR 29 mei 1985, *NJ* 1986, 274 m.nt. WMK (*Tandartspraktijk*).

158 HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 m.nt. WMK (*Van Spronsen/Rabobank of Orchideeënscheur-arrest*).

159 HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*), r.o. 3.4.1. Het betreft de verkeersopvatting dat een kuiken een zodanige gedaantewisseling ondergaat door uit het ei te kruipen dat sprake is van een *nieuwe zaak*.

160 HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*), r.o. 3.4.4.

geldt eveneens dat de Hoge Raad zich vrij acht om te beslissen welke rechten als burgerlijke vrucht kunnen worden aangemerkt.¹⁶¹

De verkeersopvatting is doorslaggevend waar het de vraag betreft of een persoon feitelijke macht over een goed uitoefent en voor het onderscheid tussen bezit en houderschap. De Hoge Raad behandelt oordelen omtrent de inhoud van deze verkeersopvattingen vrijwel steeds als gemengde beslissingen. In de zaak Beens/Albers wordt het oordeel over de inhoud van de verkeersopvatting aan de feitelijke rechter overgelaten.¹⁶²

‘Na verwijzing zal o.m. moeten worden onderzocht of, mede gezien alle andere door pp. gestelde feiten zoals die zijn komen vast te staan of alsnog zullen komen vast te staan, vorenbedoelde, door Beens gestelde feiten naar verkeersopvattingen het oordeel wettigen dat in de situatie zoals die vóór meerbedoeld transport d.d. 24 jan. 1957 bestond, waarin Beens Sr. de omstreden stukken grond als houder gebruikte, nadien zodanig verandering is gebracht dat hij die stukken toen voor zichzelf hield.’

Reden voor deze verwijzing lijkt de kennelijk nog bestaande onduidelijkheid omtrent de – andere – feiten, waarmee een dergelijke verkeersopvatting verstrengeld is.¹⁶³

In latere arresten lijkt de Hoge Raad zelf inhoud te geven aan de verkeersopvattingen die kunnen bestaan ten aanzien van bijvoorbeeld de vraag of iemand feitelijke macht over een zaak uitoefent, ofwel een goed in zijn bezit heeft. Vaak wordt de verkeersopvatting in arresten met betrekking tot deze vragen echter niet met zoveel woorden genoemd. Dit is bijvoorbeeld het geval in de kwestie Keesmeekers/Driessen,¹⁶⁴ waarin de Hoge Raad met zoveel woorden overweegt:¹⁶⁵

‘De eigenaar van een perceel kan zich niet tegelijkertijd gedragen als beperkt gerechtigde tot datzelfde perceel. De combinatie van die hoedanigheden – eigenaar van het dienende erf en gebruiker van het heersende erf – sluit daarenboven de toepassing van de verjaringsregeling uit omdat in een dergelijk geval geen sprake kan zijn van (ondubbelzinnig) bezit van een erfdienstbaarheid.’

Uit de geciteerde passage blijkt dat naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake kan zijn van (ondubbelzinnig) bezit van een erfdienstbaarheid indien de beperkt gerechtigde tevens eigenaar is van het perceel. Daarmee verwoordt

¹⁶¹ HR 23 mei 1958, NJ 1958, 458 (*Pierlot/Kreemer q.q.*) en Belastingkamer HR 7 december 1994, NJ 1995, 301 m.nt. Ma (*Staatssecr. Financiën/De erven X.*).

¹⁶² HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*), r.o. 3.3.

¹⁶³ Zie nader § 4.6.

¹⁶⁴ HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 38.

¹⁶⁵ R.o. 3.4.2, laatste alinea.

de Hoge Raad in feite een relevante verkeersopvatting omtrent het bezit van een erfdienstbaarheid en toetst hij volledig.

Op grond van de hier besproken uitspraken moet geconcludeerd worden dat ook in het goederenrecht steeds sprake is van hetzij een volledige toetsing door de Hoge Raad van de – inhoud van de – verkeersopvatting, hetzij op zijn minst van een gemengde beslissing.

3.4 EIGEN OPVATTING

De verkeersopvatting verwijst naar mijn mening steeds naar *ongeschreven recht* dat in de maatschappij leeft. Ik ben kortom een aanhanger van de hiervoor als derde geschetste visie. De verkeersopvatting kent echter verschillende verschijningsvormen. Soms heeft zij de hoedanigheid van een onmiddellijk kenbaar en evidente verkeersopvatting,¹⁶⁶ meestal verwijst zij naar een bron van ongeschreven recht, waaruit door middel van een rechtsvindingsproces de geldende verkeersopvatting moet worden geconcretiseerd.¹⁶⁷ Deze observatie geldt gelijkelijk voor het verbintenissen- en goederenrecht.¹⁶⁸ In het gehele vermogensrecht verwijst de verkeersopvatting in mijn ogen naar ongeschreven recht of naar een bron van ongeschreven recht. Waarom behelst de verkeersopvatting naar mijn mening *ongeschreven recht*? Mijn visie laat zich beargumenteren met een verwijzing naar de handelwijze van de Hoge Raad en een bespreking van de naar mijn mening geringe validiteit van de argumenten die de verschillende auteurs aanvoeren ter ondersteuning van hun standpunt dat de verkeersopvatting (soms) feitelijk van aard zou zijn.

3.4.1 Steeds volledige toetsing of gemengde beslissing in cassatie

De analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad (§ 3.3.5) levert een consistent beeld op. De Hoge Raad behandelt vragen met betrekking tot de *inhoud* van de verkeersopvatting consequent als rechtsvragen en de beslissingen omtrent de *toepassing* van die verkeersopvatting op de feiten en omstandigheden van het geval consequent als gemengde beslissingen.¹⁶⁹ Hij laat zich over de inhoud van de verkeersopvatting regelmatig uit. Alleen al gelet op

166 Ogenscheinlijk *lijkt* de verkeersopvatting dan een feitelijk gegeven, hetgeen zij echter ook in die verschijningsvorm niet is, zie nader § 3.5.1.

167 Zie § 2.6.2.1 sub *ii*) en § 3.5.2.

168 Dit wil echter niet zeggen dat er tussen de verkeersopvattingen in het verbintenissen- en goederenrecht geen verschillen bestaan (zie bijv. § 4.5.5.1 en 7.7.1). Die verschillen zien echter *niet* op een onderscheid tussen feit en recht.

169 Zo ook Asser-Veegens 2005, nr. 105.

artikel 419 lid 3 RV wijst dit erop dat verkeersopvattingen geen ‘feiten’ zijn.¹⁷⁰ Door zich over die inhoud uit te laten legt de Hoge Raad de rechtsnormen waarin aan de verkeersopvatting wordt gerefereerd uit en bepaalt in algemene zin de *inhoud* van de verkeersopvatting (concretisering) en daarmee de *strekking* van het artikel en de daarin gebezigde rechtsbegrippen nader.¹⁷¹ De Hoge Raad houdt de feitenrechtters op allerhande gebied aan de – per rechtsvraag verschillende – *maatstaven* aan de hand waarvan de verkeersopvatting nader ingevuld of geconcretiseerd moet worden in het specifieke geval.¹⁷² Dit geldt zowel voor het goederen- als het verbintenissenrecht.

Gemengd zijn die beslissingen die deels juridisch en deels feitelijk van aard zijn.¹⁷³ Met name de toepassing van rechtsregels met daarin vage normen of andere onbepaalde begrippen leiden tot gemengde beslissingen.¹⁷⁴ Juridisch van aard is dan de door de rechter gehanteerde ‘opvatting omtrent de betekenis van het in die rechtsregel voorkomende begrip in het algemeen’,¹⁷⁵ terwijl het oordeel of de regel in de concrete omstandigheden van het geval al dan niet van toepassing is, het feitelijke deel van de beslissing uitmaakt. Object van de toetsing door de Hoge Raad is de aan het oordeel ten grondslag liggende *rechtsopvatting*. De gemengde beslissing is veelal herkenbaar aan het gebruik van een formulering met dubbele ontkenning:¹⁷⁶

‘Het oordeel geeft *niet* blijk van een *onjuiste* rechtsopvatting.’

Deze formulering komt in uitspraken met betrekking tot de verkeersopvatting veelvuldig voor.

Tegen dit alles zou kunnen worden aangevoerd dat het rechtsgedeelte van de beslissing niet ziet op de – in deze redenering als feitelijk te beschouwen – verkeersopvatting, maar op een *ander juridische begrip* waaraan invulling wordt gegeven. De verkeersopvatting wordt immers gehanteerd als hulpmiddel of beslissingsmaatstaf voor het vaststellen van de inhoud van andere juridische begrippen, zoals de rechtsbegrippen: bestanddeel, vrucht, zaak, hoofdzaak, nieuwe zaak, duurzaam dienend, toerekenbaar, overmacht, eigen schuld etc.

170 Vergl. W.D.H. Asser (2003, p. 45), die opmerkt dat bepaling van de inhoud en reikwijdte van een wettelijk begrip een zuivere rechtsbeslissing is.

171 Volgens Asser-Veegens 2005, nr. 100 is dit kenmerkend voor de *rechtsbeslissing*. Zo ook Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6. W.D.H. Asser (2003, p. 45) spreekt over toetsing van de ‘vaststelling van het rechtsgevolg’.

172 Die maatstaven zijn divers van aard. De éne keer gaat het om vuistregels, de andere keer om een harde subregel, dan weer om een gezichtspuntencatalogus. Zie daarover nader § 7.6.

173 Asser-Veegens 2005, nr. 101 en Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6.

174 Zie over typering van de verkeersopvatting als onbepaald begrip en de terminologie § 2.3.2.

175 Asser-Veegens 2005, nr. 101; Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6; Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 273.

176 Asser-Veegens 2005, nr. 101.

Met andere woorden, het rechtsoordeel zou dan bijvoorbeeld geen betrekking hebben op het begrip ‘verkeersopvatting’ in artikel 3:4 BW, maar op het eveneens in dat artikel gebezigde begrip ‘bestanddeel’.

De praktijk wijst mijns inziens anders uit.¹⁷⁷ Het is de *verkeersopvatting* die nader wordt ingevuld, geïnterpreteerd en geconcretiseerd, waarmee en waardoor tevens nader vorm wordt gegeven aan andere juridische begrippen. Kenmerkend voor gemengde beslissingen is dat de Hoge Raad over het algemeen niet bereid is te toetsen of de regel in het gegeven geval op de feiten van toepassing is.¹⁷⁸ Aan de vraag naar de *toepasbaarheid* van de regel op de feiten gaat echter de vraag naar de *inhoud van de regel* vooraf, en die vraag is een rechtsvraag. De inhoud van de verkeersopvatting bepaalt – mede – de inhoud van de rechtsregel.

Hierna zal ik betogen dat één van de belangrijkste kenmerken van de verkeersopvatting is gelegen in haar vermogen om de feiten juridisch te kwalificeren.¹⁷⁹ Een dergelijke juridische kwalificatie van feiten is in beginsel een rechtsbeslissing.¹⁸⁰ Daar waar de verkeersopvatting wordt gehanteerd, is het maken van onderscheid tussen het vaststellen van feiten en hun juridische kwalificatie bovendien problematisch. Feiten en kwalificatie daarvan zijn vaak nauw verbonden, omdat:¹⁸¹

‘de feitelijke situatie niet anders kan worden omschreven dan met behulp van het in de betrokken rechtsregel gehanteerde vage begrip, terwijl het waarden van de feiten met het oog op de toepassing van zo’n begrip moeilijk als een feitelijk oordeel kan worden aangemerkt.’

In de literatuur wordt opgemerkt dat het onderscheid tussen recht en feiten in Nederland in hoofdzaak berust op wat wel de *autodétermination de compétence* wordt genoemd.¹⁸² De Hoge Raad beschouwt als rechtsbeslissingen die oordelen van de feitenrechter waarbij de rechtszekerheid en de rechtseenheid in het geding zijn, of oordelen op die gebieden waarbij hij de richting van de

177 Men bestudere de in § 3.3.5 besproken arresten. Anders: Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 273 en 274, waarin wordt opgemerkt dat de Hoge Raad, aldus schrijvers, de vaststelling van de inhoud der verkeersopvatting over het concrete geval grotendeels overlaat aan de feitelijke rechter en daaraan slechts – soms zware – motiveringseisen stelt. Verwezen wordt daartoe naar het *Stafmateriaal-arrest* en het arrest *Dépex/Curatoren Bergel*.

178 Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6. Vergl. Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 273.

179 Zie § 4.2 en 6.4.1.

180 Zo ook W.D.H. Asser 2003, p. 45-46.

181 Asser-Veegens 2005, nr. 98 (p. 218); Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6. Vergl. Larenz/Canaris 1995, p. 129. Zie ook § 4.6 en 6.4.1.

182 Asser-Vranken 1995, nr. 60; Asser-Veegens 2005, nr. 98 (p. 219) en Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 6. Zie ook W.D.H. Asser 2003, p. 35, het is ‘voornamelijk de Hoge Raad zelf die bepaalt waar de grenzen liggen.’

rechtsvorming wil sturen.¹⁸³ Dat is bij beslissingen omtrent de inhoud van de verkeersopvatting vaak – met name in het goederenrecht – het geval.

De Hoge Raad beschouwt en behandelt beslissingen omtrent de inhoud van de verkeersopvatting kortom als rechtsbeslissingen. Dit brengt als voordeel met zich dat de Hoge Raad ten aanzien van de – ongeschreven – verkeersopvatting de rechtseenheid, de rechtszekerheid en de richting van de rechtsvorming kan bewaken en bevorderen.¹⁸⁴ Dat is precies de gang van zaken zoals die zich in de jurisprudentie aftekent. Waar het de nadere invulling van de verkeersopvatting betreft, lijkt de Hoge Raad zich niet terughoudend op te stellen. Zijn door de Hoge Raad ten aanzien van een bepaalde rechtsvraag eenmaal *maatstaven* voor de concretisering van de verkeersopvatting gevonden, dan stelt hij zich vervolgens terughoudender op en toetst slechts of de feitenrechter deze maatstaven correct heeft toegepast.¹⁸⁵

3.4.2 Steeds een *behoren*; een normatief begrip

Het belangrijkste argument van auteurs die menen dat de verkeersopvatting – steeds of soms – een feitelijk gegeven is, berust op het onderscheid tussen *zijn* en *behoren* (*Sein* und *Sollen*).

In het verleden is gesuggereerd dat de verkeersopvatting in het goederenrecht steeds ziet op zogenaamde ‘juridisch-technische’ vragen, zoals bijvoorbeeld het onderscheid tussen bezit en houderschap.¹⁸⁶ Andere ‘juridisch-technische’ vragen betreffen, volgens degenen die de eerste visie aanhangen, de vraag of een zaak bestanddeel is van een andere zaak, of sprake is van een vrucht of van een nieuwe zaak, wat hoofdzaak is, of een roerende zaak duurzaam een onroerende zaak dient etc. In het goederenrecht zou het bij hantering van de verkeersopvatting gaan om kwesties van *zijn* en niet van *behoren*.¹⁸⁷ De vraag of een dakpan bestanddeel is van een huis zou een vraag van *zijn*

183 In de literatuur is wel gewezen op de paradoxale situatie dat de wetgever juist door het gebruik van vage normen of vage normbestanddelen de rechtsvorming aan de rechter overlaat, maar dat de Hoge Raad beslissingen daarover, gelet op hun gemengde karakter slechts in beperkte mate kan toetsen, terwijl de leiding van de Hoge Raad in deze gevallen dringender dan elders gewenst is. Zie Korthals Altes 1981, p. 47 en 50.

184 Op dit voordeel werd t.a.v. de verkeersopvatting reeds gewezen door Van der Meij in 1954 en door Klein in zijn noot (sub 3) onder HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*). Meer in het algemeen wordt het in Asser-Veegens 2005, nr. 98 gebruikt als argument voor het aannemen van het rechtskarakter van bepaalde beslissingen.

185 Zie bijv. HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL/Mr. Claassen q.q. of spuitcabines*) r.o. 3.8.

186 Rossel 1994, p. 336 en Fesevur 2002, p. 31. Ook Van Schaick (2000, p. 88-90) pleit voor hantering van de verkeersopvatting als ‘technische norm’ in plaats van een ‘billijkheidsoordeel’. Mijnsen (1972, p. 127) noemt het onderscheid tussen bezit en houderschap juist juridisch van aard en meent daarom dat de verkeersopvatting in dit geval naar ongeschreven recht verwijst.

187 Rossel 1994, p. 336.

betreffen, en niet één van *behoren*. Daarentegen zou in het verbintenissenrecht juist wel sprake zijn van vragen omtrent een *behoren*, nu het binnen dat rechtsgebied – meestal – gaat om de vraag naar de wenselijk geachte risicoverdeling tussen betrokkenen.¹⁸⁸ Behoort het risico van diefstal van een huurauto tot de risicosfeer van de verhuurder of juist van de huurder?¹⁸⁹ Volgens Rossel heeft de verkeersopvatting in die gevallen van risicoverdeling, anders dan in het goederenrecht, een *meer normatieve lading*.¹⁹⁰ Er zou kortom sprake zijn van een begrip zonder normatieve lading (de verkeersopvatting in het goederenrecht) en een meer normatief begrip met een morele lading (de in het maatschappelijk verkeer geldende opvatting).

Dat de verkeersopvatting in sommige gevallen geen uitdrukking zou zijn van een *behoren* maar eerder van een *zijn*, berust mijns inziens op een hardnekkige misvatting. De *normatieve lading* van de verkeersopvatting is in het verbintenissenrecht niet anders dan in het goederenrecht.¹⁹¹ Het gaat mijns inziens niet om een ‘begrip met verschillende ladingen’,¹⁹² of om ‘twee verschillende begrippen’.¹⁹³ In alle gevallen waarin verwezen wordt naar de verkeersopvatting is sprake van een *opvatting over behoren*. Dat is niet alleen het geval bij vragen van risicoverdeling in boek 6, maar ook bij de beantwoording van rechtsvragen aan de hand van de verkeersopvatting in het goederenrecht. Een dakpan is bestanddeel van het huis niet omdat dit nu eenmaal zo *is*, maar omdat *wij vinden dat het zo behoort te zijn*. Net zoals het risico van diefstal van een huurauto voor rekening *is* van de verhuurder omdat wij vinden dat dit zo *behoort te zijn*. Verandert de verkeersopvatting over de vraag of een dakpan steeds bestanddeel is van een huis – verandert kortom de opvatting over hoe het recht op dit punt *behoort te zijn* – dan *is* een dakpan ook geen bestanddeel meer.¹⁹⁴

Een keuken is bestanddeel van een woning, ook als de keuken volledig demontabel en verhuisbaar is. Waarom dat zo is? Omdat:¹⁹⁵

188 Zie Rogmans 2007, nr. 52 en Rossel 1994, p. 337.

189 Het voorbeeld is ontleend aan HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*).

190 Rossel spreekt t.a.p. van een ‘morele lading’.

191 Dit betekent overigens niet dat tussen de verkeersopvatting in het goederenrecht en verbintenissen in het geheel geen verschillen zouden bestaan. Zie voor die verschillen bijv. nader § 4.5.5.1 en 7.7.1.

192 Rossel 1994, p. 336-337.

193 Van der Wiel 2004, p. 294-295.

194 Nieuwenhuis (2007b, p. 383) spreekt ten aanzien van het verrichten van rechtshandelingen in dit verband van ‘de normatieve kracht van het normale’. Zo ook Gerbrandy 1957, p. 24 ten aanzien van bestanddeelvorming: ‘Een zuiver feitelijke vraag is het hier niet. Het gaat er om, wat in het maatschappelijk verkeer normaal is, dat is: wat daar *behoort te geschieden*.’ Zie ook § 4.3.1.

195 Zie: Fiscale kamer HR 9 juli 2004, LJN AQ0130 (*Keuken*).

‘woningen in het algemeen inderdaad incompleet zijn zonder een daarin geplaatste keuken, zodat een keuken in de regel naar verkeersopvatting een bestanddeel van de woning zal vormen’.

De gevonden opvatting over *behoren* is duidelijk: een complete woning *behoort* een keuken te hebben. Niet ontkend kan worden dat deze uitspraak een normatief element in zich bergt. Dat normatieve element betreft de vraag of aan een gerechtvaardigde en dus normatieve verwachting (de verwachting dat een woning een keuken bevat) van deelnemers aan de samenleving wordt voldaan of juist niet.

Zo is het ook waar het gaat om de verdeling van risico's. In de zaak Oerlemans/Driessen¹⁹⁶ moest bijvoorbeeld aan de hand van de verkeersopvatting worden vastgesteld of de tekortkoming in de nakoming van een koopovereenkomst – levering van meststof vervuild met een bestrijdingsmiddel – al dan niet aan de verkoper moest worden toegerekend. Vast stond dat de verkoper de meststof niet zelf had geproduceerd en dat het ging om een gebrek dat geheel buiten haar toedoen was ontstaan en dat zij kende noch behoorde te kennen. Welke regel behoort voor deze situatie te gelden? De Hoge Raad formuleert een vuistregel.¹⁹⁷

‘De verkeersopvattingen brengen mee dat in een geval als het onderhavige een tekortkoming bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen.’

De gevonden opvatting omtrent het *behoren* behelst dat het risico van non-conformiteit in beginsel bij de verkoper ligt, ook indien hem geen blaam treft en hij het gebrek kende noch behoorde te kennen. Uitzonderingen op deze regel zijn slechts mogelijk in geval van ‘bijzondere omstandigheden’, waarvan het bestaan echter niet te snel mag worden aangenomen.¹⁹⁸ Het normatieve aspect van de verkeersopvatting ziet op de vraag hoe *het recht*, gelet op het complex van feiten en omstandigheden, *behoort* te zijn, en wat het *rechtsgevolg* behoort te zijn. Het gedrag van de verkoper staat niet ter discussie. Hem kan niets worden verweten en ook op grond van wet of rechtshandeling kan de tekortkoming niet worden toegerekend. Desondanks is de tekortkoming in de nakoming toerekenbaar, op grond van de door de Hoge Raad gevonden opvatting over *behoren*.

196 HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH.

197 R.o. 3.6, tweede alinea. Zie ook de noot van Hijma, sub 3.

198 R.o. 3.6, derde alinea.

Rechtspreken aan de hand van de verkeersopvatting houdt steeds een – normatieve – juridische kwalificatie in van een concrete feitelijke situatie.¹⁹⁹ Rechtsvinding aan de hand de verkeersopvatting ziet zowel in het goederenrecht als in het verbintenissenrecht op de beoordeling van een complex van feiten en omstandigheden en het daaraan vastknopen van een maatschappelijk verwacht of gewenst rechtsgevolg. De verkeersopvatting vormt de schakel tussen feiten en rechtsgevolgen, waardoor feit en recht nauw verweven raken.²⁰⁰

Binnen beide rechtsgebieden impliceert hantering van de verkeersopvatting dan ook een *normatief aspect*.²⁰¹ Dit normatieve aspect ziet echter niet op een waardering van gedrag. Het normatieve aspect ziet op hoe *het recht* in het concrete geval *behoort* te zijn, meer in het bijzonder welk rechtsgevolg aan een bepaald complex van feiten en omstandigheden behoort te worden gekoppeld. De verkeersopvatting is daarmee normerend, zij het niet gedragsnormerend.²⁰² Dit geldt voor alle gevallen waarin verwezen wordt naar de verkeersopvatting. Steeds is sprake van een opvatting over *behoren*.

3.4.3 Eigen dimensie van de normativiteit van de verkeersopvatting

In het vorige hoofdstuk merkte ik reeds op dat de ontwikkelingen in de maatschappij invloed op het recht hebben, maar dat andersom het recht – deels – ook de gang van zaken in de samenleving bepaalt.²⁰³ Die laatste gang van zaken is regelmatig zichtbaar bij de hantering van de verkeersopvatting. In de juridische praktijk krijgt het normatieve aspect van de verkeersopvatting vaak een eigen dimensie. Dit hangt samen met het feit dat de verkeersopvatting niet verwijst naar onmiddellijk evidente en notoire feiten, maar veelal aanknopingspunt is voor rechtsvinding in twijfelgevallen van sterk juridisch-technische aard.²⁰⁴

199 Zo ook Ploeger 1997, nr. 35 en Wichers 2002, p. 32. De eerste spreekt, ook binnen het goederenrecht, van een 'normatief oordeel', de laatste van een 'norm voor de juridische waardering van een feitelijke situatie'. Zie ook § 6.4.1. Röthel (2004, p. 38 voetnoot 85) schaaft zowel de *Verkehrssitte* als de *Verkehrsanschauung* onder de – normatieve – *Generalklauseln* (zie § 2.3.2). Anders Larenz/Wolf 2004, p. 57, die de *Verkehrssitte* van feitelijke aard achten.

200 De vraag óf feiten en recht van elkaar te onderscheiden zijn, is overigens een vraag die ook Nederlandse juristen al sinds het eind van de 19^e eeuw met enige regelmaat bezig houdt. Zie Korthals Altes 1981, p. 48 en de aldaar door hem genoemde bronnen, en bijv. recentelijker Van Schilfgaarde 2000. Zie ook § 4.6 en 6.4.1.

201 Het is o.a. dit aspect dat de verkeersopvatting lastig meetbaar en bewijsbaar maakt, zie § 3.3.1 en 3.3.2.

202 Zie nader § 4.2. Gezegd kan worden dat gedragsnormen *dubbel normatief* zijn en de verkeersopvatting *enkel normatief*, zie daarover nader § 5.2.3.

203 § 2.2.1.

204 Zie § 2.6.2.1 sub ii) en § 3.5.2.

Met de *eigen dimensie* van de normativiteit doel ik op het gegeven dat de rechter soms op grond van juridische wenselijkheid en juridische argumenten anders lijkt te beslissen dan volgens de opvatting die daadwerkelijk in het verkeer lijkt te gelden. Instructief is wat dit betreft bijvoorbeeld de korte beschrijving van Rogmans van opinieonderzoek onder een groep van 2000 Nederlanders omtrent de verkeersopvatting ten aanzien van een aantal juridische kwesties.²⁰⁵ Rogmans constateert dat de Hoge Raad zich veelal meer laat inspireren door de (rechts)wetenschap dan door signalen uit de samenleving.²⁰⁶ Ook Sieburgh concludeert dat het bestaan van verkeersopvattingen over bepaalde casus niet steeds wil zeggen dat zij doorslaggevend kunnen en moeten zijn voor een juridisch oordeel.²⁰⁷ Dat een bepaalde opvatting in het verkeer algemeen geaccepteerd of gebruikelijk is en daaraan in de praktijk bepaalde rechtsgevolgen plegen te worden verbonden, betekent kennelijk niet steeds dat die opvatting of dat rechtsgevolg ook *rechtens* wenselijk is.

Indien zij wordt gehanteerd in rechte verkrijgt de verkeersopvatting dan ook een extra dimensie. Zij moet niet alleen de opvatting in het verkeer verwoorden, maar ook nog tot een *rechtvaardige uitkomst* leiden.²⁰⁸ Rogmans concludeert in dit verband dat de formulering in concreto van verkeersopvattingen een element van billijkheid introduceert of impliceert en dat de redelijkheid vaak een randvoorwaarde is voor de erkenning van de verkeersopvatting.²⁰⁹ Deze constatering is niet nieuw. Wery noemde bijvoorbeeld 'onaanvaardbaar dat de taak van de rechter zou worden gereduceerd tot het enkel registreren van bepaalde verkeersopvattingen' waarbij 'alle autonome rechtsvin- ding hem zou zijn ontzegd'.²¹⁰

'Meer aannemelijk is, dat uitgegaan werd van een hypothetisch oordeel van een redelijk lid der samenleving omtrent het risico in een concreet geval. Bij deze lezing der formule zouden de bovenbedoelde bezwaren vervallen. De rechter zou dan in de redelijkheid de norm vinden, die hem de weg zou wijzen naar de in concreto juiste beslissing.'

Waar Wery aanknoopt bij het oordeel van 'een redelijk lid der samenleving', is Schoordijk zelfs nog radicaler. Hij stelt dat de rechter in bepaalde gevallen

205 Rogmans 2007, nr. 24.

206 Rogmans 2007, nr. 15.

207 Sieburgh 2000, p. 208. Vergl. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 258, t.a.v. de maatschappelijke opvattingen bij de concretisering van de goede zeden.

208 Vergl. Smith 1998, hoofdstuk 5.

209 Rogmans 2007, nr. 11, over redelijke en onredelijke verkeersopvattingen. Zie voor mijn opvatting daaromtrent § 5.3.2 en 5.5.

210 Wery 1964, p. 30.

moet menen 'dat hij de maatschappij beter begrijpt dan deze zichzelf begrijpt'.²¹¹

'In bepaalde gevallen moet de rechter door de geluidsbarrière dringen en op kwaliteitsverbetering aansturen, op het gevaar af, dat menig rechtsgenoot het vonnis als onjuist ervaart.'

De rechter moet, volgens Schoordijk, aan de rechtsontwikkeling juist 'leiding geven'. Daarmee bepleit Schoordijk, bijvoorbeeld waar het betreft eigendomsverhoudingen, een volkomen eigen dimensie van de normativiteit en een vergaande vorm van vrije rechtsvinding. Onduidelijk blijft bij Schoordijk echter in welke 'bepaalde gevallen' en onder welke omstandigheden een dergelijke volledig autonome opstelling van de rechter volgens hem gerechtvaardigd is. Zolang deze 'randvoorwaarden' niet helder zijn zie ik geen reden om deze vorm van 'volledig vrije rechtsvinding' toe te juichen.²¹²

Een verwijzing naar de verkeersopvatting zal de éne keer leiden tot een aanknopen bij hetgeen in de maatschappij aan opvattingen omtrent behoren leeft – de maatschappelijke werkelijkheid – en de andere keer inspiratiebron zijn voor de vorming van nieuwe regels,²¹³ waarbij inspiratie wordt geput uit wat rechtens wenselijk, doelmatig of praktisch is. Het valt te bezien of een *billijke invulling* van de verkeersopvatting in strijd met hetgeen daadwerkelijk aan opvattingen in de samenleving leeft, niet strijdig is met de bedoeling van de wetgever om de rechter juist aanknoping te laten zoeken bij die realiteit in de maatschappij.²¹⁴

Anderzijds ontbreekt veelal in de samenleving een duidelijke opvatting over de juridische kwestie die ter beoordeling voor ligt. Dit zal met name zo zijn in die gevallen waarin hetzij de voorgelegde juridische vraag te ingewikkeld is, hetzij in gevallen waarin meerdere verkeersopvattingen om voorrang strijden, hetzij in de gevallen waarin binnen een relevante kring wel een verkeersopvatting bestaat, maar deze door de rechter eerst 'gevonden' moet worden.²¹⁵ Bij dat proces van rechtsvinding zullen billijkheids- en wenselijkheidsaspecten een rol spelen. Vaak zal de in rechte gevonden verkeersopvatting als algemeen geldend aanvaard worden binnen de samenleving, waarna het

211 Schoordijk 1972, p. 44-45.

212 Sterker nog, in hoofdstuk 7 bepleit ik juist een meer heteronome wijze van rechtsvinding t.a.v. de concretisering van de verkeersopvatting.

213 Vergl. Hesselink 1999, p. 43, die meent dat men de redelijkheid en billijkheid enerzijds kan zien als 'doorgeefluik', anderzijds als 'inspiratiebron'. Zie ook § 6.3.1 en 6.3.2.

214 Overigens is het de vraag of 'onbillijke' opvattingen in het verkeer in rechte een lang leven beschoren zal zijn. Ten aanzien van rechtsgewoonten merkt De Smidt 1954, p. xxxix, in dit verband m.i. terecht op: 'De kans op flagrante strijd tussen gebruik en billijkheid lijkt mij niet groot, omdat het gebruik toch wel de neiging zal vertonen zich naar de eisen van de billijkheid te vormen.' Ook tussen verkeersopvattingen en billijkheid bestaat m.i. een nauwe band (zie nader § 5.5).

215 Zie hierna § 3.5.2.

maatschappelijk gedrag daarop wordt afgestemd en de maatschappelijke opvatting zich aan de in rechte gevonden opvatting aanpast.²¹⁶ Soms gaat dat proces niet zonder slag of stoot. Als voorbeeld daarvan worden wel het Sleepboot Egbertha- en Stafmateriaalarrest genoemd.²¹⁷ Deze arresten, die tot gevolg hadden dat door natrekking het eigendomsvoorbehoud op de in het geding zijnde bestanddelen kwam te vervallen, brachten volgens Gerbrandy in het bedrijfsleven een schok teweeg en veroorzaakte 'een zekere vervreemding tussen wat men in het bedrijfsleven normaal vindt en wat de rechter beslist'.²¹⁸ De praktijk heeft zich echter aangepast aan het recht.²¹⁹

De rechter laat zich, kortom, over het normatieve aspect uit en de burger ervaart en aanvaardt die uitspraak als *recht* en zal zich dienovereenkomstig gaan gedragen.²²⁰ Zie daar de eigen dimensie in rechte van het normatieve aspect.

3.4.4 Steeds een imperatieve rol en een intern consistent begrip

Één van de argumenten die Van der Wiel gebruikt voor de onderbouwing van zijn stelling dat de in het maatschappelijk verkeer geldende opvatting (in art. 6:162 lid 3 BW) verwijst naar ongeschreven recht, is dat die opvatting een *imperatieve* rol vervult en *intern consistent* is.²²¹

'Als op grond van de in het verkeer geldende opvattingen kan worden toegerekend, moet worden toegerekend en als op grond van de in het verkeer geldende opvattingen niet kan worden toegerekend, mag niet op deze grond worden toegerekend.'

Van der Wiel suggereert met zijn onderscheid tussen 'krachtens in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen' en 'verkeersopvatting',²²² in combinatie met de geciteerde opmerking, dat de verkeersopvatting in het goederenrecht *geen* imperatieve rol zou spelen en *niet* intern consistent behoeft te zijn. Het argument roept de vraag op of de verkeersopvatting op andere plaatsen binnen het vermogensrecht wellicht slechts een facultatieve rol speelt en of

216 Vergl. Barendrecht 1992, p. 44-45; 'Als men zich naar de regels gaat gedragen, heeft dat weer consequenties voor de maatschappelijke opvattingen.'

217 HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*) en HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*).

218 Gerbrandy 1957, p. 1. Zie ook Heyman 1974, p. 472 en de door hem genoemde bronnen.

219 Een ander voorbeeld hiervan geef ik in § 7.2.2.4, te weten de aanpassing van de 'maatschappelijke praktijk' aan het recht n.a.v. een uitspraak van de Hoge Raad omtrent de mogelijkheid om het retentierecht uit te oefenen op een onroerende zaak.

220 Zie nader § 7.2.2.4.

221 Van der Wiel 2004, p. 294.

222 Zoals besproken in § 3.3.4.2.

bij andere rechtsvragen de éne keer de opvatting van de één de doorslag geeft, en een volgende keer de opvatting van de ander.²²³

Dat is niet het geval. Niet goed denkbaar is bijvoorbeeld dat een voordeur de éne keer op grond van de verkeersopvatting wordt beschouwd als een bestanddeel van het huis en de andere keer niet.²²⁴ Evenmin voorstelbaar is dat de in een broedmachine uitgebroede eieren in de éne kwestie worden beschouwd als de natuurlijke vruchten van de kip en in de andere kwestie als nieuw gevormde zaken. Weinig plausibel is eveneens dat exact dezelfde feitelijke handeling (zoals het rollen van een portemonnee of het lenen van een bibliotheekboek) de éne keer wordt gekwalificeerd als bezit en de andere keer als houderschap.

Net zo min als in het verbintenissenrecht heeft de rechter in goederenrechtelijke kwesties de vrijheid heeft om uit verschillende ‘bestaande’ opvattingen te kiezen en zo te beslissen wat de verkeersopvatting inhoudt. Sterker nog, de speelruimte van de rechter is in het goederenrecht, gelet op het grotere belang van de rechtszekerheid, zelfs minder groot dan in het verbintenissenrecht. Voor zover de rechter terechtkomt bij rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting is haar rol kortom imperatief en betreft het steeds een intern consistent begrip. Als een voordeur naar verkeersopvatting moet worden beschouwd als bestanddeel van het huis, dan *is* zij bestanddeel van het huis. Hoewel *overtuigingen* en *opvattingen* van persoon tot persoon kunnen verschillen geldt zulks voor *rechtsovertuigingen* en voor *verkeersopvattingen* kortom niet.²²⁵ Dit heeft alles te maken met de objectiverende functie van deze begrippen.²²⁶ Zij verwijzen nu juist niet naar de overtuigingen en opvattingen van *partijen*, maar naar *de* rechtsovertuiging en *de* opvatting in het verkeer die ligt buiten partijen en de rechter. De feitenrechter heeft niet de vrijheid om naar believen te beslissen wat de verkeersopvatting inhoudt.

Daar komt nog bij dat de rechter, zoals hiervoor reeds gememoreerd,²²⁷ de verplichting heeft om te beslissen, ook in die gevallen waarin de wet geen uitsluitel geeft of een leemte vertoont.²²⁸ Kortom, steeds zal de – op een bepaald moment en bepaalde plaats, binnen een bepaalde kring personen, over een bepaalde vraag, met betrekking tot bepaalde feiten – heersende verkeersopvatting doorslaggevend zijn. Dat de verkeersopvatting veranderlijk kan zijn naar tijd, plaats, kring van personen, of complex van feiten en omstandigheden, doet hieraan niet af. Uiteindelijk ‘vindt’ de rechtsvinder ‘de verkeers-

223 Van der Wiel 2004, p. 294: ‘(...) rechtsovertuigingen kunnen van persoon tot persoon verschillen’.

224 Eén en ander uiteraard behoudens het feit dat de verkeersopvatting door de tijd heen uiteraard kan veranderen (zie daarover § 4.3).

225 Anders: Van der Wiel 2004, p. 294.

226 Zie § 6.4.2.

227 Zie § 3.2.

228 Zo ook reeds Gerbrandy 1957, p. 23-24, de aard van de taak van de rechter brengt mee dat hij, met de misschien schaarse gegevens die er zijn voor ogen, bindend beslist.

opvatting'. Die verkeersopvatting is eenduidig voor alle soortgelijke gevallen op dat gegeven moment.

3.4.5 Voor- en nadelen van visie 3

Er zijn voor- en nadelen verbonden aan het beschouwen van de verkeersopvatting als ongeschreven recht. Een groot voordeel van deze visie is dat de vraag naar de *inhoud* van de verkeersopvatting een rechtsvraag is. Dit stelt de Hoge Raad in staat de rechtseenheid op dit punt te bewaken en indien nodig – de richting van – de rechtsvinding te sturen.²²⁹

Een nadeel is echter de gebrekkige kenbaarheid en het probleem van de gelding van dit ongeschreven recht. Bovendien is ten aanzien van de verkeersopvatting vooralsnog niet erg duidelijk hoe zij zich verhoudt tot het geschreven recht.²³⁰ Deze problemen bestaan echter evenzeer – en zij zijn wellicht zelfs groter – voor zover men de verkeersopvatting beschouwt als empirisch feitelijk gegeven. In dat geval dient de inhoud van de verkeersopvatting consequent door middel van bewijsopdrachten, deskundigenrapport en enquêtes achterhaald te worden. Steeds zal de rechter moeten achterhalen wat de opvatting is van allen, de meesten of de verstandigsten. Niet alleen zijn deze methoden kostbaar, tijdrovend en bewerkelijk, daarnaast is het zeer de vraag of bewijsopdrachten en enquêtes ons zekerheid kunnen bieden over het bestaan of de inhoud van een verkeersopvatting. Het gevaar dreigt vervolgens dat de juridische procedure niet zozeer meer gaat over de inhoud van de verkeersopvatting, maar het geschil zich toespitst op onenigheid over de methode om haar te vinden.

3.5 DRIE VERSCHIJNINGSVORMEN

De hantering van het begrip *verkeersopvatting(en)* of *in het verkeer geldende opvattingen* veronderstelt – impliciet – dat die verkeersopvattingen steeds als kenbare feiten binnen de maatschappij voor handen zouden zijn en voor kant en klare toepassing gereed liggen.²³¹ Zoals we hebben gezien is dat een illusie. Slechts af en toe is de (rechts)opvatting waaraan de verkeersopvatting refereert duidelijk en ondubbelzinnig. De verkeersopvatting verwijst dan naar kenbare, onmiddellijk evidente opvattingen in de samenleving; naar ongeschreven opvattingen over *behoren* waarover een grote mate van maatschappelijke

²²⁹ Vergl. Meijer 2007, p. 172.

²³⁰ Deze nadelen werden uitgebreider besproken in § 2.6.

²³¹ Zie ook Rogmans 2007, nr. 18, die opmerkt dat de verwijzing naar de verkeersopvatting de verwachting wekt een reële, vindbare maatstaf te bieden. Die verwachting is volgens hem maar ten dele gerechtvaardigd.

consensus bestaat én waarop de deelnemers aan de samenleving hun normatieve verwachtingen baseren.²³² Deze verkeersopvattingen spelen veelal op impliciete wijze een rol binnen maatschappij en rechtssysteem.

Meestal liggen de juridisch relevante verkeersopvattingen niet voor het oprapen.²³³ In die gevallen moet de verkeersopvatting in een concreet en individueel geval door de rechter worden *gevonden*. De verwijzing naar het juridische begrip ‘verkeersopvatting’ vormt dan aanknopingspunt voor de rechtsvinding.²³⁴ Is het recht eenmaal ‘gevonden’ dan heeft zich concretisering van een verkeersopvatting voorgedaan en wordt die gevonden en dan ook kenbare verkeersopvatting toegevoegd aan het rechtssysteem. Dit laatste geldt zowel voor verkeersopvattingen die worden gedestilleerd uit bestaande opvattingen over behoren, al dan niet in een relevante kring van personen, als voor verkeersopvattingen die door de rechter worden gevonden.

Verkeersopvattingen bestaan daarom in drie smaken, die in elkaar overvloeien. Ten eerste bestaan verkeersopvattingen in de vorm van onmiddellijk evident en kenbaar ongeschreven recht (§ 3.5.1). Voor zover de verkeersopvatting niet onmiddellijk evident en kenbaar is, vormt het begrip verkeersopvatting in die gevallen een aanknopingspunt voor rechtsvinding (§ 3.5.2). Ten derde bestaan verkeersopvattingen als resultante van het proces van rechtsvinding (§ 3.5.3). Het juridische begrip verkeersopvatting is kortom een hybride begrip.

3.5.1 Onmiddellijk evident en kenbaar ongeschreven recht

Het civiele recht steunt deels op evidente verkeersopvattingen. Ongeschreven opvattingen over *behoren* vervullen impliciet en onopgemerkt een ordenende en sturende rol binnen het systeem van het vermogensrecht. Vaak betreft het zeer oude opvattingen,²³⁵ bijvoorbeeld over de vraag wat tot de kern van een juridisch begrip moet worden gerekend of wie voor zekere omstandigheden en gebeurtenissen het risico dient te dragen. Ik geef een aantal concrete voorbeelden van impliciet ordenende en onmiddellijk evidente verkeersopvattingen.

232 Zie over het vereiste van consensus nader § 4.5.3 en over de problemen rondom consensus § 6.4.2.1.

233 Het begrip speelt immers met name een rol in twijfelgevallen, zie § 2.6.2.1 sub ii).

234 Zo ook Rogmans 2007, nr. 18.

235 Zo ook Rogmans 2007, nr. 17, die in dit verband spreekt over aan algemene rechtsbeginselen ontleende harde en minder harde subregels en over ongecodificeerde rechtsregels, bronnen van recht.

Het wiel van een fiets is bestanddeel van de fiets, zoals ook de voordeur van een huis bestanddeel is van het huis.²³⁶ Indien een roerende en onroerende zaak tezamen als één zaak moeten worden beschouwd, is de onroerende zaak hoofdzaak en niet andersom; de roerende zaak trekt nooit de onroerende zaak na. Een beeldhouwwerk is een nieuwe zaak met een eigen identiteit ten opzichte van de klomp marmer waaruit het werd gehakt. Een appel is de natuurlijke vrucht van een appelboom. Rente is de burgerlijke vrucht van een spaartegoed. Het lenen van een bibliotheekboek leidt tot houderschap en niet tot bezit. Betalingsonmacht wegens financiële problemen levert geen overmacht op bij niet-nakoming van een verbintenis tot betaling. Onervarenheid van een bestuurder van een motorvoertuig ontslaat hem niet van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad indien hij een fout maakt die een meer ervaren bestuurder vermeden zou hebben.²³⁷

In al deze gevallen is de vigerende verkeersopvatting zo evident dat haar benoemen bijna absurd is en in ieder geval overbodig lijkt. Voor zover de verkeersopvatting – of ieder ander onbepaald begrip – helder en eenduidig is, vervult zij een zelfstandige, ordenende functie die niet zichtbaar wordt in de jurisprudentie. Evidente opvattingen in het maatschappelijk verkeer reguleren dus het maatschappelijke (rechts)verkeer zonder dat een rechter er aan te pas komt.

Juridisch onderzoek naar deze impliciete en stilzwijgend gehanteerde en gangbare verkeersopvattingen is niet alleen minder interessant, maar ook vrijwel onmogelijk, vanwege het ontbreken van concrete geschillen en van jurisprudentie die zich voor analyse zou lenen. Het is Scholten die er op wijst dat het vrijwel onmogelijk is de inhoud van een regel of opvatting weer te geven zolang dat niet gebeurt in het kader van een concreet geval en een concrete beslissing.²³⁸ De evidente verkeersopvattingen in kaart brengen zou neerkomen op een weinig zinvolle theoretische beschouwing over verkeersopvattingen in louter hypothetische geschillen.²³⁹ Het in kaart brengen van evidente en alom geaccepteerde verkeersopvattingen is niet alleen lastig maar

236 Wichers (2002, p. 33) merkt over evidente verkeersopvattingen bij bestanddeelvorming op: 'De verkeersopvatting is dan bijna letterlijk "van-zelf-sprekend".' Zij noemt t.a.p. als voorbeelden: de poten van een stoel, de thermostaat van een wasmachine en de hamers van een pianoforte. Gerbrandy (1957, p. 22) noemt als voorbeelden: de ingemetselde stenen en het oortje van de koffiekop.

237 Sieburgh (2000, p. 209) noemt nog de verkeersopvatting dat een onrechtmatige daad die te wijten is aan schuld aan de dader moet worden toegerekend. Aangezien het hier een regel van geschreven recht betreft (art. 6:162 lid 3 BW) is hier naar mijn mening niet (langer) sprake van een verkeersopvatting.

238 Asser-Scholten 1974, p. 127. Zo ook Reurich 2005, p. 95-96 ten aanzien van de *rechtsovertuiging*.

239 Het beschreven fenomeen van onmogelijkheid om iets zinnigs te zeggen over bijvoorbeeld de verkeersopvatting bij afwezigheid van een concreet geval waarop men het oog heeft, is wellicht een verklaring voor de 'casusgerichtheid' van de jurist. Zie Asser-Vranken 2005, nr. 5-8.

bovendien overbodig. Doordat deze impliciete verkeersopvattingen evident en algemeen geaccepteerd zijn ontstaat daaromtrent ook geen twijfel, laat staan dat deze opvattingen geschillen veroorzaken. De evidente verkeersopvattingen, hoewel onmisbaar voor het functioneren van de maatschappij, spelen in de jurisprudentie dan ook geen rol van betekenis.

Twijfel zou opnieuw kunnen rijzen over de vraag of onmiddellijk evidente verkeersopvattingen ongeschreven *recht(sregels)* zijn of kenbare *feiten*.²⁴⁰ Mijns inziens gaat het ook bij deze verkeersopvattingen om recht, hoewel aan de onmiddellijke evidentie een feitelijk (empirisch) aspect lijkt te kleven. Ik illustreer mijn mening aan de hand van een voorbeeld. De ongeschreven en algemeen geaccepteerde opvatting dat een voordeur bestanddeel is van een huis is een rechtsregel en geen feit. Zij is een regel van geldend recht zonder dat daaraan een jurist te pas komt. Hoewel dit thans niet nodig lijkt – omdat niemand deze verkeersopvatting bij mijn weten in twijfel trekt – kan op deze regel in rechte eventueel een geslaagd beroep worden gedaan. Zo blijft de vigerende opvatting rechtsregel, totdat het bijvoorbeeld in een bepaalde regio gebruikelijk wordt om bij verhuizing de eigen voordeur mee te nemen én de normatieve verwachting omtrent de aanwezigheid van een voordeur in het nieuw te betrekken huis daarom wijzigt en niet langer gerechtvaardigd is. Hoewel de deuren op dezelfde wijze bevestigd blijven aan de huizen (aan de feiten *sec* verandert niets), wijzigt hun juridische status (van bestanddeel naar zelfstandige zaak).

Het voorbeeld toont het normatieve aspect van de verkeersopvatting.²⁴¹ Het is met name dit normatieve aspect dat meebrengt dat de verkeersopvatting recht is en geen feit.²⁴² *Recht* is mijns inziens niet alleen het geheel van – geschreven en ongeschreven – regels dat ‘in rechte’ werd of wordt gehonoreerd. *Recht* is ook datgene wat iedereen tezamen vindt dat *behoort*, én waar allen zich naar gedragen én waarop allen hun normatieve verwachtingen baseren.²⁴³

De onmiddellijk evidente en gangbare verkeersopvattingen veroorzaken bij deelnemers aan de samenleving normatieve verwachtingen. Veelal blijven deze verwachtingen even impliciet en onuitgesproken als de verkeersopvattingen waarop zij zijn gebaseerd. Eerst bij een verstoring van de dagelijkse gang van zaken, bij ontwikkelingen en verschuivingen in het denken over *behoren*

240 Zie § 3.3.

241 Zie hierover § 3.4.2.

242 Andere argumenten zijn dat de Hoge Raad de inhoud van de verkeersopvatting als recht behandelt, dat de normativiteit van de verkeersopvatting een eigen dimensie kent in rechte, dat haar toepassing imperatief is, dat haar inhoud steeds intern consistent is en dat het recht veranderlijk is ten opzichte van de feiten.

243 Dit betekent dat, mijns inziens, *recht* niet steeds eerst ook ‘civielrechtelijk gehonoreerd’ hoeft te worden alvorens *recht* te zijn. Anders Reurich 2005, p. 83-96. Wel geldt de stelling van Reurich dat recht steeds het resultaat is van een juridische redenering. De opvatting moet m.a.w. *juridisch relevant* zijn.

of bij een onverwachte situatie of omstandigheid die een der partijen doet twifelen over de gerechtvaardigheid van zijn eigen verwachtingen of die van zijn wederpartij, wordt de vraag naar de concrete inhoud van een verkeersopvatting of gedragsnorm relevant.²⁴⁴ Plotseling blijkt de verkeersopvatting niet (langer) onmiddellijk kenbaar en evident. Zij verandert van smaak en wordt een aanknopingspunt voor rechtsvinding.

3.5.2 Aanknopingspunt voor het vinden van ongeschreven recht

Het begrip verkeersopvatting wordt over het algemeen pas 'in rechte' relevant op het moment dat onduidelijkheid bestaat over de inhoud van de verkeersopvatting. Die inhoud wordt dus veelal relevant ná het ontstaan van een concrete vraag in een concreet geschil aan de hand van een concreet complex van feiten en omstandigheden. In die gevallen moet bepaling van een onzeker omslagpunt plaatsvinden.²⁴⁵ Wat is nog bestanddeel, wat niet meer? Heeft een zaak een eigen, nieuwe identiteit ten opzichte van de oude zaak of niet? Wat is nog houden voor zichzelf, wat niet meer? Wat is wel toerekenbaar, wat niet meer? Welke schadeposten komen voor rekening van de laedens, welke niet meer?

Rondom deze omslagpunten, daar waar twijfel bestaat omtrent de inhoud van de verkeersopvatting, liggen de rechtsvragen die op een oplossing wachten.²⁴⁶ Het zijn deze concrete vragen die jurisprudentie opleveren dat zich voor onderzoek leent. Rondom de twijfelgevallen en de omslagpunten wordt het recht gevonden en worden buitenwettelijke waarden en normen door middel van receptie of transformatie geaccepteerd en in het recht geïncorpo-reerd, dan wel verworpen.²⁴⁷

Het bepalen van deze omslagpunten²⁴⁸ en het beslissen in geschil-situaties over het al dan niet laten intreden van rechtsgevolgen, is bij uitstek een juridische bezigheid. De rechtzoekende die zich afvraagt of zijn onder eigendoms-voorbehoud geleverde destillatieapparaat bestanddeel is geworden van een fabrieksgebouw,²⁴⁹ zal zich wenden tot juristen en hen de vraag voorleggen.²⁵⁰ Paradoxaal genoeg zullen juristen daartoe te raden moeten gaan bij de *verkeersopvatting*. Paradoxaal, omdat die verkeersopvatting juist bij twijfel meestal niet zal bestaan of er zullen bij groepen van belanghebbenden tegen-

244 Reurich 2005, p. 96. Vergl. Brunner 1996, p. 11. Zie ook § 4.3.1 en 7.2.1.

245 Zie Nieuwenhuis 1976, p. 509-510.

246 Zie eerder § 2.6.2.1 sub ii).

247 Zie over deze functies van de verkeersopvatting § 6.3.1 en 6.3.2.

248 Overigens wordt niet het omslagpunt zelf exact bepaald, maar wordt de vraag beantwoord of een complex van feiten en omstandigheden aan deze of aan gene zijde van dat omslagpunt gesitueerd moet worden.

249 HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 m.nt. WMK onder NJ 1993, 317 (*Dépex/curatoren Bergel*).

250 Zo ook Ploeger 1997, nr. 32.

strijdige opvattingen bestaan.²⁵¹ Duidelijk moge zijn dat die verkeersopvatting in het genoemde voorbeeld onduidelijk is (of in ieder geval was).

De verkeersopvatting, waarnaar de jurist wordt verwezen, *lijkt* een verwijzing naar iets concreets, naar een kenbaar feit. Dat dit veelal een illusie is en dat duidelijke verkeersopvattingen vaak niet bestaan, is reeds door vele schrijvers vóór mij geconstateerd.²⁵² Met name in het verbintenissenrecht vervult de verkeersopvatting, volgens sommige auteurs, eerder een rol als aanknopingspunt voor autonome rechtsvinding.²⁵³ Reeds in 1964 schetste Wery de bezwaren tegen het aanmerken van de verkeersopvatting als 'notoir feit'.²⁵⁴ Niet alleen zou het zeer moeilijk zijn om verkeersopvattingen te bewijzen voor zover die zich niet in feitelijke gedragingen openbaren en dan 'weinig meer zijn dan meningen of gissingen van getuigen', daarnaast hebben vragen van risico-aansprakelijkheid volgens hem

'in het algemeen een te moeilijk en ingewikkeld karakter, dan dat daarover in het maatschappelijk verkeer welomlijnde opvattingen zouden heersen.'

Het betreft veelal 'subtiële rechtsvragen, ten aanzien waarvan ook de ervaren jurist zich onzeker voelt'.²⁵⁵

Dat het vaak gaat om ingewikkelde rechtsvragen waarover in het maatschappelijk verkeer weinig helder omlinnde ideeën en opvattingen leven, geldt mijns inziens niet alleen bij vragen van risicoverdeling in het verbintenissenrecht. Minstens zo juridisch-technisch van aard lijken mij de verschillende goederenrechtelijke vragen die aan de hand van de verkeersopvatting (moeten) worden opgelost. Neem bijvoorbeeld de vraag die in het arrest *Hollanders' Kuikenbroederij*²⁵⁶ aan de rechter werd voorgelegd. Zijn de in de broedmachine uitgeteelde kuikens natuurlijke vruchten, of nieuwe zaken met een eigen identiteit? Hoewel de meeste burgers wel eens zullen hebben nagedacht over de vraag wat eerder was, kip of ei, lijkt het onwaarschijnlijk dat zij duidelijke en eenduidige opvattingen zullen koesteren over de vraag of een kuiken dat is uitgeteeld in een broedmachine een *natuurlijke vrucht* is (van

251 Precies dit argument is wel aangevoerd als bezwaar tegen de hantering van de verkeersopvatting. Zie bijv. J. Drion in zijn noot onder HR 11 december 1953, *NJ* 1954, 115 (*Stafmateriaal*), p. 232. Zie over die bezwaren nader § 2.6.2.

252 Rogmans 1987, p. 143-144; J. Drion in zijn noot onder HR 11 december 1953, *NJ* 1954, 115 (*Stafmateriaal*), p. 232; Houwing 1962, p. 427; Wery 1964, p. 29; Stein 1969, p. 313 en 334; Van der Grinten 1971, p. 520; De Jong 1994, p. 201 en 207, zij spreekt van een 'loze norm'; Rossel 1994, p. 343; Ploeger 1997, nr. 32; Bloembergen in zijn noot sub 4 onder HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*); Sieburgh 2000, p. 205-209; Rogmans 2007, nr. 18 en 25.

253 Rogmans 2007, nr. 18, 58, 59, 63; zo ook Bloembergen in zijn noot sub 4 onder HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*).

254 Wery 1964, p. 29-30.

255 Wery 1964, p. 29.

256 HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK.

de kip) of een *nieuw gevormde zaak* (uit het ei).²⁵⁷ In die kwestie ging het in feite om beantwoording van de – zeer juridisch-technische – eigendomsvraag betreffende een partij hennen die als toekomstig goed dubbel bij voorbaat geleverd werd. Een vraag die slechts relevant werd ten gevolge van het faillissement van de kuikenbroederij. Deze problematiek is bij uitstek juridisch-technisch van aard. Ook hier betreft het *subtiele rechtsvragen* die een ervaren jurist niet één, twee, drie zal kunnen beantwoorden, laat staan dat een niet-jurist daarover een duidelijke opvatting koestert.²⁵⁸ De verkeersopvatting is dus noch in het verbintenissenrecht, noch in het goederenrecht steeds een ‘notoir feit’. Zij is om verschillende redenen niet altijd onmiddellijk evident en kenbaar.

Ten eerste bestaan ten aanzien van de rechtsvragen die aan de hand van de verkeersopvatting (moeten) worden opgelost veelal geen relevante en kenbare opvattingen in het verkeer. Soms komt dat omdat het juridische probleem zo buitengewoon is dat daarover geen opvatting in het maatschappelijk verkeer bestaat.²⁵⁹ Meestal komt het simpelweg doordat de vraag te juridisch-technisch of te ingewikkeld van aard is.²⁶⁰ Om die reden is in het verleden wel bepleit dat niet zozeer de opvatting (van de meerderheid) in het maatschappelijk verkeer juridisch relevant is, maar slechts de opvatting van juristen.²⁶¹ Alleen juristen zouden over voldoende basiskennis beschikken om er ‘gefundeerde’ opvattingen op na te houden.²⁶² Op het eerste gezicht lijkt dit pleidooi in strijd met de ogenschijnlijke betekenis van het begrip zelf; te weten de verplichting om aan te knopen bij de opvattingen en ontwikkelingen in de maatschappij.

Een tweede reden waarom de verkeersopvatting niet steeds onmiddellijk evident en kenbaar is, is gelegen in het feit dat er soms meerdere juridisch relevante maatschappelijke opvattingen naast elkaar bestaan en deze opvattingen onderling tegenstrijdig zijn. In deze gevallen biedt de verkeersopvatting zowel argumenten die pleiten vóór als tégen het verbinden van een bepaald rechtsgevolg aan een concreet complex van feiten en omstandigheden. Het kan dan ook voorkomen dat Rechtbank, Hof en Hoge Raad in een zaak aan

257 Het is mijn ervaring dat niet-juristen veelal moeite hebben met het kwalificeren van dieren als ‘zaak’. Zij zullen mijns inziens kuikens sneller beschouwen als ‘natuurlijke vrucht’ van een kip dan als ‘nieuw gevormde zaak’.

258 Dat ook ten aanzien van bijv. bestanddeelvorming vaak geen duidelijke verkeersopvattingen bestaan werd reeds geconstateerd door J. Drion in zijn nooit onder HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (*Stafmateriaal*) en door Gerbrandy (1957, p. 23).

259 Sieburgh 2000, p. 205 noemt als voorbeeld de kwestie over de closetruimte: HR 27 mei 1950, NJ 1951, 197, en wijst op de conclusie van A-G Langemeijer voor die zaak.

260 Zie ook Rogmans 2007, nr. 18; Sieburgh 2000, p. 205; Teuben 2005, p. 285. Vergl. Wichers 2002, p. 37-39.

261 Rossel 1994, p. 341.

262 Rossel merkt t.a.p. overigens terecht op dat ook de opvattingen onder juristen dikwijls niet eensluidend zijn, zodat beperking van de relevante kring van personen tot de juristen ons evenmin veel verder brengt.

de hand van de verkeersopvatting over eenzelfde feitencomplex, tot diametraal tegenover elkaar staande beslissingen komen. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest Spruijt/Tigchelaar.²⁶³ Daarin oordeelde de Rechtbank dat de tekortkoming van Spruijt – het niet terugbrengen van een huurauto wegens diefstal door een rijder – niet toerekenbaar en achtte het beroep op overmacht op grond van de verkeersopvatting gegrond. Het Hof oordeelde daarentegen dat het risico dat de rijder zich de auto zou toe-eigenen krachtens in het verkeer geldende opvatting voor rekening kwam van de huurder. Het was uiteindelijk de Hoge Raad die de knoop doorhakte en het beroep op overmacht honoreerde.²⁶⁴

‘Wanneer een auto voor betrekkelijk korte tijd is gehuurd van een professionele verhuurder van auto’s en de huurder niet in staat is die auto op het overeengekomen tijdstip weer aan de verhuurder af te geven omdat zij is gestolen zonder dat te dier zake sprake is van schuld van de huurder, komt deze tekortkoming van de huurder naar in het verkeer geldende opvattingen in beginsel niet voor zijn rekening.’

En zo komt pas in derde en laatste instantie klaarheid over de inhoud van de verkeersopvatting.

Ten derde kan het zo zijn dat een opvatting in het verkeer wel bestaat, maar toch niet onmiddellijk evident, kenbaar en helder is. Een mooi voorbeeld daarvan biedt de zaak Dynamiek/De Vries Competition.²⁶⁵ In die kwestie lag de vraag voor of de motor, de veren en de schokdempers van een Formule Renault Alpa race-auto bestanddeel waren van de carrosserie van de racewagen. De – voormalig – eigenaresse vorderde teruggave van de onder eigendomsvoorbehoud afgeleverde en onbetaald gebleven onderdelen. Gedaagde De Vries voerde daartegen aan dat op grond van de verkeersopvatting een auto steeds als de hoofdzaak aangemerkt moet worden en de zich erin bevindende motor als bestanddeel.²⁶⁶ De President die moest oordelen over de vraag of het eigendomsvoorbehoud door natrekking was teniet gegaan, was:

263 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69. Het eerste cassatiemiddel betoogt dan ook dat alleen al het diametraal tegenover elkaar staan van de door Rechtbank en Hof gevonden verkeersopvatting reden is voor cassatie, naast het feit dat verzoekster in cassatie zich niet kan vinden in de door het Hof gevonden verkeersopvatting. De Hoge Raad wordt verzocht om ‘vast te stellen welke de opvattingen zijn die in het verkeer gelden ten aanzien van een geval als het onderhavige’.

264 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69, r.o. 3.4.3.

265 Pres. Rb. Leeuwarden 20 december 1994, *KG* 1995, 61.

266 Vreemd is deze opvatting niet, nu voor doorsnee auto’s inderdaad zal gelden dat de motor, evenals de wielen, zittingen en overige onderdelen, naar verkeersopvatting deel uitmaakt van de auto. Zie hierover bijv. Fesevur 2005, p. 41-42 en 47 en twee oude uitspraken: Rb. Leeuwarden 11 juli 1946, *NJ* 1947, 499 (*Beekman/Van der Ploeg*) en Hof Amsterdam 23 maart 1950, *NJ* 1950, 732 (*Dirkse/Veenman*).

‘er echter voorshands voldoende van overtuigd, dat in de kringen van bouwers van race-auto’s en van auto-coureurs de verkeersopvatting heerst, dat de motoren onderling zo uitwisselbaar zijn, dat zij na montage in een race-auto nog geen onderdeel van die auto gaan uitmaken.’

Voor het antwoord op de juridische vraag knoopte de rechter kortom aan bij een relevante kring van personen (bouwers van race-auto’s en coureurs) en de opvatting die in die kringen heerst. Ook in dergelijke gevallen gaat aan het concretiseren van de relevante verkeersopvatting een proces van rechtsvinding vooraf. De relevante kring van personen zal afgebakend moeten worden en de opvatting in die kring zal ‘gevonden’ moeten worden.

Het is de verdienste van met name Rogmans geweest om op te merken dat het begrip verkeersopvatting in de hier geschetste gevallen *niet letterlijk* moet worden genomen, maar een aanknopingspunt vormt voor de – in meer of mindere mate autonome – rechtsvinding.²⁶⁷ De verkeersopvatting verwijst niet alleen naar onmiddellijk evident en kenbaar ongeschreven recht. Zij behelst als juridisch begrip tevens een verwijzing naar een bron van ongeschreven recht. Uit die bron zal moeten worden geput door de hantering van methoden van rechtsvinding voor het oplossen van de typisch juridisch-technische vragen die uiteindelijk ter beoordeling aan de rechter worden voorgelegd.²⁶⁸ Juist omdat het daarbij gaat om juristenproblemen en om een *juridisch begrip* zijn evidente verkeersopvattingen over rechtsvragen niet steeds voorhanden.

3.5.3 Resultante van een proces van rechtsvinding

Hiervoor bleek dat de verkeersopvatting niet steeds een onmiddellijk evidente en bestaande opvatting over behoren is, maar vaak ook een verwijzing naar een bron van ongeschreven recht inhoudt. Het begrip verkeersopvatting vormt een instrument om het diffuse ongeschreven recht dat in de maatschappij leeft, te laten kristalliseren in het concrete geval en om zo nieuw recht te vinden.²⁶⁹ Veelal zal eerst door toepassing van methoden van rechtsvinding concretisering van de verkeersopvatting plaatsvinden. Het juridische begrip verkeersopvatting verwijst dus niet alleen naar onmiddellijk evidente en kenbare opvattingen, maar ook naar een bron van recht. Tegelijkertijd is de verkeersopvatting *resultaat van het rechtsvindingsproces*. Ik doel dan op de regel van recht of van rechtsverfijning die door de rechter in het concrete geval wordt gevonden en geconcretiseerd.

²⁶⁷ Zie met name Rogmans 2007, nr. 18. Zie ook Sieburgh 2000, p. 208, 218, 242.

²⁶⁸ Zie over deze methoden van rechtsvinding hoofdstuk 7.

²⁶⁹ De discussie of sprake is van rechtsvinding of rechtsvorming blijft in dit proefschrift buiten beschouwing. Ik hanteer de term ‘rechtsvinding’ onder erkenning dat rechtsvinding mede rechtsvorming omvat (zo ook: Snijders 1995, *Retrocipatie*, p. 8, voetnoot 6).

Ik gaf in de vorige alinea al enige voorbeelden van dergelijke ‘gevonden’ of ‘geconcretiseerde’ verkeersopvattingen. Zo weten we inmiddels dat diefstal buiten schuld van de huurder van een voor korte tijd van een professionele verhuurder gehuurde auto, naar verkeersopvatting niet voor rekening en risico van de huurder komt.²⁷⁰ De laatste kan zich op overmacht beroepen. Een verkoper van een industrieel vervaardigd product dat buiten zijn schuld en wetenschap een gebrek vertoont zal echter in beginsel geen beroep op overmacht kunnen doen. De non-conformiteit komt in dat geval naar verkeersopvatting voor rekening van de verkoper, behoudens bijzondere omstandigheden die niet snel mogen worden aangenomen.²⁷¹ Ook (verkopers)dwaling omtrent de waarde van een verkochte zaak komt voor rekening van de verkoper, omdat.²⁷²

‘naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting degene die een hem toebehorende zaak tegen een overeengekomen contraprestatie van de hand doet, daarmee de kans prijsgeeft dat de zaak achteraf zal blijken hoedanigheden te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben’.

Binnen het goederenrecht weten we dat kuikens uit eieren die in een broedmachine werden uitgebroed nieuw gevormde zaken zijn met een eigen identiteit.²⁷³ Verder is duidelijk dat verlichtings- en verwarmingsinstallaties over het algemeen bestanddeel zijn van het gebouw waarin ze zich bevinden.²⁷⁴

Hantering van de verkeersopvatting als bron van ongeschreven recht leidt kortom veelal tot de formulering van een concrete en scherpe regel voor een concreet geval. Die gevonden concrete en scherpe regel wordt op zijn beurt aangeduid met het begrip ‘verkeersopvatting’. De derde smaak verkeersopvattingen betreft dan ook deze in concreto gevonden regels; de *resultanten* van het proces van rechtsvinding aan de hand van het juridische begrip verkeersopvatting.

De verkeersopvatting als resultante van het proces van rechtsvinding oefent op haar beurt invloed uit op die rechtsvinding. Deze ‘scherpe regels’, ofwel verkeersopvattingen die de resultante zijn van het rechtsvindingsproces, lenen zich bij uitstek voor gevalsvergelijking en enige vorm van – voorwaardelijke – precedentwerking kan aan de gevonden regels niet onzegd worden. Ik ga daar elders uitgebreid op in.²⁷⁵ Hier volstaat de constatering dat de verkeersopvatting zich niet alleen voordoet als onmiddellijk evidente, kenbare en

270 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*).

271 HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

272 HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. H.B. (*Kantharos van Stevensweerd*).

273 HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollander's Kuikenbroederij*).

274 HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 m.nt. WMK (*Ontvanger/Rabobank*) en het vervolg daarop, Hof Amsterdam 24 februari 1994, NJ 1994, 707 en HR 17 september 1993, NJ 1993, 740 (*Reimes/Constandse*).

275 Zie § 7.6.

bestaande opvatting omtrent behoren, of als juridische begrip dat verwijst naar een bron van ongeschreven recht, maar ook als resultante van die methode van rechtsvinding.

3.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk staat centraal de vraag of de verkeersopvatting feit of ongeschreven recht is. Ik besprak in dit verband de *vensterfunctie*, of liever gezegd *poortfunctie*, van de verkeersopvatting, waardoor buitenwettelijke normen en opvattingen het recht binnentreden.

Aansluitend werd door mij de vraag gesteld waarop de 'poort' van de verkeersopvatting uitzicht biedt. Is de verkeersopvatting een steeds bestaand, feitelijk gegeven of verwijst het begrip naar – een bron van – ongeschreven recht? In dit kader onderzocht ik of de verkeersopvatting meetbaar is en hoe het met haar bewijsbaarheid gesteld is. Beide bleken – soms fundamentele – problemen met zich te brengen. Daarna besprak ik de verschillende opvattingen in de doctrine. Daarin zijn omtrent de vraag of de verkeersopvatting verwijst naar een feitelijk gegeven dan wel naar ongeschreven recht – met enige moeite – drie visies te ontwaren. Door sommigen wordt de verkeersopvatting steeds bestempeld als een feitelijk gegeven, door anderen steeds als ongeschreven recht. Daarnaast bestaat een categorie auteurs die meent dat de verkeersopvatting de ene keer naar een feitelijk gegeven en de andere keer naar ongeschreven recht verwijst. Ten slotte bezag ik of de Hoge Raad beslissingen over de inhoud van de verkeersopvatting behandelt als feitelijke beslissingen, rechtsbeslissingen of gemengde beslissingen. Op grond van de jurisprudentie concludeer ik dat de Hoge Raad beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting steeds hetzij als zuivere rechtsbeslissing, hetzij als gemengde beslissing beschouwt.

Analyse van de jurisprudentie en de verschillende argumenten in de literatuur brachten mij tot de conclusie dat de poort van de verkeersopvatting uitzicht biedt op – een bron van – ongeschreven recht. Het begrip verwijst mijns inziens *niet* naar een empirisch te meten feitelijk gegeven. Belangrijkste argument voor die conclusie is dat het steeds gaat om het vinden of concretiseren van de *opvatting omtrent behoren* die in de maatschappij leeft. De verkeersopvatting is kortom *normatief* van aard. Dit normatieve aspect kent in rechte soms een eigen dimensie. De verkeersopvatting wordt bovendien imperatief toegepast en het betreft een intern consistent begrip. Ten aanzien van soortgelijke feitencomplexen en rechtsvragen geldt niet nu eens de éne verkeersopvatting, dan weer de andere. De Hoge Raad laat zich over de inhoud of wijze van concretisering van de verkeersopvatting regelmatig uit. Het begrip verwijst daarom steeds naar ongeschreven recht dat op een bepaald moment binnen de maatschappij geldt.

Tot slot beschreef ik de verschillende verschijningsvormen van de verkeersopvatting. Er bestaan in de maatschappij onmiddellijk evidente en kenbare ongeschreven opvattingen omtrent behoren, die wij aanduiden met het begrip verkeersopvatting. Daarnaast is het begrip echter aanknopingspunt voor het vinden van – niet onmiddellijk kenbaar – ongeschreven recht. Ten slotte leidt dit rechtsvindingsproces tot resultanten in de vorm van geconcretiseerde regels, die wij eveneens verkeersopvattingen noemen. De verkeersopvatting kent dus drie verschillende verschijningsvormen en is in die zin een hybride begrip.

4 | Vijf kenmerken van verkeersopvattingen

4.1 INLEIDING

In het onbepaalde begrip *verkeersopvatting* komt bij uitstek de wisselwerking tussen recht en maatschappij tot uitdrukking, zo bleek in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 3 betoogde ik dat het begrip verwijst naar ongeschreven recht, naar impliciete of expliciete opvattingen over *behoren* die in de maatschappij leven. Voor zover die opvattingen niet onmiddellijk evident en kenbaar zijn vormt de verkeersopvatting een aanknopingspunt voor rechtsvinding, waarbij de rechter rekening moet houden met buitenwettelijke normen en waarden en maatschappelijke ontwikkelingen. Voor beantwoording van de vraag *hoe* dit ongeschreven recht gevonden wordt,¹ is het van belang iets meer te weten over haar specifieke kenmerken.

Het juridische begrip *verkeersopvatting* bezit verschillende kenmerken. Ik bespreek een vijftal kenmerken die wellicht wat meer licht kunnen werpen op haar plaats en functie in ons rechtssysteem. Kenmerken die bovendien van invloed (kunnen) zijn op de rechtsvindingsmethoden die worden gehanteerd om de verkeersopvatting te concretiseren. Een eerste kenmerk is dat de verkeersopvatting niet naar gedragsnormen verwijst, maar dat het gaat om normatieve niet-gedragsnormen (§ 4.2). Een tweede kenmerk van de verkeersopvatting is haar intrinsieke veranderlijkheid (§ 4.3). Verder speelt de verkeersopvatting op verschillende wijzen en niveaus een rol (§ 4.4). Het begrip is topisch van karakter (§ 4.5) en de verkeersopvatting is steeds nauw verstrengd met de feiten en omstandigheden van het geval (§ 4.6).

4.2 NORMATIEVE NIET-GEDRAGSNORMEN

Het typerende kenmerk van verkeersopvattingen is dat zij *niet* verwijzen naar gedragsnormen. De verkeersopvatting is echter wel degelijk normatief van aard.² Waarop ziet zij indien de verkeersopvatting geen gedragsnormen omvat, maar wel normatief is? De verkeersopvatting ziet op *andere normatieve opvattingen omtrent behoren*. Zij ziet op opvattingen over *recht*. Niet zozeer centraal

1 Zie daarover nader hoofdstuk 7.

2 Zie § 3.4.2.

staat de vraag hoe de éne mens zich ten opzichte van de andere behoort te gedragen, maar *welk rechtsgevolg* naar de opvatting in het verkeer aan een gegeven complex van feiten en omstandigheden dient te worden verbonden. Dit kenmerk geldt zowel voor verkeersopvattingen in het goederenrecht als in het verbintenissenrecht.

Van verkeersopvattingen in het goederenrecht is wel beweerd dat zij niet zozeer verwijzen naar ongeschreven recht, maar een 'definiërende functie' hebben, terwijl het in het verbintenissenrecht zou gaan om een meer abstract begrip dat 'de deur opent naar autonome rechtsvinding door de rechter'.³ Ik deel deze opvatting niet. De verkeersopvatting is naar mijn mening in het goederenrecht niet 'meer definiërend' van aard dan in het verbintenissenrecht. Definieert de verkeersopvatting in het verbintenissenrecht immers niet evenzeer het begrip 'toerekening' als in het goederenrecht bijvoorbeeld het begrip 'zaaksvorming'? Een meer definiërende functie kan ik aan het begrip verkeersopvatting in het goederenrecht niet ontdekken. De regel dat al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, bestanddeel is van die zaak (art. 3:4 lid 1 BW), komt mij niet meer of minder definiërend voor dan de regel dat een onrechtmatige daad aan de dader wordt toegerekend indien zij krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:162 lid 3 BW).

Mijns inziens wordt het juridische begrip verkeersopvatting steeds gebruikt om te verwijzen naar het ongeschreven recht dat in de maatschappij op een bepaald tijdstip ten aanzien van een bepaalde vraag over een bepaald complex van feiten en omstandigheden geldt.⁴ Recht spreken aan de hand van de verkeersopvatting is kortom rechtspreken met behulp van *ongeschreven opvattingen over behoren*. Dit neemt niet weg dat de verkeersopvatting, door de wijze waarop zij wordt gebruikt (als onderdeel van een rechtsnorm, door middel waarvan aan een bepaald complex van feiten en omstandigheden een bepaald rechtsgevolg wordt gekoppeld) in juridische zin een kwalificerende functie heeft.⁵ Dit is iets echter iets anders dan een 'definiërende functie'.⁶ Thans meer over de vraag *wat* met behulp van de verkeersopvatting juridisch gekwalificeerd wordt.

3 Rogmans 2007, nr. 2 en 18.

4 Zie met name § 3.4 en 3.5.

5 Zie nader § 6.4.1.

6 Zo ook de wetgever, die ten aanzien van de algemene begrippen in titel 1 van boek 3 opmerkt dat het daar *niet* gaat om 'definities' maar om 'begripsbepalingen die uit een oogpunt van wetstechniek noodzakelijk zijn', M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 62.

4.2.1 Geen gedragsnormen

Verkeersopvattingen houden nooit gedragsnormen in. Hierin onderscheidt de verkeersopvatting zich van *vage normen*⁷ als ‘redelijkheid en billijkheid’, ‘maatschappelijke betamelijkheid’, ‘de goede zeden’, de ‘goed werkgever’ of ‘goed bewaarnemer’ en ‘de dringende morele verplichting’. Het gaat bij de verkeersopvatting niet om een waardering van bepaald gedrag, maar om *andere opvattingen over behoren*. Meer dan een waardering van gedrag betreft het een – normatieve – juridische waardering van een complex van feiten en omstandigheden en de vraag welk rechtsgevolg gekoppeld behoort te worden aan dat complex van feiten en omstandigheden. Wat *behoort*, gelet op een concreet complex van feiten en omstandigheden, volgens de deelnemers aan de samenleving *recht* te zijn en wat is de gewenste wijze van ordening van de maatschappij?

Dat het bij verkeersopvattingen niet om primair gedragsnormerende regels gaat, kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld. Artikel 3:108 BW bepaalt dat de vraag of iemand een goed houdt voor zichzelf of voor een ander naar verkeersopvatting wordt beoordeeld. Aan de hand van dit artikel moet bijvoorbeeld worden beoordeeld of de kraker van een huis *voor zichzelf* bezit dan wel zich tot *houder* van het gekraakte pand heeft gemaakt.⁸ Het antwoord op de vraag of de kraker bezitter dan wel houder is geworden, is van belang voor de beantwoording van vraag of de kraker het huis ten gevolge van – extinctieve – verjaring in eigendom kan verkrijgen (art. 3:105 lid 1 jo. 3:314 BW).

De regel van artikel 3:108 BW, dat naar verkeersopvatting wordt beoordeeld of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, betreft geen gedragsnorm. Het draait bij deze beoordeling niet om – het overtreden van – een gedragsregel of om een regel die het gedrag waardeert, zoals: ‘u zult geen huizen kraken’, of ‘het kraken van een huis is een onrechtmatige daad’. Artikel 3:108 bevat een beslissingsregel⁹ aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of iemand een goed *voor zichzelf* of *voor een ander* houdt. Aan dat oordeel wordt vervolgens een rechtsgevolg vastgeknoopt. Een gedragswaarderend of gedragsnormerend aspect bevat de beslissing niet. Het gaat om een beslissingregel en de beslissing (dat de kraker niet houdt voor zichzelf) heeft bepaalde rechtsgevolgen (de kraker is geen bezitter en kan dus niet door verjaring eigendom verkrijgen). Bij de beoordeling, ofwel juridische kwalificering, van de aard van de feitelijke macht – bezit of houderschap – is kortom niet relevant of iemand terecht of onterecht een zaak of goed houdt. De verkeersopvatting betreft niet een opvatting over ‘goed’ of ‘fout’ gedrag.

7 Zie over de terminologie § 2.3.2.

8 Het voorbeeld is ontleend aan Rb. Arnhem 16 oktober 2001, *LJN* AD4596 en het vervolg in hoger beroep Hof Arnhem 14 mei 2002, *LJN* AE2653 (*Krakers/Cofiton c.s.*).

9 Zie hierover nader § 7.2.

Het gaat steeds om de vraag of aan het complex van feiten en omstandigheden dat ter beoordeling voorligt, de kwalificatie *bezit of houderschap* moet worden verbonden.

Deze observatie geldt niet alleen waar het gaat om het onderscheid tussen bezit en houderschap, maar ook waar het de bepaling van de aard en de omvang van zaken betreft en de toerekening van risico's in het verbintenissenrecht.¹⁰

Kenmerk van de verkeersopvatting is kortom dat zij niet primair gedragswaarderend of gedragsnormerend is. De verkeersopvatting koppelt – al dan niet – een rechtsgevolg aan een complex van feiten en omstandigheden. Zij is als het ware *enkel normatief* en onderscheidt zich daardoor van gedragsnormen, die *dubbel normatief* genoemd kunnen worden.

4.2.2 Feitencomplex kan wel gedragingen omvatten

Hoewel een verwijzing naar de verkeersopvatting geen normatieve waardering van gedrag impliceert, in die zin dat bepaald gedrag als goed of fout wordt bestempeld, kan gedrag wel een rol spelen. Het gedrag speelt dan een rol als één van de feiten of omstandigheden die ter beoordeling aan de rechter voorligt. Dit gedrag wordt niet zozeer in juridische zin gewaardeerd of geëvalueerd, als wel *juridisch gekwalificeerd*.¹¹

Ik geef opnieuw een voorbeeld. Voor de inbezitneming van een goed is het noodzakelijk dat iemand de feitelijke macht over dit goed verkrijgt (art. 3:113 BW). Dat impliceert een gedragshandeling; een doen. Of iemand inderdaad dusdanige feitelijke macht uitoefent dat deze macht als bezit kan worden gekwalificeerd moet aan de hand van de verkeersopvatting worden beoordeeld (art. 3:108 BW). Het gedrag (de handeling), bijvoorbeeld het rollen van iemands portemonnee, is dan een feit dat ter beoordeling voorligt. Het gaat in het kader van artikel 3:108 BW echter niet om een *waardering* van die handeling of dat gedrag als goed of fout, maar om een *kwalificatie* daarvan. Is de handeling dusdanig geweest dat de inbezitnemer de zaak *voor zichzelf* is gaan houden en daaraan de kwalificatie bezit moet worden vastgeknoopt, met alle rechtsgevolgen van dien?

Dat het bij de juridische beoordeling van de aard en omvang van zaken niet om een kwalificatie van gedragingen gaat spreekt voor zich. Het gaat steeds om vragen als: welke onderdelen vormen één geheel met de zaak, wat is de hoofdzaak, is er een nieuwe zaak gevormd en wat is een vrucht? Wat betreft de verhouding tussen persoon en goed, de beoordeling van bezit of

10 Zo ook Sieburgh 2000, p. 90-91 m.b.t. de risicotoerekening op grond van de verkeersopvatting in art. 6:162 lid 3 BW.

11 Over het algemeen als toerekenbaar of niet toerekenbaar.

houderschap, kan gedrag een rol spelen als feit dat ter beoordeling voor ligt. Ik gaf daarvan al een voorbeeld.

Gecompliceerder ligt het bij de verdeling van risico's op grond van de verkeersopvatting. Bij de toerekening van risico's speelt gedrag onvermijdelijk een rol. Een tekortkoming in de nakoming of onrechtmatige daad is nu eenmaal vaak (wellicht zelfs steeds) het gevolg van menselijk handelen of juist nalaten. Van de – waardering van de – gedraging zelf moet echter de *toerekening* van die gedraging worden onderscheiden.¹² De toerekening van gedragingen geschiedt niet – alleen – door een normatieve waardering van het gedrag, maar door het in ogenschouw nemen van het gehele complex van feiten en omstandigheden. De 'toerekeningsvraag' is een vraag die in beginsel los staat van de waardering van het gedrag.¹³ Indien een gedraging is gekwalificeerd als een tekortkoming in de nakoming of als een onrechtmatige daad, dan komt daarna de vraag naar de toerekening aan de orde. De twee vragen, kwalificatie van gedrag en toerekening daarvan, worden – helaas – echter vaak in één adem beantwoord.

Dat het dogmatisch gezien gaat om twee verschillende vragen is bij tekortkomingen in de nakoming veel duidelijker dan bij onrechtmatige daden. De constatering dat een verbintenis niet is nagekomen, is een in beginsel neutrale constatering, waarmee nog niets gezegd is over de *toerekenbaarheid* van die tekortkoming. In bijvoorbeeld het arrest Brok-van den Hout/Huberts¹⁴ scheidt de HR dan ook heel duidelijk de fase van constatering van de tekortkoming van de toerekeningsfase. Zo oordeelt de Hoge Raad in dit arrest uitdrukkelijk:

'De Rechtbank heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven door te oordelen dat het enkele feit dat de afgeleverde zaak niet beantwoordde aan de overeenkomst, tot aansprakelijkheid van Brok voor schadevergoeding leidde, en stilzwijgend voorbij te gaan aan hetgeen Brok had aangevoerd ten betoge dat de tekortkoming haar niet kon worden toegerekend.'

Het enkele feit dat niet correct wordt nagekomen (het leveren van een non-conforme zaak) is met andere woorden niet voldoende voor toerekening van aansprakelijkheid. Eenzelfde redenering is – impliciet – terug te vinden in de arresten Spruijt/Tigchelaar en Oerlemans/Driessen.¹⁵ In beide zaken is duidelijk dat tekort geschoten is in de nakoming (doordat de gestolen auto door de huurder niet kon worden teruggegeven aan de verhuurder of doordat het geleverde ijzerchelaat verontreinigd bleek). Daarmee is echter niet gezegd

12 Zo ook Sieburgh 2000, p. 97-99, 255. Vergl. Rogmans 2007, nr. 50, die ten aanzien van overmacht (art. 6:75 BW) in dit verband de dubbele rol van 'de inhoud van de rechtshandeling' bespreekt.

13 Vergl. voor de toerekening van onrechtmatige gedragingen Sieburgh 2000, p. 97-99 en 255.

14 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (ook wel *Heupdysplasie*).

15 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*) m.nt. Abas in NTBR 1998/3, p. 85-87; HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

dat die tekortkoming ook toerekenbaar is. Niet iedere tekortkoming in de nakoming leidt immers tot een verplichting tot schadevergoeding.¹⁶

Hetzelfde geldt voor onrechtmatige gedragingen. Niet iedere onrechtmatige handeling is toerekenbaar aan de dader. Een onrechtmatige handeling wordt bijvoorbeeld niet toegerekend aan een kind van jonger dan 14 jaar (art. 6:164 BW). Voor wat betreft de onrechtmatige handelingen maak ik dan ook, net als Sieburgh, heel duidelijk onderscheid tussen enerzijds de waardering van het gedrag (onrechtmatig of niet) en anderzijds de toerekening daarvan (het daaraan vastknopen van rechtsgevolgen).¹⁷ Dat de vraag naar de kwalificatie van de gedraging en de toerekening in rechte vaak gelijktijdig beantwoord worden doet niet af aan het feit dat het twee afzonderlijke vragen betreft. De waardering van de gedraging is daarbij de voorvraag die aan de toerekeningsvraag vooraf gaat. Het gedrag op zich, het feit dat een handelen of nalaten zich heeft voorgedaan, is echter nooit voldoende om tot toerekening te komen. De toerekening van de gedraging geschiedt door beoordeling van het *gehele* complex van feiten en omstandigheden, waarvan het gedrag slechts één onderdeel is. In de zaak Spruijt/Tigchelaar blijken bijvoorbeeld de professionele hoedanigheid van de verhuurder en de korte duur van de huur relevante omstandigheden voor beantwoording van de toerekeningsvraag, in de zaak Oerlemans/Driessen bijvoorbeeld het feit dat de verkochte zaak industrieel is vervaardigd.

Zowel binnen het goederen- als het verbintenissenrecht vindt met andere woorden aan de hand van de – enkel normatieve – verkeersopvatting, koppeling van een rechtsgevolg aan ‘het gehele complex van feiten en omstandigheden’ plaats. Op dit punt is geen noemenswaardig verschil aan te wijzen tussen de hantering van de verkeersopvatting in het goederenrecht of in het verbintenissenrecht, behoudens het feit dat in het verbintenissenrecht *gedrag* over het algemeen onderdeel zal uitmaken van het te beoordelen complex van feiten en omstandigheden. Deze observatie geldt echter niet exclusief voor het verbintenissenrecht. Voor de kwalificatie van bezit of houderschap geldt immers eveneens dat het gedrag onderdeel zal uitmaken van het te beoordelen complex van feiten en omstandigheden.

4.3 INTRINSIEK VERANDERLIJK

Recht kan veranderen en verandert ook. Dat is aan zijn aard inherent. Veranderlijkheid bestaat echter in gradaties. De éne rechtsregel is veranderlijker dan de andere en het éne rechtsgebied is veranderlijker dan het andere. Het belas-

16 Zie ook Hijma in zijn noot onder HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen).

17 Sieburgh 2000, p. 97-99 en 255.

tingrecht verandert bijvoorbeeld vaker en sneller dan het verbintenissenrecht,¹⁸ dat op zijn beurt weer veranderlijker is dan het goederenrecht. Verder is geschreven recht over het algemeen waarschijnlijk minder veranderlijk dan ongeschreven recht. Onder het ongeschreven recht spant de verkeersopvatting qua veranderlijkheid misschien wel de kroon. De verkeersopvatting is *intrinsiek veranderlijk*. Daarmee bedoel ik dat de verwijzing naar de verkeersopvatting in de wet is opgenomen en door de rechter wordt gehanteerd teneinde een ‘veranderingsmechanisme’ in de wet en het recht zelf te incorporeren.¹⁹ Met andere woorden; de verwijzing naar de verkeersopvatting is opgenomen en wordt gehanteerd juist *met het oog op haar veranderlijkheid als maatstaf*.²⁰

4.3.1 De normatieve kracht van het normale

In dit verband past het om iets meer te zeggen over wat Nieuwenhuis noemt ‘de normatieve kracht van het normale’.²¹ Nieuwenhuis merkt op dat bij de uitleg van rechtshandelingen steeds kan worden geput uit ‘een ruim gevuld fonds van voorkennis omtrent hetgeen betrokkenen verwachten en van hen verwacht wordt’.²² De verkeersopvatting is eveneens verweven met dergelijke ‘voorkennis’ omtrent wat in de maatschappij van de betrokkenen wordt verwacht en wat zij kunnen verwachten. Het betreft hier op ervaring gebaseerde verwachtingen omtrent de rechtsgevolgen van bepaalde feitelijke situaties en omstandigheden, zoals de aard en omvang van zaken, de verhouding tussen personen en goederen en de toerekening van risico’s. Reurich merkt terecht op dat het daarbij veelal niet zal gaan om ‘overtuigingen die betrokkenen op voorhand helder gearticuleerd voor ogen zal staan’. Het zal veeleer gaan om onbewust gekoesterde verwachtingspatronen.

Verwachtingen kunnen en zullen door de tijd heen wijzigen. Een wijziging betekent dat het ‘normale’ langzaamaan niet langer normaal wordt gevonden, en wordt vervangen door een ‘nieuwe, andere normale gang van zaken’. Zo was het in de jaren ‘50 nog ‘normaal’ om de vaste wastafel mee te verhuizen naar de nieuwe woning, en werd deze zaak daarom niet beschouwd als een bestanddeel van de woning.²³ In het huidige tijdsgewricht zou een verhuizing

18 Denk alleen maar aan de verschillende Europese richtlijnen op het gebied van consumentenbescherming die de afgelopen decennia tot vele veranderingen in ons verbintenissenrecht hebben geleid.

19 Zo ook Haazen 2001, p. 251.

20 Zie M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78 en § 2.4.3.

21 Nieuwenhuis 2007b, p. 383. Vergl. Reurich (2005, p. 62, 80-81 en 96) die spreekt over ‘de normatieve dimensie die in de praktische gang van zaken besloten kan liggen’.

22 Nieuwenhuis 2007b, p. 383. Hij verwijst naar Gadamer.

23 Zie bijv. Rb. Haarlem 27 januari 1948, *NJ* 1948, 567 (*Mr. Brink q.q./Mulder*) en Hof Arnhem 30 december 1952, *NJ* 1953, 291 (*Stafmateriaal*). Daarin werd nog beslist dat badkuipen en vaste wastafels geen bestanddeel waren. Anders werd overigens beslist t.a.v. het fonteintje op de wc. Zie hierover ook Ploeger 1997, nr. 45, laatste alinea.

van de vaste wastafel ‘abnormaal’ gevonden worden, en wordt de wastafel op grond van de verkeersopvatting geacht deel uit te maken van de woning.

Niet verwonderlijk is dan ook dat Nieuwenhuis tot de conclusie komt dat de vaststelling van de inhoud van het ongeschreven recht ‘noodzakerlijkerwijs evolutief’ is.²⁴ Zowel de wet als het ongeschreven recht zijn ‘living instruments’ of ‘levend recht’,²⁵ dat moet worden uitgelegd en geconcretiseerd in het licht van de verhoudingen – en verwachtingen – van vandaag de dag.

4.3.2 Gevolgen van veranderlijkheid voor de rechtsvinding

De intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting geldt zowel voor het juridische begrip verkeersopvatting dat aanknopingspunt vormt voor rechtsvinding,²⁶ als voor de evidente – impliciete – verkeersopvattingen die het dagelijks leven ongemerkt ordenen.²⁷ In alle genoemde gevallen verwijzen verkeersopvattingen naar *opvattingen over behoren* die in de maatschappij leven. Deze opvattingen zijn nu eenmaal aan verandering onderhevig. Wie de verkeersopvatting als hulpmiddel bij uitleg of als beslissingmaatstaf hanteert, aanvaardt daarmee dan ook een *intrinsiek veranderlijk* criterium. Immers, verkeersopvattingen worden gehanteerd om het recht te doen aansluiten bij de ontwikkelingen en opvattingen binnen de maatschappij. Een wijziging in de verkeersopvatting leidt moeiteloos en zonder wetswijziging tot wijziging van het recht.²⁸ De wetgever spreekt in dit verband van een *soepele maatstaf* en noemt die soepelheid een belangrijk voordeel.²⁹

‘Volgens de regeringscommissaris kan de “verkeersopvatting” inderdaad na verloop van kortere of langere tijd van inhoud wisselen. In verband met snelle technische ontwikkelingen is dit geen bezwaar, maar veeleer een belangrijk voordeel. Een te strakke maatstaf zou gedoemd zijn in korte tijd te verouderen en derhalve tot verstarring te leiden. Bij een soepele maatstaf als de “verkeersopvatting” kan een dergelijke verstarring zich niet voordoen.’

De intrinsieke veranderlijkheid die inherent is aan het begrip verkeersopvatting leidt bij hantering van het begrip als aanknopingspunt voor rechtsvinding theoretisch tot een eigensoortig probleem. De rechter die op zoek is naar de inhoud van de relevante juridische verkeersopvatting zal zich bewust moeten zijn van de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting. Niet alleen

24 Anders dan de uitleg van een uiterste wil, waarbij de uitlegger ‘zich met één sprong [moet] verplaatsen in de wereld van de erflater’. Zie Nieuwenhuis 2007b, p. 388.

25 Zie ook De Smidt 1954, p. xxxiii en Hijmans 1910, besproken in § 2.2.2.

26 Met of zonder uitdrukkelijke verwijzing daarnaar in de wet. Zie § 3.5.2.

27 Zie § 3.5.1.

28 Zie nader § 7.2 over de wisselwerking tussen geschreven en ongeschreven recht.

29 M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78.

moet hij vaststellen a) wat het relevante complex van feiten en omstandigheden is dat ter beoordeling voor ligt, en b) welke verkeersopvatting(en) hem bekend is of zijn ten aanzien van dergelijke en vergelijkbare complexen van feiten en omstandigheden, waarin c) dezelfde rechtsvraag beantwoord moest worden. Hij moet zich d) afvragen of die eerder gevonden verkeersopvatting nog steeds gelding heeft, dan wel of er in de tussentijd wellicht – technische, economische, maatschappelijke of juridische – ontwikkelingen zijn geweest op grond waarvan moet worden aangenomen dat de eerder geldende verkeersopvatting inmiddels is gewijzigd. De rechter zal, met andere woorden, steeds rekening moeten houden met de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting.

De rechter kan en mag, kortom, niet zonder meer uitgaan van de juistheid van de verkeersopvatting die door rechters in voorgaande gevallen is ‘gevonden’. De eerste drie aspecten; het selecteren van de feiten (a), het formuleren van relevante de rechtsvraag (c) en het vinden van het toepasselijke recht (b), doen zich voor bij iedere vorm van rechtsvinding en brengen niets nieuws. Het laatste aspect, de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting (d), verleent aan de rechtsvinding met behulp van verkeersopvattingen in theorie een eigen dimensie. De maatschappelijke opvattingen ontwikkelen zich in beginsel voortdurend, zodat een onderzoek naar de inhoud van de verkeersopvatting ook stevast een onderzoek naar de ontwikkelingen in die opvattingen zou moeten inhouden. De rechter kan en mag er niet zomaar vanuit gaan dat een eerder gangbare en gevonden verkeersopvatting nog steeds geldend is. Deze veranderlijkheid zal de onzekerheid over de inhoud van de geldende verkeersopvatting (kunnen) versterken.

Toch heeft de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting in de praktijk weinig gevolgen voor de rechtsvinding en voor de mogelijke – voorwaardelijke – precedentwerking van ‘gevonden’ verkeersopvattingen.³⁰ Consequente acceptatie van de veranderlijkheid van de verkeersopvatting betekent niet dat zij geen precedentwerking zou kunnen en mogen hebben. Dat de verkeersopvatting veranderlijk *kan zijn* betekent echter niet *dat* zij ook steeds verandert en soepel is. Vaak verwijst de verkeersopvatting naar ongecodificeerde oude ‘subregels’ over bijvoorbeeld de toerekening van risico’s,³¹ of de aard van zaken.³² Evenmin als gecodificeerde regels zullen deze oude en beproefde

30 Zie over deze precedentwerking nader § 7.6.2 sub i).

31 Zo ook Rogmans 2007, nr. 53.

32 Zo wordt bijv. de op maat gemaakte inbouwkeuken reeds langs gekwalificeerd als bestanddeel van de woning. Hof Den Bosch 3 juni 1981, NJ 1982, 73 (*Levens/Almas*). Vergl. Fiscale kamer HR 9 juli 2004, LJN AQ0130 (*Keuken*). Anders t.a.v. een niet ingebouwde maar standaard vervaardigde en verplaatsbare keuken: Rb. Den Bosch 17 juni 1983, NJ 1984, 302 (*Barten/Kemp c.s.*).

opvattingen in het verkeer snel verandering ondergaan. Vele bestaande verkeersopvattingen zijn verbazingwekkend onveranderlijk en stabiel.³³

Voor nieuw gevonden verkeersopvattingen – die niet op zulke oude subregels gebaseerd zijn – geldt bovendien dat ook zij enige mate van voorwaardelijke precedentwerking kennen, die slechts in nuance verschilt van de precedentwerking van andere rechtsovertuigingen.³⁴ Ook ongeschreven recht kan kortom ‘verstarren’.³⁵ Verkeerd is dit in mijn ogen niet, nu een zekere precedentwerking de voorspelbaarheid van uitspraken en daarmee de rechtszekerheid kan bevorderen. Van belang is dat juristen zich bewust zijn van de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting. Op dit punt zal, zoals zo vaak binnen het recht, een balans gevonden moeten worden tussen rechtszekerheid aan de ene kant en de wenselijkheid van aanpassingsvermogen van het recht aan de ontwikkelingen in de maatschappij aan de andere kant.

De intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting brengt kortom in theorie rechtsvindingsproblematiek van eigen aard mee en zou kunnen leiden tot meer rechtsonzekerheid. Aanvaarding van een intrinsiek veranderlijk beslissingscriterium heeft echter in de praktijk weinig consequenties voor de – voorwaardelijke – precedentwerking van reeds gevonden verkeersopvattingen.

4.4 WERKING OP VERSCHILLENDE WIJZEN EN NIVEAUS

Een ander kenmerk van verkeersopvattingen is dat zij op verschillende niveaus en op verschillende wijzen een rol spelen binnen het systeem van ons vermogensrecht. Ik onderscheid een impliciete en meer expliciete werking (§ 4.4.1) en niveauverschillen op het methodische en inhoudelijke vlak (§ 4.4.2 en 4.4.3).

4.4.1 Impliciete en expliciete werking

Verkeersopvattingen spelen zowel op impliciete als op meer expliciete wijze een rol binnen het vermogensrecht. Van een impliciete werking van de verkeersopvatting is sprake bij ongeschreven opvattingen over behoren die impliciet en onopgemerkt een ordenende en sturende rol vervullen binnen het systeem van het vermogensrecht. Ik doel daarmee op onmiddellijk evidente en kenbare opvattingen in het maatschappelijke verkeer, waarover consensus

33 Vergl. Nieuwenhuis 2007a, p. 20. Hij merkt t.a.p. op de wel geopperde ‘snelle wisseling van tijden en zeden’ gerelativeerd moet worden. Het ongeschreven recht blijkt veel minder veranderlijk dan wel gedacht.

34 Zie nader § 7.6.2 sub i).

35 Zo ook Van der Grinten 1983, p. 1236, die deze – mijns inziens correcte – opmerking helaas niet nader illustreert of onderbouwt.

bestaat *én* waar allen zich naar gedragen *én* waarop allen hun normatieve verwachtingen baseren.³⁶ Dergelijke evidente verkeersopvattingen ordenen de maatschappij zonder dat daaraan een jurist te pas komt.

Op explicietere wijze speelt de verkeersopvatting een rol als juridische begrip binnen het positiefrechtelijke systeem. De verkeersopvatting vervult dan de rol van handvat voor de jurist; een aanknopingspunt voor de rechtsvinding. Het juridische begrip verkeersopvatting wordt in die gevallen in rechte expliciet als beslissingscriterium of hulpmiddel bij uitleg genoemd en gehanteerd. Het gaat daarbij om een typisch juridisch begrip voor het oplossen van typische juridische vraagstukken.³⁷ Ook eenmaal 'gevonden' verkeersopvattingen vervullen een expliciete rol in het vermogensrechtelijke systeem. Deze 'resultanten van een proces van rechtsvinding' zijn immers de vanuit het ongeschreven recht geconcretiseerde en geëxpliciteerde opvattingen over behoren.³⁸ Expliciet werkende verkeersopvattingen vervullen verschillende rollen, op verschillende niveaus. Daarover thans meer.

4.4.2 Methodische niveauverschillen

De verkeersopvatting verwijst steeds naar een bron van ongeschreven recht.³⁹ Ongeschreven recht vervult echter op verschillende wijzen een rol in ons rechtssysteem.⁴⁰ Zo wordt niet alleen in het Burgerlijk Wetboek op verschillende plaatsen verwezen naar de verkeersopvatting, daarnaast put de rechter ook wel *zonder* voorafgaande wettelijke verwijzing uit deze bron van ongeschreven recht. In het laatste geval vervult de verkeersopvatting een zelfstandige rol bij de rechtsvinding, zonder dat de wetgever daaromtrent een aanwijzing heeft gegeven.

Methodisch gezien kunnen twee niveaus van rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting worden onderscheiden, waarbij de tweede categorie weer kan worden onderverdeeld in twee varianten. Ik bespreek het gebruik van de verkeersopvatting als *hulpmiddel bij de uitleg* van wettelijke bepalingen en begrippen (§ 4.4.2.1), en het gebruik van de verkeersopvatting als *beslissingscriterium* (§ 4.4.2.2). Als beslissingscriterium kent de verkeersopvatting twee varianten; te weten hantering van dit criterium op grond van een wettelijke verwijzing en door zelfstandige toepassing door de rechter. Het onderscheid tussen hantering van de verkeersopvatting als hulpmiddel bij uitleg of als beslissingscriterium is overigens niet steeds duidelijk te maken (§ 4.4.2.3).

36 Zie hierover § 3.5.1.

37 Zie ook § 3.5.2.

38 Zie ook § 3.5.3.

39 Zie § 3.4 en 3.5.

40 Zie ook § 7.2.

4.4.2.1 Hulpmiddel bij uitleg

De verkeersopvatting wordt – evenals de redelijkheid en billijkheid in haar rol van *metanorm*⁴¹ – gebruikt als hulpmiddel bij de uitleg van wettelijke bepalingen en begrippen en de bepaling van hun reikwijdte. Ik geef een paar voorbeelden ter illustratie.

Het duidelijkste voorbeeld van hantering van de verkeersopvatting als hulpmiddel bij de uitleg en interpretatie van wetsbepalingen en wettelijke begrippen is misschien wel te vinden in het Portacabinarrest.⁴² Ik laat de Hoge Raad aan het woord:

‘De verkeersopvattingen kunnen – anders dan voor de vraag of iets bestanddeel van een zaak is in de zin van art. 3:4 – niet worden gebezigd als een zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is. Zij kunnen echter wel in aanmerking worden genomen in de gevallen dat in het kader van de beantwoording van die vraag onzekerheid blijkt te bestaan of een object kan worden beschouwd als duurzaam met de grond verenigd, en voor de toepassing van die maatstaf nader moet worden bepaald wat in een gegeven geval als “duurzaam”, onderscheidenlijk “verenigd” en in verband daarmee als “bestemming” en als “naar buiten kenbaar” heeft te gelden.’⁴³

De overweging van de Hoge Raad laat niets aan duidelijkheid te wensen over. De verkeersopvatting is bij beantwoording van de vraag of een zaak roerend of onroerend *geen zelfstandige maatstaf*, maar kan wel een rol spelen bij de *uitleg* van de in artikel 3:3 BW gebezigde begrippen.⁴⁴

Niet vaak is echter zo duidelijk dat de rol van de verkeersopvatting in sommige gevallen beperkt blijft tot de *uitleg* van begrippen en wetsbepalingen en dat in die gevallen *geen* sprake is van een *zelfstandig beslissingscriterium*. Ik illustreer dit aan de hand van een ander standaardarrest, het bekende dwalingsarrest Offringa/Vinck & Rosberg.⁴⁵ Opnieuw de Hoge Raad:

‘Bij het beantwoorden van de vraag of een partij terzake van bepaalde relevante gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht heeft, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat zijn wederpartij, die gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen

⁴¹ Zie nader § 5.3.1.

⁴² HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (*Portacabin*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann in AA 47 (1998), p. 101-105 en M.A.J.G. Janssen in JOR 1997, 152; tevens uitgebreid besproken door Heyman (2000). Kort besproken door E.B. Rank-Berenschot, ‘Keten en caravans: roerend of onroerend?’, Bb 1998/5, p. 60-61 en J. Hogenbrink, ‘Onroerende zaak in de zin van artikel 3:3 BW?’, V&O 1998/2, p. 22-23.

⁴³ R.o. 3.3 sub d).

⁴⁴ Zie ook HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK (*Grafzerken of St. Barbara/Het aartsbisdom Utrecht*).

⁴⁵ HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK.

te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, ter nakoming van deze verplichting een onderzoek zal instellen en daardoor met meerbedeelde gegevens bekend zal worden, moet niet alleen worden gelet op alle bijzonderheden van het gegeven geval maar ook en vooral daarop dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens.⁴⁶

In de geciteerde passage is de vraag aan de orde of ‘naar de in het verkeer geldende opvattingen’⁴⁷ de verkoper een mededelingsplicht heeft, dan wel of op de koper een verplichting rustte om ‘te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen’ handelde. Gaat het hier om *uitleg* van artikel 6:228 lid 1 sub b BW, dat ziet op de mededelingsplicht? Of gaat het om een *toepassing van de beslissingsregel* in artikel 6:228 lid 2 BW, dat bepaalt dat het risico van dwaling onder omstandigheden op grond van de verkeersopvatting voor rekening van de dwalende blijft? Het één houdt met het ander verband. Als blijkt dat bijvoorbeeld de verkoper een mededelingsplicht had en hij deze heeft geschonden, dan kan hij zich niet – te goeder trouw – beroepen op artikel 6:228 lid 2 BW en stellen dat de dwaling voor rekening en risico van de koper moet blijven.⁴⁸

Vast staat naar mijn mening dat bij beantwoording van de vraag of sprake is van een mededelingsplicht van de één dan wel een onderzoeksplicht van de ander en de toedeling van het risico op dwaling, de verkeersopvatting een rol speelt.⁴⁹ De reikwijdte van die plichten over en weer (in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW), is van invloed op de vraag voor wiens rekening en risico de dwaling behoort te komen (art. 6:228 lid 2 BW). Rogmans komt tot de conclusie dat de rol van de verkeersopvatting in het kader van artikel 6:228 BW groter is dan alleen als één van de beslissingscriteria in artikel 6:228 lid 2 BW. Het arrest wijst volgens hem, ‘in de richting van een toepassing van het criterium die verder reikt dan de woorden van artikel 6:228 BW.’⁵⁰ Hij vindt

46 Rov. 3.5, derde alinea.

47 Hantering van de verkeersopvatting ter beantwoording van de vraag of sprake is van een mededelingsplicht, is in mijn ogen ongelukkig. Zie daarover de laatste alinea van deze paragraaf.

48 Deze thans op artikel 6:228 lid 2 gebaseerde regel was ook onder oud recht al vaste jurisprudentie, zie: HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Van Dartel*) en HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (*Van Geest/Nederlof*).

49 Die rol speelt de verkeersopvatting overigens niet alleen bij dwaling maar ook binnen andere leerstukken waarin mededelings- en onderzoeksplichten tegenover elkaar staan (zoals bijv. non-conformiteit). Zie voor voorbeelden Rb. Middelburg 24 mei 2000, L/JN AA7949; Pres. Rb Breda 21 november 2000, L/JN AA9119 (*Rasti Rostelli/Partycentrum de Kwinter*); Rb. Zutphen 21 juni 2001, L/JN AB2290; Rb. Roermond 31 januari 2002, L/JN AD8904. Vergl. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 (*Sijpesteijn c.s./De Marez Oyens c.s.*), waarin niet de *verkeersopvatting*, maar de *maatschappelijke opvattingen* te hulp worden geroepen.

50 Rogmans 2007, nr. 63.

dit uit een oogpunt van systematiek niet bezwaarlijk.⁵¹ Wat Rogmans bedoelt met het ‘oogpunt van systematiek’ legt hij helaas niet uit. Zijn opmerking dat een dusdanig gebruik van de verkeersopvatting in dit geval niet bezwaarlijk is, lijkt daarnaast in strijd met zijn pleidooi elders om het begrip verkeersopvatting restrictief te gebruiken.⁵²

De observatie van Rogmans met betrekking tot het arrest Offringa/Vinck & Rosberg lijkt mij correct. Hantering in dit geval van de ‘verkeersopvatting’ door de Hoge Raad, reikt inderdaad verder dan alleen de risicoverdeling bij dwaling aan de hand van artikel 6:228 lid 2 BW. Anders dan Rogmans heb ik bedenkingen tegen deze wijze van hantering van het begrip. De vraag naar het bestaan van een mededelingsplicht is er één die ziet op de invulling van een gedragsnorm binnen de (pre)contractuele rechtsverhouding (het bestaan van wederzijdse mededelings- en onderzoeksplichten). Die relatie wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Voor de invulling van gedragsnormen leent de verkeersopvatting zich naar mijn mening slecht.⁵³ Ter nadere concretisering van de verplichtingen over en weer had de Hoge Raad naar mijn mening dan ook beter een beroep kunnen doen op de redelijkheid en billijkheid en – ter invulling daarvan – op de in Nederland levende rechtsovertuigingen en een afweging van de belangen die in een dergelijk geval spelen.⁵⁴ De verkeersopvatting wordt in dit geval mijns inziens onterecht gehanteerd bij de invulling van de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Een en ander neemt niet weg dat zij tevens in het kader van lid 2 van dat artikel een rol speelt als één van de beslissingscriteria voor de toedeling van het risico van dwaling. Over deze rol als ‘beslissingscriterium’ thans meer.

4.4.2.2 Beslissingscriterium

Naast de rol van de verkeersopvatting bij de uitleg van en bepaling van de reikwijdte van wettelijke begrippen en bepalingen, wordt het begrip gehanteerd als *beslissingscriterium*. De verkeersopvatting vormt in die gevallen een *zelfstandige maatstaf* voor het oplossen van rechtsvragen. Zij vormt in die gevallen aanknopingspunt voor de rechtsvinding en bepaalt – mede – de inhoud van de toepasselijke rechtsnorm.

De verkeersopvatting kan op tweeërlei wijze op dit methodische niveau een rol spelen. Het begrip kan fungeren als beslissingscriterium op grond van *i)* een wettelijke verwijzing, of *ii)* door zelfstandige toepassing door de rechter. In het laatste geval hanteert de rechter de verkeersopvatting als beslissingscriterium *zonder* dat een wettelijke verwijzing hem daartoe aanzet op aanspoort.

51 Rogmans 2007, nr. 63.

52 Zie Rogmans 2007, nr. 28.

53 Zie nader § 4.2 en § 5.5.

54 Zie nader § 5.4.2.7.

i) Wettelijke verwijzingen

Een wettelijke verwijzing naar de verkeersopvatting is te vinden in de artikelen 3:4, 3:9, 3:108, 3:254, 5:14 (en indirect ook in 5:15 en 5:16), 3:76, 6:75, 6:77, 6:162, 6:228, 6:229, 6:258 en 8:1170 BW. De wetgever heeft in deze wetsartikelen gekozen voor een zelfstandige rol van de verkeersopvatting binnen de rechtsnorm. Haar rol is in die artikelen met andere woorden niet beperkt tot die van hulpmiddel bij de uitleg van de norm.

Een duidelijk voorbeeld van de verkeersopvatting als beslissingscriterium is te vinden in artikel 3:108.

‘Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld (...)’

In dit geval is de verkeersopvatting een *zelfstandige maatstaf* voor de bepaling van het onderscheid tussen bezit en houderschap. In dit voorbeeld is de verkeersopvatting bovendien de enige maatstaf, met dien verstande dat beoordeling van het complex van feiten en omstandigheden moet plaatsvinden ‘op grond van uiterlijke feiten’ en met inachtneming van een aantal wettelijke regels.

In alle genoemde wetsartikelen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen vervult zij de functie van *beslissingscriterium* of *zelfstandige maatstaf*. Soms is de verkeersopvatting de enige beslissingsmaatstaf binnen een rechtsnorm. Andere keren speelt het begrip een rol naast andere mogelijke beslissingscriteria. Zie hierover nader § 4.5.5.1.

Kenmerkend voor de wettelijke verwijzingen naar de verkeersopvatting is dat zij leiden tot open ‘beslissingsregels’, juridisch-technische rechtsregels die zich vooral richten tot de rechter.⁵⁵

ii) Zelfstandige rechterlijke toepassing

De verkeersopvatting wordt door de rechter, al dan niet na aandragen daarvan door partijen, ook wel zelfstandig gehanteerd, zonder duidelijke wettelijke verwijzing naar dat begrip. Een voorbeeld van autonoom rechterlijk gebruik van de verkeersopvatting als beslissingscriterium is te vinden binnen het leerstuk van de (ontoereikende) volmachtverlening. De verkeersopvatting speelt daar een rol bij de beoordeling van de schijn van volmachtverlening en de vraag of op die schijn gerechtvaardigd vertrouwd mocht worden.⁵⁶ Die vraag wordt door rechters opgelost mede aan de hand van de verkeersopvatting.

⁵⁵ Zie nader § 7.2.

⁵⁶ Zie: Hof Den Haag 9 mei 1986, *Prg* 1986, 2557 (*Stichting Ziekenhuis Sint Antoniusshove/Gem. Leidschendam*) en HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 581 m.nt. *PvS (Hartman/Bakker)*, waarin de verkeersopvatting door de rechter expliciet wordt genoemd. Zie bijv. ook: HR 16 juni 1989, *NJ* 1990, 651 (*ANVR/Martinair*), HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 231 (*Citco Bank Antilles/da Costa Gomez*) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2002, 543 (*Berg en Tollenaar/Balm*). In de laatste drie arresten wordt in het cassatiemiddel een beroep gedaan op de verkeersopvatting.

Er is dan in feite sprake van (formulering van) een beslissingsregel binnen een beslissingsregel.

Een duidelijk voorbeeld hiervan is te vinden in het arrest Hartman/Bakker.⁵⁷ In dat arrest kwam de vraag aan de orde of een werknemer (Cuiper) van Hartman, die zich als 'uitvoerder' had gepresenteerd bij Bakker, het gerechtvaardigde vertrouwen had gewekt (door zich als zodanig te presenteren) dat hij bevoegd was een overeenkomst te sluiten tot het afvoeren van grond vanaf de bouwplaats. Later bleek de grond vervuild, wat kosten met zich meebracht, die Hartman weigerde te betalen.

Het Hof beoordeelde de vraag of Bakker gerechtvaardigd had vertrouwd op de schijn van volmachtverlening door Hartman aan Cuiper, niet aan de hand van het 'toedoenvereiste' van artikel 3:61 lid 2 BW. In plaats daarvan oordeelde het Hof dat er voor Bakker geen redenen waren om te twijfelen aan de bevoegdheid van de uitvoerder en meende het dat de onbevoegdheid van de uitvoerder viel *binnen de risicosfeer* van Hartman, zodat de gevolgen voor rekening van Hartman kwamen.⁵⁸ De Hoge Raad las daarin een beslissing aan de hand van de verkeersopvatting:⁵⁹

'Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat Bakker heeft aangenomen en in de gegeven omstandigheden ook heeft mogen aannemen dat in de aanstelling door Hartman van Cuiper als uitvoerder besloten ligt dat hem een toereikende volmacht is verleend om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van deze functie voortvloeien. Door deze omstandigheid van betekenis te achten voor de vraag of Hartman gebonden was aan de door Cuiper tot stand gebrachte overeenkomst heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

Of een wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de schijn van volmachtverlening wordt in dit arrest dan ook afhankelijk gemaakt van de vraag wat voor overeenkomsten een uitvoerder naar verkeersopvatting normaliter in de uitoefening van zijn functie mag sluiten. De beslissingsregel van artikel 3:61 lid 2 BW, kort gezegd: 'heeft de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwd op door de principaal opgewekte schijn', wordt nader ingevuld met behulp van de verkeersopvatting. Overigens vernietigde de Hoge Raad het arrest desondanks op grond van een motiveringsgebrek.⁶⁰

57 Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (*Hartman/Bakker*).

58 R.o. 12 van het Hof.

59 R.o. 3.4.2 van de Hoge Raad.

60 De beslissing was, aldus de Hoge Raad, onvoldoende gemotiveerd en onbegrijpelijk gelet op het complex van feiten en omstandigheden dat aan de hand van de verkeersopvatting beoordeeld moest worden. Het Hof ging uit van 'een eenvoudige transactie, die wat betreft inhoud en kostprijs niet van zodanige zwaarte was dat (de vertegenwoordiger van) Bakker reeds daarom had moeten begrijpen dat Cuiper niet bevoegd kon zijn'. In eerste aanleg had Hartman echter aangevoerd dat het ging om het afvoeren van vervuilde grond, waarmee aanzienlijk hogere kosten waren gemoeid dan wanneer het schone grond zou

De verkeersopvatting wordt hier als beslissingscriterium gebruikt om invulling te geven aan de vraag of gerechtvaardigd is vertrouwd op opgewekte schijn bij volmachtverlening.⁶¹

Ook indien de wet niet naar de verkeersopvatting verwijst en de rechter desondanks van deze methode van rechtsvinding gebruik maakt is steeds sprake van een – door de rechter, vaak impliciet – geformuleerde beslissingsregel, aan de hand waarvan vervolgens een complex van feiten en omstandigheden wordt beoordeeld.⁶²

4.4.2.3 Problemen bij het onderscheid

In sommige gevallen is het methodische niveau waarop de verkeersopvatting wordt gehanteerd niet duidelijk. In die gevallen is niet helder of de verkeersopvatting wordt gehanteerd enkel bij de *uitleg* van een wettelijk begrip of een wettelijke bepaling dan wel als *beslissingscriterium*. Het komt voor dat de verkeersopvatting wordt gehanteerd als *beslissingsmaatstaf bij de uitleg* van begrippen en bepalingen. Uitleg en beslissingscriterium vallen in dat geval samen. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

Binnen het leerstuk van de zaaksvorming speelt de verkeersopvatting bij verschillende inhoudelijke vragen een rol.⁶³ Sinds het Orchideeënscheur-arrest⁶⁴ is duidelijk dat de vraag of sprake is van een ‘nieuwe zaak’ moet worden beantwoord aan de hand van de verkeersopvatting. Van een ‘nieuwe zaak’ spreken wij indien naar verkeersopvatting een zaak een eigen, van de oorspronkelijke zaak te onderscheiden identiteit bezit.

Betreft het hier nu hantering van de verkeersopvatting bij de *uitleg* van het wettelijke begrip ‘nieuwe zaak’? Of is de verkeersopvatting in dit geval *beslissingscriterium* en *zelfstandige maatstaf* om te bepalen of sprake is van een nieuwe zaak? Op het oog lijkt in eerste instantie sprake te zijn van *uitleg* van het begrip ‘nieuwe zaak’ en van bepaling van de reikwijdte van dit begrip.

zijn geweest. Zie r.o. 3.4.4. en 3.4.5 van de HR. Zie over de verwevenheid van de verkeersopvatting met de feiten ook § 4.6.

61 Hierna zal blijken dat het onderscheid tussen hantering als hulpmiddel bij uitleg en als zelfstandig beslissingscriterium niet steeds goed te maken is. Dat geldt eveneens voor hantering van de verkeersopvatting bij de schijn van volmachtverlening. Aangevoerd zou kunnen worden dat de verkeersopvatting in dat geval wordt gebruikt als hulpmiddel bij de uitleg van het begrip ‘gerechtvaardigd vertrouwen’.

62 Als voorbeeld kan ook genoemd worden HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*), waarin het Hof aan de hand van de verkeersopvatting een complex van feiten en omstandigheden beoordeelde om te beslissen of schade van een dierenarts door het trappen van een paard voor diens eigen rekening en risico behoorde te blijven.

63 Zie hierover nader § 4.4.3.

64 HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Orchideeënscheur-arrest*). Het criterium van de eigen, van de oorspronkelijke zaak te onderscheiden identiteit werd vervolgens eveneens gehanteerd in HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Hinck/Van der Werff & Visser, of ‘Love-Love’*) en HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*).

Duidelijk is dat die reikwijdte wordt bepaald door de opvatting in het verkeer. Bij nadere beschouwing blijkt de verkeersopvatting in dit geval *ook* beslissingscriterium, want enige en zelfstandige maatstaf voor de beantwoording van de vraag *of* een 'nieuwe zaak' gevormd is. De verkeersopvatting is in het genoemde geval dus beide. Zij wordt gehanteerd voor de uitleg van het wettelijke begrip *en* is op dat punt beslissend.

Een tweede voorbeeld kan worden gegeven aan de hand van het arrest Donkers/Scholten; de kwestie van het trappende paard.⁶⁵ In deze zaak, waarin een ten gevolge van een trap van een paard zwaargewonde dierenarts schadevergoeding vordert van de bezitter van het paard, doet de bezitter een beroep op eigen schuld van de dierenarts (art. 6:101 BW). De bezitter van het paard betoogt in cassatie dat het aangaan van een behandelingsovereenkomst een omstandigheid is die naar verkeersopvatting meebrengt dat de schade dan – deels – in de risicosfeer van de getroffen dierenarts ligt. De Hoge Raad oordeelt dat artikel 6:101 lid 1 BW niet slechts voor toepassing in aanmerking komt indien gedragingen van de benadeelde hebben bijgedragen aan de schade (dus bij 'schuld' van de benadeelde), maar eveneens 'indien sprake is van omstandigheden die in zijn risicosfeer liggen'.⁶⁶ Bij beantwoording van die laatste vraag kan de verkeersopvatting een rol spelen.⁶⁷ Betreft het hier nu een rol voor de verkeersopvatting bij de *uitleg* van artikel 6:101 BW en bij de *bepaling van haar reikwijdte*? Of speelt de verkeersopvatting in dit geval een beslissende rol als *beoordelingscriterium* voor de vraag of bepaalde feiten en omstandigheden al dan niet aan de benadeelde moeten worden toegerekend? Het één, uitleg van artikel 6:101 BW, is in dit geval niet los te zien van het ander, de verkeersopvatting als beslissingscriterium bij de beoordeling van het complex van feiten en omstandigheden, dunkt me.

De grens tussen *uitleg* c.q. *bepaling van de reikwijdte van de wet* enerzijds en het gebruik van de verkeersopvatting als *beslissingscriterium* anderzijds, is kortom niet steeds gemakkelijk aan te geven en voornamelijk theoretisch van aard. Ik laat de vraag of in de genoemde gevallen sprake is van uitleg van wettelijke begrippen aan de hand van de verkeersopvatting of van hantering van de verkeersopvatting als zelfstandige beslissingsmaatstaf graag in het midden. Beide vormen van gebruik leiden tot een proces van – meer of minder autonome – rechtsvinding.

Interessanter is de vraag of het onderscheid – voor zover dat gemaakt kan worden – wellicht gevolgen heeft voor de methode van rechtsvinding. Speelt bijvoorbeeld bij hantering van de verkeersopvatting bij de *uitleg* van begrippen bepalingen de objectiverende functie van de verkeersopvatting een grotere

65 HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 m.nt. CJHB (Donkers/Scholten), eveneens geannoteerd door Van der Wiel (NTBR 2001/8, p. 431 e.v.) en besproken door Sieburgh (Bb 2001/15, p. 161 e.v.).

66 R.o. 3.8.3.

67 Zo blijkt uit r.o. 3.8.2 gelezen in samenhang met r.o. 3.8.3 van de Hoge Raad.

rol en bij haar hantering als *beslissingsmaatstaf* juist haar aanvullende functie? Het antwoord op deze vraag, dat een horizontale vergelijking vergt van de leerstukken waarbinnen de verkeersopvatting een rol speelt, blijf ik u in dit boek helaas schuldig.⁶⁸

4.4.3 Inhoudelijke niveauverschillen

Naast methodische niveauverschillen bij de hantering van de verkeersopvatting als juridisch begrip bestaan er ook inhoudelijk niveauverschillen. Ik bedoel hiermee dat de verkeersopvatting binnen één en hetzelfde leerstuk veelal bij de beantwoording van verschillende rechtsvragen een rol speelt. Het niveau van die vragen kan variëren, maar dit is niet steeds het geval. Ik geef een aantal voorbeelden ter illustratie.

Het eerste voorbeeld betreft de bestanddeelvorming bij roerende zaken. Daarbij speelt de verkeersopvatting twee maal een rol. Als eerste speelt de verkeersopvatting een rol bij de vraag of een zaak onderdeel uitmaakt van een andere zaak (art. 3:4 lid 1 BW) en ten tweede bij beantwoording van de vraag welke van de twee oorspronkelijke roerende zaken als hoofdzaak moet worden aangemerkt. Artikel 5:14 lid 3 BW bepaalt daartoe:

‘Als hoofdzaak is aan te merken de zaak waarvan de waarde die van de andere zaak aanmerkelijk overtreft of die volgens verkeersopvatting als zodanig wordt beschouwd.’

Soms bepaalt de verkeersopvatting dus het antwoord op de vraag die in essentie voorligt (is sprake van bestanddeelvorming?), andere keren gaat het om een antwoord op een kleinere vraag binnen een groter leerstuk (indien van bestanddeelvorming sprake is, welke van de oorspronkelijk zaken is dan hoofdzaak?). Aan de tweede vraag komt men in veel gevallen van bestanddeelvorming⁶⁹ pas toe voor zover een positief antwoord is gegeven op de eerste vraag.

Een ander voorbeeld van een leerstuk waarbinnen de verkeersopvatting op verschillende plaatsen een rol speelt biedt het leerstuk van de zaaksvorming.⁷⁰ Ter sprake kwam al dat de verkeersopvatting een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of de nieuwe zaak een andere, van de oorspronkelijke zaak (of zaken) te onderscheiden, identiteit heeft (art. 5:16 lid 1 BW). Daarnaast is de verkeersopvatting relevant voor beantwoording van de vraag

⁶⁸ De vraag valt buiten het kader van de probleemstelling zoals geformuleerd in § 1.3.

⁶⁹ Te weten, die gevallen waarin bestanddeelvorming niet wordt aangenomen op grond van een hechte fysieke verbinding die niet zonder schade van betekenis kan worden verbroken (art. 3:4 lid 2 BW), maar op grond van de verkeersopvatting in lid 1.

⁷⁰ Ook Rogmans constateert dit, zie: Rogmans 2007, nr. 38.

of de arbeid die heeft plaatsgevonden zodanig is dat van zaaksvorming gesproken kan worden.⁷¹ In dit geval zijn vragen waarbij de verkeersopvatting doorslaggevend is, *beiden* relevant voor beantwoording van de vraag of van zaaksvorming gesproken kan worden. In die gevallen moet worden voldaan aan 'cumulatieve criteria'⁷² waarbij de verkeersopvatting meermaals een rol speelt.

Een derde voorbeeld is de rol van de verkeersopvatting binnen het leerstuk van de volmachtverlening. Artikel 3:76 BW bepaalt dat de verkeersopvatting een rol speelt bij de beoordeling van de vraag of het einde van een volmacht is meegedeeld of bekendgemaakt op een wijze die meebrengt dat het einde van de volmacht aan de wederpartij kan worden tegengeworpen.⁷³ Meer in haar algemeenheid, op een ander niveau, speelt de verkeersopvatting echter ook een rol bij beantwoording van de vraag of de schijn van volmachtverlening of van een (on)toereikende volmacht moet worden toegerekend aan de volmachtgever.⁷⁴ Het betreft hier twee verschillende vragen van toerekening, aan twee verschillende personen. Enerzijds de vraag of de schijn van volmachtverlening of de overschrijding van de volmacht moet worden toegerekend aan de (pseudo)volmachtgever. Anderzijds de vraag of het eindigen van de volmacht kan worden tegengeworpen aan de wederpartij van de volmachtgever, oftewel of kennis van het einde van de volmacht aan deze wederpartij kan worden toegerekend.

4.4.4 Belang van het onderkennen van de niveauverschillen

Voor zover ik kan overzien is de rechtspraktijk zich vooralsnog niet steeds bewust van het feit dat de verkeersopvatting een rol kan spelen op verschillende niveaus. Dit geldt zowel voor de methodische als inhoudelijke niveauverschillen. Het is echter van belang om met name de inhoudelijke niveauverschillen te onderkennen en in kaart te brengen. Ten eerste is het relevant om in kaart te brengen bij welke specifieke juridische vragen de verkeersopvatting een rol speelt.⁷⁵ Daarna kan de vraag worden beantwoord welke rol de verkeersopvatting speelt; een rol bij de uitleg van bepalingen of een rol als zelfstandig beslissingscriterium.

Beantwoording van de eerste vraag (bij welke rechtsvraag speelt de verkeersopvatting een rol) is belangrijk voor de *afbakening* van het complex van

71 Zie ook Fikkers 1999, nr. 79: 'Bij zaaksvorming zullen de verkeersopvattingen derhalve als het ware twee keer in ogenschouw moeten worden genomen'.

72 Fikkers 1999, nr. 81.

73 Overigens zijn mij geen uitspraken bekend over verkeersopvattingen bij het einde van een volmacht.

74 Zie bijv. HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (*Hartman/Bakker*), besproken in § 4.4.2.2. sub ii).

75 Zie ook § 6.4.1.1.

feiten en omstandigheden waarover een juridisch oordeel moet worden gegeven. Bij hantering van de verkeersopvatting gaat het immers steeds om de juridische kwalificering van complexen van feiten en omstandigheden.⁷⁶

Voor rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting kan de jurist gebruik maken van een aantal beproefde methoden, waaronder het zoeken naar systeemcoherentie en de (hypothetische) vergelijkingsmethode.⁷⁷ Situeren van het probleem binnen het wettelijk systeem en identificering van alle relevante gezichtspunten voor oplossing daarvan, is niet goed mogelijk zolang niet duidelijk is *welke kwalificatievraag* precies ter beoordeling voorligt. Hetzelfde geldt voor de vergelijkingsmethode. Vergelijking van het ter beoordeling voorliggende geval met andere – al dan niet hypothetische – gevallen is onmogelijk zonder identificatie van het specifieke complex van feiten en omstandigheden dat juridisch gekwalificeerd dient te worden. Ook voor objectivering geldt dat het onmogelijk is om bijvoorbeeld vast te stellen welke kring van personen relevant is voor beantwoording van de juridische kwalificatievraag zolang niet duidelijk is welk complex van feiten en omstandigheden ter beoordeling voorligt.

Het in kaart brengen van de complexen van feiten en omstandigheden die met behulp van de verkeersopvatting gekwalificeerd worden is dan ook van belang voor de vraag welke rechtsregels, gezichtspunten, beoordelingsfactoren en kring van personen de doorslag (kan of kunnen) geven. Dat in kaart brengen van de relevante feiten en omstandigheden wordt lastig indien de rechtsvinder zich niet bewust is van het feit dat, binnen leerstukken, verschillende inhoudelijke rechtsvragen (kunnen) zien op verschillende feitencomplexen.

Rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting vindt kortom plaats op verschillende methodische en inhoudelijke niveaus. Naar haar aard is deze vorm van rechtsvinding, waarbij het gaat om de juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden, in extreme mate feiten- en rechtsvraaggebonden. Dit hangt samen met het topische karakter van de verkeersopvatting en de verstrengeling die daarbij optreedt tussen feiten en verkeersopvatting (zie hierna § 4.5 en 4.6).

4.5 TOPISCH KARAKTER

De verkeersopvatting is geen volstrekte en onveranderlijke waarheid. Zij verwijst naar ongeschreven recht; naar in de maatschappij levende en veranderlijke *opvattingen over behoren*.

⁷⁶ Zie ook § 4.2.

⁷⁷ Zie nader § 7.4 e.v.

Op het eerste gezicht doet de verkeersopvatting dan ook denken aan een *topos* (meervoud *topoi*), in de betekenis die Leijten daaraan geeft:⁷⁸

‘Een *topos* is een gezichtspunt van algemene aard, dat in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar wordt aangezien. Het is dus geen volstreekte waarheid.’

Juristen hanteren *topoi*, in de zin van algemene gezichtspunten, om een conclusie, een juridische beslissing, te onderbouwen. Leyten en Smith spreken in dit verband van ‘topisch redeneren’.⁷⁹ Beiden auteurs wijzen op het feit dat verschillende *topoi* – in de zin van algemene gezichtspunten – elkaar kunnen tegenspreken en tot verschillende uitkomsten van het geschil kunnen leiden.⁸⁰ In dat geval dient beslist te worden welk algemeen gezichtspunt, of *topos*, de doorslag moet geven. Het begrip *topos* wordt in deze gevallen gehanteerd in de klassieke retorische zin van Aristoteles.

Sinds Viehweg in 1954 het geschrift *Topik und Jurisprudenz* publiceerde, is de topiek van invloed geweest op de rechtsvinding.⁸¹ Viehweg spreekt van *Topik* wanneer sprake is van een dialectische gevolgtrekking, aan de hand van premissen die ‘nach angesehener Meinung wahr scheinen’.⁸²

‘Die dialektischen Schlüsse unterscheiden sich vielmehr, was für die ganze Denkweise bezeichnend ist, von den anderen Arten der Schlüsse durch die Beschaffenheit ihrer *Vordersätze*. Aristoteles klassifiziert also hier die Schlüsse, wenigstens grundsätzlich, nach der Beschaffenheit ihrer Prämissen. Dialektische Schlüsse sind infolgedessen solche, welche angesehene, wahrscheinende Meinungen, die auf Annahme rechnen dürfen, zu Prämissen haben.’ [cursivering in origineel]

Viehweg hanteert het begrip *topos* kortom steeds in de klassieke, door Aristoteles bedoelde zin.

78 Van Gerven en Leyten 1977, p. 30. Zo ook Smith 2007, p. 98-99. Vergl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 92, die spreekt van ‘juridische gemeenplaatsen’. De grondlegger van de *Topica*, de leer van het argumenteren met behulp van algemeen aanvaarde opvattingen, is Aristoteles, zie zijn *Topica*. Het begrip *topos* betekent in letterlijke vertaling: *plaats*.

79 Van Gerven en Leyten 1977, p. 30-33; Smith 2007, p. 98.

80 Smith geeft als voorbeeld het arrest HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/De Schelde*), waarin, volgens hem, het *topos* van de binding aan de wet (i.c. de binding aan de absolute verjaringstermijn van 30 jaar in art. 3:310 lid 2 BW) streed om voorrang met het *topos* van de redelijke en billijke wetstoepassing, (Smith 2007, p. 100-105). Andersom kunnen verschillende algemene *topoi* elkaar versterken.

81 Ik raadpleegde de druk uit 1974 (Viehweg 1974).

82 Viehweg 1974, p. 22. Vrij vertaald: ‘De dialectische gevolgtrekkingen onderscheiden zich, hetgeen voor de gehele denkwijze doorslaggevend is, veel meer van andere gevolgtrekkingen door de hoedanigheid van hun “voorzin”. Aristoteles klassificeert de gevolgtrekking op grond van de hoedanigheid van haar premissen. Dialectische gevolgtrekkingen zijn dientengevolge degene die gebaseerd zijn op premissen die op grond van de algemene mening waar lijken en op aanhang kunnen rekenen.’

In de moderne rechtsvindingstheorie lijkt het begrip *topos* echter vaak niet zozeer gebruikt te worden in de hiervoor genoemde klassieke retorische zin – een algemeen gezichtspunt dat als grondslag voor verschillende redeneringen kan worden gebruikt – maar ook in veel algemenere zin als een ‘vindplaats voor argumenten’.⁸³ Rechtsvinding aan de hand van zo’n ‘vindplaats voor argumenten’ leidt tot dialectiek, tot het boven water halen van argumenten voor en tegen een bepaalde conclusie.⁸⁴ Het maken van de gevolgtrekking, ofwel het resultaat van de afweging van argumenten voor of tegen een beslissing, wordt dan wel ‘topische rechtsvinding’ genoemd. Dat gebeurt ook indien de rechtsvinding niet per se plaats vond aan de hand van een algemeen gezichtspunt, dat voor waar wordt gehouden door ‘allen, de meesten of de verstandigsten’. In deze vorm wordt de topiek ook wel betiteld als de ‘kunst van het vinden van argumenten’ waarbij het resultaat van de afweging van alle argumenten ‘topisch’ wordt genoemd, ongeacht of die argumenten algemeen van aard waren of niet. Reeds een dialectische werkwijze, een afweging van de argumenten voor en tegen, leidt in deze modernere opvatting tot de betiteling ‘topisch’.

De mogelijke begripsverwarring wordt nog verder in de hand gewerkt doordat niet alleen verschillende vormen van rechtsvinding als ‘topisch’ worden betiteld, maar ook rechtsnormen wel ‘topisch’ worden genoemd. Onder de begrippen *topos* en *topische rechtsvinding* worden kortom door verschillende auteurs verschillende dingen besproken en verstaan. Ik onderscheid in het navolgende allereerst de begrippen ‘topische rechtsvinding’ en ‘topische norm’. Vervolgens zal ik ingaan op de vraag op de verkeersopvatting een *topos* is in klassieke zin of in modernere zin.

4.5.1 Terminologische kwesties rondom topiek

De topische *vorm* van sommige normen moet worden onderscheiden van een topische *techniek* van rechtsvinding. Een en ander lijkt op het eerste gezicht ingewikkeld, daarom – wederom – enkele opmerkingen over terminologische kwesties.

Met het begrip ‘topische rechtsvinding’ worden, zoals gezegd, verschillende dingen aangeduid. De één spreekt van topische rechtsvinding in geval van hantering van een zogenaamde omstandighedencatalogus,⁸⁵ de ander meent dat de omstandighedencatalogus juist zorgvuldig van de *topoi* onderscheiden

⁸³ Nieuwenhuis 2007a, p. 82; Smith 2007, p. 99.

⁸⁴ Zie Nieuwenhuis 2007a, p. 82 en Smith 2007, p. 99. Smith legt daarbij overigens een verband tussen het begrip *topos* in klassieke zin en het *topos* in de zin van ‘vindplaats voor argumenten’.

⁸⁵ Zie bijv. Smits 2006, p. 139.

moet worden.⁸⁶ In die laatste visie verwijzen *topoi* naar ‘opvattingen over behoren’ die een vindplaats voor argumenten vormen, terwijl een omstandighedencatalogus zou verwijzen naar bepaalde, voor de beslissing relevante, ‘feiten’. Volgens Barendrecht moet de omstandighedencatalogus – die verwijst naar feiten – daarom worden onderscheiden van de gezichtspuntencatalogus, die volgens hem verwijst naar gezichtspunten van normatieve aard.⁸⁷

Wiarda spreekt over *topoi* als ‘gemeenplaatsen’ of ‘vuistregels die doorgaans opgaan’ en over catalogi van dergelijke juridische vuistregels.⁸⁸ Volgens Kort-hals Altes en Groen moeten de ‘vuistregels’ echter juist worden onderscheiden van de ‘gezichtspunten’ en ‘gezichtspuntencatalogi’.⁸⁹ Gezichtspunten, of opsommingen van gezichtspunten, worden volgens hen door de Hoge Raad gehanteerd om de lagere rechter ‘nog meer speelruimte te geven dan een vuistregel geeft’. De Hoge Raad geeft in die gevallen – zelfs – geen vuistregel maar volstaat met een opsomming van gezichtspunten waarmee de rechter bij de toepassing van de vage norm of het onbepaalde begrip rekening kan of moet houden.

In alle hier genoemde situaties is sprake van rechtsvindingsmethoden die topisch (kunnen) worden genoemd.⁹⁰ De methode kan gelegen zijn in het werken met algemene gezichtspunten, vuistregels, gezichtspuntencatalogi of omstandighedencatalogi. Kenmerk van die methode is dat zij steeds noopt tot een nadere waardering of afweging van de verschillende gezichtspunten, vuistregels en omstandigheden, in het licht van het concrete geval. De methode is, met andere woorden, *inductief* van aard. De beslissing wordt niet gevonden door het (deductief) toepassen van een regel op een geval, maar door het (inductief) zoeken naar en waarderen van de verschillende gezichtspunten of – neutraler – beslissingsfactoren.

Daarnaast worden *normen* soms topisch genoemd. Nieuwenhuis spreekt over een topische norm indien de wettelijke norm geen vereisten voor het intreden van een rechtsgevolg stelt, maar verwijst naar gemeenplaatsen, of vindplaatsen van argumenten.⁹¹ Snijders spreekt in deze gevallen ook wel van een ‘checklistnorm’, een norm die het intreden van een rechtsgevolg afhankelijk maakt van de weging van een aantal *topoi* (gezichtspunten).⁹² Hij gebruikt die term niet alleen in verband met wettelijke normen die naar

86 Barendrecht 1992, p. 189. Vergl. Larenz 1991, p. 147.

87 Barendrecht 1992, p. 190.

88 Wiarda/Koopmans 1999, p. 91-92.

89 Asser-Veegens 2005, nr. 102.

90 Waarbij ik doel op zowel topisch in klassieke, als in moderne zin.

91 Nieuwenhuis 2007a, p. 81-82. Hij noemt als voorbeeld art. 6:233 aanhef en sub a BW. Anders Snijders 1995, p. 53 (voetnoot 105), die meent dat de topische of checklistnorm wel degelijk een variant is van de klassieke (voorwaarden)norm. De norm verwijst weliswaar niet zelf naar voorwaarden voor het intreden van rechtsgevolgen ‘maar voorwaarde voor dat intreden is wel dat de resultante van de *topoi*-analyse het rechtsgevolg rechtvaardigt’.

92 Snijders 1995, p. 25.

meerdere algemene gezichtspunten verwijzen, maar bijvoorbeeld ook voor de 'norm' in het arrest *Saladin/HBU*.⁹³ Anderen associëren dit arrest niet zozeer met een 'topische norm', als wel met een omstandigheden- of gezichtspuntencatalogus. Is in *Saladin/HBU* sprake van – de formulering van – een 'topische rechtsnorm' of van een 'topische rechtsvindingsstechniek'? Het antwoord op die vraag hangt af van de bereidheid om de gezichtspuntencatalogus als 'regel' te beschouwen.⁹⁴

De *vorm* waarin een rechtsnorm is gegoten moet mijns inziens worden onderscheiden van de *techniek* met behulp waarvan de concrete rechtsregel gevonden wordt.⁹⁵ Niet iedere 'topische norm', waarin verwezen wordt naar meerdere – al dan niet algemene⁹⁶ – gezichtspunten en niet naar concrete voorwaarden voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen, leidt steeds tot rechtsvinding met behulp van een gezichtspunten- of omstandighedenencatalogus. Ik geef een voorbeeld. De rechtsnorm van artikel 6:75 BW is onmiskenbaar topisch van aard.⁹⁷ Zij verwijst voor de beoordeling van de overmachtsvraag naar de *topoi* schuld, wet, rechtshandeling en verkeersopvatting, en maakt niet zonder meer duidelijk aan welke concrete voorwaarden voldaan moet worden, wil een beroep op overmacht slagen. De techniek van rechtsvinding aan de hand van artikel 6:75 BW mondt echter niet steeds uit in hantering van een gezichtspuntencatalogus. De schuldenaar die een beroep doet op overmacht vanwege het feit dat hij in betalingsonmacht verkeert, zal dat beroep afgewezen zien op grond van de verkeersopvatting dat betalingsonmacht geen overmacht oplevert.⁹⁸ Hij loopt aan tegen een *harde subregel*, die de toepasselijke norm bepaalt. Van 'topische techniek' in de zin van een nadere afweging aan de hand van een omstandigheden- of gezichtspuntencatalogus in het licht van het concrete geval, zoals zojuist omschreven, is in dit geval geen sprake. De beslissing komt (nadat een keuze is gemaakt voor een schijnbaar toepasselijk gezichtspunt) op deductieve wijze tot stand, door toepassing van de harde subregel op het geval. De toegepaste rechtsnorm (art. 6:75 BW) blijft echter

93 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS; waarin de Hoge Raad zelf spreekt van de 'waardering van tal van omstandigheden'.

94 Zie daarover nader Asser-Veegens 2005, nr. 102 (p. 233) en § 7.6.3.

95 Vergl. Viehweg 1974, p. 35, die in dit verband onderscheid maakt tussen *Topik erster Stufe* en *Topik zweiter Stufe*.

96 Niet alle 'gezichtspunten' waarnaar in zogenaamde 'topische normen' wordt verwezen zijn even algemeen van aard. In het door Nieuwenhuis genoemde voorbeeld (art. 6:233 aanhef en sub a BW) wordt de rechtsvinder bijv. verwezen naar: de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Het gaat daarbij dus niet zozeer om *topoi* in de klassieke zin (gezichtspunten van algemene aard, die in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar worden aanzien).

97 In de moderne zin van het woord. De norm verwijst naar verschillende 'vindplaatsen van argumenten'.

98 Zie nader § 7.6.2. sub *iv*).

onverminderd topisch van aard, omdat de juridische vraag wordt beantwoord met behulp van één van de *topoi* (de verkeersopvatting) in de norm.⁹⁹

Ik hanteer in het navolgende het begrip ‘topische norm’ voor een norm die verwijst naar één of meerdere – al dan niet algemene – gezichtspunten, en noem al die gezichtspunten voor het gemak ‘topoi’. Voor het vinden van de concrete rechtsregel dient het *topos*, of één der *topoi* waarnaar wordt verwezen, nader geconcretiseerd te worden. Dat kan gebeuren door middel van wat wel ‘topische techniek’ wordt genoemd. Ik doel daarmee op rechtsvinding – in ons geval ‘concretisering van de verkeersopvatting’ – met behulp van een afweging aan de hand van een omstandigheden- of gezichtspunten-catalogus. Concretisering kan echter ook op andere wijzen geschieden.¹⁰⁰ Hantering van een catalogus van gezichtspunten of omstandigheden is kortom één van de technieken om een *topos* nader te concretiseren, maar niet de enige techniek.¹⁰¹

In het navolgende komt niet zozeer de ‘topische rechtsvindings-techniek’ – rechtsvinding door middel van hantering van een gezichtspunten- of omstandighedencatalogi ter concretisering van een gezichtspunt – aan de orde,¹⁰² maar bespreek ik het *topische karakter* van het begrip verkeersopvatting. Het gaat hierna met andere woorden om haar rol in ‘topische normen’ en om het topische karakter van de verkeersopvatting zelf.

4.5.2 De verkeersopvatting; klassiek *topos* of *topisch*?

Is de verkeersopvatting een *topos*, een gezichtspunt van algemene aard in de klassieke zin zoals Aristoteles het bedoelde? Of gaat het hier om een gezichtspunt in de moderne zin van het woord, om – wat ik maar zal noemen – een topisch begrip; een gezichtspunt dat noopt tot dialectiek, tot een afwegingsproces van argumenten voor- en tegen een bepaalde beslissing?

Het antwoord is niet eenvoudig, omdat van beide sprake kan zijn. In hoofdstuk 3 besprak ik de verschillende verschijningsvormen van de verkeersopvatting.¹⁰³ We zagen dat de verkeersopvatting soms onmiddellijk evident

99 In de Duitse dogmatiek wordt daarom wel onderscheid gemaakt tussen *Topik erster Stufe* en *Topik zweiter Stufe*. Zie Viehweg 1974, p. 35. Zie ook Larenz 1991, p. 146.

100 Bijvoorbeeld door – al dan niet hypothetische – gevalsvergelijking of door het aannemen van precedentwerking van eerder gevonden subregels, zie nader § 7.6.

101 Volgens Röthel (2004, p. 143) kan de topiek zelfs in het geheel niet als een ‘methode’ of ‘techniek’ worden beschouwd, omdat zij noch een logische gedachtegang voorschrijft, noch criteria biedt voor de keuze tussen argumenten of het onderscheiden van doorslaggevende argumenten. Het nut van de topiek is volgens haar gelegen in het boven tafel halen van de *Konkretisierungsargumente* en hun samenhang. Zij is zodoende slechts behulpzaam bij het voldoen aan het gebod om een beslissing rationeel te onderbouwen. Vergl. Larenz 1991, p. 147 en Barendrecht 1992, p. 188.

102 Zie daarover nader § 7.6.3.

103 § 3.5.

en kenbaar is en een algemene geaccepteerde mening weergeeft. In die verschijningsvorm is sprake van een *topos* in de klassieke zin van het woord. De verkeersopvatting is echter niet steeds onmiddellijk evident en kenbaar. Wij zagen in hoofdstuk 2 immers dat zij in rechte juist een rol speelt in twijfelgevallen. Het begrip is dan een aanknopingspunt voor het vinden van ongeschreven recht, en ‘topisch’ in de moderne zin van het woord. Het begrip verkeersopvatting verwijst in die gevallen naar een ‘vindplaats voor argumenten’ – welke argumenten, om de verwarring compleet te maken, ook weer *topoi* worden genoemd – en de gevonden verkeersopvatting (haar derde verschijningsvorm) zal het resultaat zijn van een dialectische afweging van verschillende argumenten, gezichtspunten en omstandigheden.

De verkeersopvatting is dus soms een *topos* in klassieke zin en soms *topisch* van aard – in moderne zin (het resultaat van een afwegingsproces van argumenten (*topoi* in moderne zin) voor en tegen een bepaalde beslissing). In beide varianten leidt rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting echter tot een zoekproces naar de oplossing voor een concreet juridisch geschil met behulp van een algemeen aanvaard gezichtspunt waaraan binnen het recht gezag toekomt.¹⁰⁴ De ene keer is dat algemeen aanvaarde gezichtspunt op voorhand evident en kenbaar, de andere keer zal het – uiteindelijk gevonden en doorslaggevende – gezichtspunt (de verkeersopvatting) het resultaat zijn van een rechtsvindingsproces. Steeds wordt echter gezocht naar ‘opvattingen over datgene wat behoort’.¹⁰⁵ Van de verkeersopvatting kan – evenals bij uitstek van gedragsnormen – gezegd worden dat zij de ‘opvatting over wat behoort’ behelst.¹⁰⁶

Topoi, zowel in de zin van algemene gezichtspunten als in de modernere – ruimere – variant van ‘vindplaatsen van argumenten’, bezitten een aantal eigenschappen die de methode van rechtsvinding en de wijze van motivering van de beslissing beïnvloeden.¹⁰⁷ Ik bespreek deze kenmerken voor zover zij voor het vinden van de verkeersopvatting relevant zijn. Een aantal van de eigenschappen die samenhangen met het topische karakter van de verkeersopvatting (zoals haar algemene aard en relatieve betekenis) worden deels elders besproken en zullen hier alleen kort aan de orde komen.

Een *topos* als de verkeersopvatting is – in al haar verschijningsvormen – een *gezichtspunt van algemene aard*, met een *relatieve betekenis*, dat zich steeds op een bepaalde manier *verhoudt tot andere gezichtspunten (topoi)*. Het zijn deze drie kenmerken die ik hier nader zal bespreken.

104 Zie ook: Van Gerven en Leyten 1977, p. 30; Smith 2007, p. 98.

105 Barendrecht 1992, p. 189.

106 Zie § 3.4.2, waarbij nogmaals aangetekend zij dat het niet gaat om opvattingen over hoe men zich behoort te *gedragen*, maar om ‘andere opvattingen over behoren’; om *normatieve niet-gedragsnormen*.

107 Smith 2007, p. 99 spreekt in dit verband van de *heuristische en legitimerende functie* die *topoi* in het redeneren vervullen.

4.5.3 Gezichtspunt van algemene aard

Bij de verkeersopvatting gaat het veelal om een gezichtspunt met een zekere vanzelfsprekendheid; een gezichtspunt waarover een zekere mate van consensus bestaat.¹⁰⁸ In die zin kan gesproken worden van een *gezichtspunt van algemene aard*.

Deze consensus en vanzelfsprekendheid zijn het duidelijkst daar waar het gaat om onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvattingen.¹⁰⁹ Zij zijn daarom evident en kenbaar omdat over die opvattingen in het verkeer een zeer brede consensus bestaat. Als voorbeeld kan weer dienen de opvatting dat een huis als incompleet moet worden beschouwd zonder voordeur, zodat naar de opvatting in het verkeer een voordeur bestanddeel is van het huis. Ploeger spreekt in dit verband over 'een maatschappelijke consensus die de wetgever de verkeersopvatting noemt'.¹¹⁰

Voor de verkeersopvatting die niet onmiddellijk evident en kenbaar is, maar meer wordt gehanteerd als aanknopingspunt voor rechtsvinding,¹¹¹ geldt eveneens dat het gaat om een – op dialectische wijze gevonden – gezichtspunt van algemene aard. De verkeersopvatting bezit immers steeds een objectiverend aspect.¹¹² Het gaat om de vraag wat *men* binnen de samenleving vindt dat behoort. De individuele opvatting van één van partijen of van de rechter is nooit verkeersopvatting. Steeds dient gezocht te worden naar een gezichtspunt van algemenere aard dan het eigen gezichtspunt. Ook hier geldt dat een zekere consensus bestaat of verondersteld moet worden, hoewel die consensus minder breed zal zijn dan bij evidente verkeersopvattingen het geval is. Zie over de problemen met betrekking tot consensus nader § 6.4.2.1.

Één kanttekening is nog op zijn plaats wat betreft de algemene aard van het *topos* verkeersopvatting. Zij ziet steeds op een specifiek juridisch vraagstuk en is in die zin niet onbeperkt algemeen van aard.¹¹³ Daarmee bedoel ik dat het niet gaat om willekeurige opvattingen, maar om juridisch relevante verkeersopvattingen over bepaalde – civielrechtelijke – geschillen. In dit verband lijkt het juister de verkeersopvatting aan te duiden met wat Smith noemt een: *eigen plaats*, een gezichtspunt of opvatting die voor een specifiek rechtsgebied of een specifieke rechtsvraag geldt, dan als *gemeenplaats*, een gezichtspunt dat op alle (rechts)gebieden geldt.¹¹⁴

108 Van Gerven en Leyten 1977, p. 32 en Wiarda/Koopmans 1999, p. 92. Vergl. over consensus Barendrecht 1992, p. 230-231 e.v.

109 Zie § 3.5.1 en 6.4.2.2.

110 Ploeger 1997, nr. 47.

111 Zie § 3.5.2.

112 Zie § 6.4.2.

113 Zie hierna § 4.5.4.2. en § 7.7.2. sub i).

114 Smith 1998, p. 42-43; Smith 2007, p. 100.

4.5.4 Relatieve betekenis

De verkeersopvatting is bij uitstek een gezichtspunt van algemene aard dat slechts relatieve betekenis heeft. Evenmin als andere *topoi* is de verkeersopvatting een volstrekte waarheid. De aantrekkingskracht van de topiek is gelegen in juist dit feit, dat de gezichtspunten nooit meer dan een relatieve betekenis hebben.¹¹⁵ De éne keer zal het éne gezichtspunt de doorslag geven, de andere keer het andere. Deze wisselwerking tussen de verschillende *topoi* zal, vanwege haar belang voor de topische rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting, uitgebreid worden behandeld in de volgende paragraaf. Op deze plek bespreek ik twee andere aspecten van de relatieve betekenis van *topoi*. Enerzijds zijn *topoi* zoals de verkeersopvatting gebonden aan een bepaalde tijd (en plaats) en anderzijds zijn zij gebonden aan een bepaalde vraag; aan een concrete – in onze gevallen juridische – vraag.

4.5.4.1 Het gezichtspunt is tijdgebonden

De verkeersopvatting is tijdgebonden en daarom altijd relatief. Dit houdt verband met het intrinsiek veranderlijke karakter van de verkeersopvatting.¹¹⁶ De verkeersopvatting kan wijzigen, in die zin dat aan eenzelfde complex van feiten en omstandigheden in verschillende tijdsperiodes een andere juridische kwalificatie en daardoor ook een ander rechtsgevolg kan worden verbonden.

Een illustratief voorbeeld van een tijdgebonden verkeersopvatting is te vinden in de overwegingen van de Rechtbank te Haarlem uit 1948 ten aanzien van een aantal sanitaire en verwarmingsvoorzieningen:¹¹⁷

‘dat het nu naar het inzicht van de rechtbank in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is, dat wanneer een huis wordt ontruimd hetzij door den eigenaar, hetzij door een huurder of anderen gebruiker het sanitair, voorzover dat bestaat uit een los bad, een geijser en vaste wastafels, wordt medegenomen, tenzij het uitdrukkelijk aan den nieuwen bewoner apart wordt verkocht.’

Evenzo oordeelde het Hof te Arnhem,¹¹⁸

‘dat naar verkeersopvatting in het algemeen vaste wastafels niet worden beschouwd als een eenheid vormende met het perceel, doch dat het anders ligt in gevallen als hier, waar het een fonteinbak betreft in een W.C.’

¹¹⁵ Wiarda/Koopmans 1999, p. 92 spreekt in dit verband van een ‘subjectieve inslag’.

¹¹⁶ Zie uitgebreider § 4.3.

¹¹⁷ Rb. Haarlem 27 januari 1948, NJ 1948, 567 (*Mr. Brink q.q./Mulder*).

¹¹⁸ Hof Arnhem 30 december 1952, NJ 1953, 291 m.nt. Hijmans van den Bergh in AA 1953/3, p. 110-112. Tegen dit arrest is cassatieberoep ingesteld, welk beroep heeft geresulteerd in het *Stafmateriaalarrest* uit 1954.

In de jaren '40 en '50 was de vaste wastafel kortom – anders dan de naam doet vermoeden – naar verkeersopvatting *geen* bestanddeel van de onroerende zaak, maar een zelfstandige roerende zaak. Voor het fonteinbakje in de wc gold dit echter niet. Dat was in de jaren '50, net als nu, een bestanddeel van de woning. Inmiddels is de vaste wastafel van 'luxegoed' geworden tot een 'gewone zaak', die in geen enkel modern huis ontbreekt en die men niet langer 'onder de arm neemt' bij een verhuizing naar een nieuwe woning.

Hier zien wij een verkeersopvatting die in de loop van de tijd aan verandering onderhevig is geweest. Die verandering is niet ingegeven door technische ontwikkelingen. De 'vaste wastafel' is nog even vast (of los) gemonteerd als een halve eeuw geleden. De verandering in opvatting is het gevolg van een verandering in *perceptie* en de in het maatschappelijk verkeer levende *verwachtingen* omtrent de aanwezigheid van vaste wastafels in woningen.¹¹⁹

Overigens moet de veranderlijkheid van ongeschreven recht vermoedelijk gerelativeerd worden. Evenals ander ongeschreven recht blijken ook verkeersopvattingen vaak verbazingwekkend stabiel.¹²⁰

4.5.4.2 Het gezichtspunt is rechtsvraaggebonden

De topiek of *kunst van het vinden*,¹²¹ gedijt steeds binnen de discussie en de gevonden premissen zijn het resultaat van de dialectiek van vóór en tegen.¹²² Daarbij draait het steeds om argumenten vóór en tegen een bepaalde oplossing van een specifieke rechtsvraag.¹²³ De verkeersopvatting vormt het *topos*, of één van de *topoi*,¹²⁴ bij de beantwoording van een specifieke juridische vraag met betrekking tot een specifiek complex van feiten en omstandigheden.¹²⁵ Die kwalificatie geschiedt steeds met het oog op bepaalde – gewenste of juist niet gewenste – rechtsgevolgen.¹²⁶ Niet voor niets wijst met name Viehweg dan ook, onder verwijzing naar de topiek zoals ontwikkeld door Aristoteles, op de *probleemgebondenheid* van de topiek.¹²⁷

119 Zie ook § 4.3.1.

120 Zie ook § 4.3.1 en de opmerkingen van Nieuwenhuis (2007a, p. 20) en Van den Brink (2002, p. 130).

121 Ik duid hier zowel op de topiek in klassieke zin (de kunst van het vinden van een oplossing aan de hand van algemene gezichtspunten die aan verschillende redeneringen ten grondslag kunnen worden gelegd) als de topiek in moderne zin (de kunst van het vinden van een oplossing na een dialectische afwegingsproces).

122 Viehweg 1974, p. 24; Nieuwenhuis 2007a, p. 111-112.

123 Zie Viehweg 1974, p. 24 en Nieuwenhuis 2007a, p. 82-83.

124 Het kan daarbij zowel gaan om een *topos* in klassiek als in moderne zin, zie § 4.5.2.

125 De rechtsvraaggebondenheid is nauw verweven met de feitengebondenheid. Zie daarover hierna § 4.6.

126 Zie ook § 2.3.3 en 6.4.1.2. Een verwijzing naar de verkeersopvatting leidt tot een ja-of-nee-beslissing.

127 Viehweg 1974, p. 31 e.v.

‘Der wichtigste Punkt bei der Betrachtung der Topik ist die Feststellung, daß es sich hier um diejenige denkerische Techne handelt, die sich am Problem Orientiert.’

Binnen de topiek staat centraal: de kunst van het vinden van de juiste premisen die in een logische redenering, zoals het syllogistische model, kunnen leiden tot een sluitende conclusie.¹²⁸ Deze conclusie biedt de oplossing voor een specifieke rechtsvraag. *Topoi* of catalogi van *topoi* zijn dus steeds *rechtsvraaggebonden*.¹²⁹ Met *rechtsvraaggebonden* bedoel ik dat het algemene gezichtspunt door de specifieke rechtsvraag een scherpe(re) betekenis krijgt, en het gezichtspunt op zijn beurt de rechtsvraag verheldert.¹³⁰ Het gaat dus om de betrokkenheid van het gezichtspunt op de specifieke rechtsvraag en vice versa.

Deze rechtsvraaggebondenheid zien we bij uitstek terug daar waar rechtsvinding plaats vindt aan de hand van de verkeersopvatting. Zowel de in rechte gevonden verkeersopvatting als de onmiddellijk evidente verkeersopvatting geldt slechts voor een specifiek juridisch probleem; welke juridische kwalificatie te koppelen aan een bepaald complex van feiten en omstandigheden (*Tatbestand*) met het oog op een specifieke rechtsvraag. Per rechtsvraag die voorligt biedt de verkeersopvatting aanknopingspunten voor de beslissing. Deze aanknopingspunten kunnen van vraag tot vraag verschillen. Zoals ik hiervoor heb laten zien spelen bijvoorbeeld binnen het leerstuk van de bestanddeelvorming tenminste twee vragen een rol: *i)* maakt een zaak onderdeel uit van een andere zaak, en *ii)* welke van de oorspronkelijke zaken is hoofdzaak?¹³¹ Beide rechtsvragen worden aan de hand van verschillende *topoi* beantwoord.

De rechtsvinder die zich bezig houdt met de invulling van verkeersopvattingen doet er kortom goed aan zich haar rechtsvraaggebondenheid te realiseren. Hij zal per leerstuk, en daarbinnen zelfs per niveau van de vraag,¹³² en voorts per soort situatie, moeten zoeken naar relevante aanknopingspunten voor de invulling van die verkeersopvatting. Daardoor krijgt hij scherper voor ogen *welk* complex van feiten en omstandigheden ter beoordeling voorligt, ter beantwoording van *welke* juridische kwalificatievraag.¹³³ Het wekt geen verwondering dat de topische benadering van juridische problemen vooral in de belangstelling staat in tijden van aandacht voor met name casuïstiek en buitenwettelijk recht.¹³⁴

128 Viehweg 1974, p. 32 en 40. Zie ook § 7.9.

129 Zie Gerven en Leijten 1977, p. 34 en Viehweg 1974, p. 31 en 41.

130 Zo ook Van Gerven en Leyten 1977, p. 40.

131 Zie ook § 4.4.3.

132 Zie over deze niveauverschillen § 4.4.2 en 4.4.3.

133 Zie over de verstrengeling van de verkeersopvatting met de feiten nader § 4.6.

134 Wiarda/Koopmans 1999, p. 92.

4.5.5 Systeem van onderling communicerende vaten

De verkeersopvatting is een gezichtspunt¹³⁵ met relatieve betekenis. Die relatieve betekenis is niet alleen gelegen in haar algemene aard en tijd- en rechtsvraaggebondenheid. Zij hangt ook samen met het feit dat bij de beoordeling van juridische vragen de éne keer het éne gezichtspunt de doorslag zal geven, en de andere keer het andere.¹³⁶ Dit geldt zowel voor de gezichtspunten genoemd in topische normen (*Topik erster Stufe*) als voor gezichtspunten opgesomd in een omstandigheden- of gezichtspuntencatalogus (*Topik zweiter Stufe*).¹³⁷ In deze relatieve betekenis van de gezichtspunten of *topoi* – in klassieke of moderne zin – is zowel de aantrekkingskracht van de topiek gelegen als een deel van haar problematiek. Nog minder dan andere rechtsvindings technieken lijkt zij houvast, of wat Vranken noemt ‘archimedische punten’,¹³⁸ te bieden voor het achterhalen van de toepasselijke norm. Dit gebrek aan houvast wordt versterkt door het feit dat de verschillende *topoi* geen onderlinge rangorde kennen, de topiek geen logische gedachtegang voorschrijft, en deze rechtsvindings techniek evenmin criteria biedt voor de keuze tussen de verschillende argumenten of het onderscheiden van doorslaggevende argumenten.¹³⁹

Binnen topisch geformuleerde normen – bijvoorbeeld de wetsartikelen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen – vormen de verschillende gezichtspunten of gemeenplaatsen¹⁴⁰ voor argumenten een systeem van onderling communicerende vaten.¹⁴¹ Dat wil zeggen dat de verschillende *topoi* in topisch geformuleerde normen niet los van elkaar staan maar zich tot elkaar verhouden.¹⁴² Over de verkeersopvatting kan dan ook niets zinnigs gezegd worden zonder ook de andere vindplaatsen van argumenten die een rol spelen bij de oplossing van het specifieke juridisch vraagstuk in kaart te brengen en hen te bezien in verhouding tot de verkeersopvatting. Topische rechtsvinding vindt uiteindelijk plaats door alle gevonden argumenten – aan de hand van alle verschillende *topoi* – onderling tegen elkaar af te wegen.¹⁴³

Wat zijn die verschillende vindplaatsen voor argumenten? In deze paragraaf vindt u een algemene schets om de wisselwerking tussen de verkeersopvatting en andere *topoi* te illustreren. Ik bespreek eerst de combinaties van *topoi* – de verkeersopvatting en andere gezichtspunten – in de verschillende wettelijke

135 Een *topos* in klassieke zin of het resultaat van ‘topische rechtsvinding’.

136 Wiarda/Koopmans 1999, p. 92 spreekt in dit verband van een ‘subjectieve inslag’.

137 Zie nader § 4.5.1.

138 Asser-Vranken 1995, nr. 105.

139 Zie daarover ook Röthel 2004, p. 143 en Larenz 1991, p. 147.

140 Beter is het om ten aanzien van de verkeersopvatting te spreken van *eigen plaatsen*, zie § 4.5.3.

141 Zie ook Nieuwenhuis 2007a, p. 84-86.

142 Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van *Topik zweiter Stufe*, ofwel voor de gezichtspunten en omstandigheden die deel uitmaken van een ‘catalogus’.

143 Voor de wijze van afweging biedt de topiek zelf echter weinig aanknopingspunten.

normen waarin naar de verkeersopvatting verwezen wordt (§ 4.5.5.1) en vervolgens de verhouding tussen de verkeersopvatting en het stelsel van de wet (§ 4.5.5.2). Ten slotte maak ik een korte opmerking over – het gebrek aan – rangorde tussen de *topoi* (§ 4.5.5.3).

4.5.5.1 Combinaties met andere *topoi*

Een verwijzing naar de verkeersopvatting is vaak te vinden in topisch geformuleerde rechtsnormen. Dit zijn wettelijke bepalingen die, anders dan ‘klassieke rechtsnormen’,¹⁴⁴ geen *vereisten* bevatten waaraan voldaan moet zijn wil een bepaald rechtsgevolg intreden. Het zijn geen recept-regels;¹⁴⁵ rechtsregels die aangeven aan welke vereisten voldaan moet worden om bepaalde – gewenste – rechtsgevolgen in het leven te roepen.¹⁴⁶ Topisch geformuleerde rechtsnormen zijn *beslissingsregels*¹⁴⁷ die de jurist slechts de *juiste richting wijzen* voor de oplossing van een rechtsvraag. Wiarda spreekt in dit verband van richtingwijzers of wegwijzers.¹⁴⁸

Nieuwenhuis merkt op dat het bij het beoordelen van hetgeen uit de ‘vindplaatsen’ aan argumentatiemateriaal naar voren komt vrijwel steeds gaat om de vraag: ‘meer of minder?’¹⁴⁹ Het gaat bij topische rechtsvinding steeds om de vraag of de verschillende *topoi* of gezichtspunten in een bepaald geval meer of minder relevant zijn en meer of minder gewicht in de schaal leggen. Dat geldt overigens zowel voor het op topische wijze vinden van argumenten die kunnen meewerken aan antwoorden op rechtsvragen die een meer-of-minder antwoord vergen, als voor de ja-of-nee-beslissingen.¹⁵⁰ Bedacht moet worden dat de topiek slechts een soort ‘heuristisch hulpmiddel’ is, behulpzaam bij het boven tafel krijgen van ‘argumentatiemateriaal’. Die argumenten zijn de éne keer behulpzaam bij de bepaling van de omvang van de verplichting tot schadevergoeding (een meer-of-minder-vraag), en de andere keer bij de toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader (een ja-of-nee-vraag).

144 Zie Nieuwenhuis 2007a, p. 81.

145 H. Drion 1973, p. 55-56. Een voorbeeld van een dergelijke recept-regel is art. 3:84 BW: voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.

146 Anders: Snijders 1995, p. 53 (voetnoot 105), die meent dat de topische of checklistnorm wel degelijk een variant is van de klassieke (voorwaarden)norm. De norm verwijst weliswaar niet zelf naar voorwaarden voor het intreden van rechtsgevolgen ‘maar voorwaarde voor dat intreden is wel dat de resultante van de topoi-analyse het rechtsgevolg rechtvaardigt’.

147 Zie over beslissingsregels nader § 7.2.1.

148 Wiarda/Koopmans 1999, p. 90-91. Hij spreekt daar van: ‘beginselen die rechtswaarden vertegenwoordigen die in de rechtsgemeenschap waarvan de rechter exponent is, gelding hebben, zij het dat die gelding geen absolute maar slechts een relatieve is.’

149 Nieuwenhuis 2007a, p. 83. Zie ook Viehweg 1974, p. 42-43.

150 Zie nader § 2.3.3.

In topische normen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen kan bijvoorbeeld de éne keer de aard van de overeenkomst beslissend zijn, terwijl de andere keer juist de verkeersopvatting de doorslag geeft. Daarmee vormen de *topoi* slechts een ‘aanzet’ voor het daadwerkelijke juridische werk: analogie, rechtsverfijning en belangenafweging.¹⁵¹ Het is daarom relevant om te weten hoe de verkeersopvatting zich verhoudt tot de andere relevante *topoi* ofwel beslissingscriteria. Hierna volgt een korte schets van de *topoi* die in wisselwerking met de verkeersopvatting een rol spelen in topisch geformuleerde normen. Ik maak daarbij onderscheid tussen het verbintenissen- en goederenrecht.

i) Verbintenissenrecht

In het verbintenissenrecht wordt de verkeersopvatting in wettelijke bepalingen steeds genoemd in combinatie met – vaak wisselende – andere gezichtspunten of vindplaatsen voor argumenten. Een duidelijk voorbeeld is te vinden in artikel 6:75 BW. Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend:

‘indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt’.

Dit artikel verwijst voor de beoordeling van de toerekenbaarheid van een tekortkoming naar vier *topoi*: schuld, wet, rechtshandeling en verkeersopvatting. Een vergelijkbare combinatie van *topoi* is te vinden in artikel 6:162 lid 3 BW. Daarin wordt voor de toerekening van een onrechtmatige daad verwezen naar schuld, wet en de in het verkeer geldende opvattingen.

De verkeersopvatting wordt in het verbintenissenrecht, kortom, genoemd in combinatie met andere *topoi*. De andere vindplaatsen die – naast schuld, wet, en rechtshandeling – in samenhang met de verkeersopvatting voorkomen, zijn: de aard van de overeenkomst (art. 6:228, 6:229 en 6:258 BW), de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit (art. 6:77 BW), en de omstandigheden van het geval (art. 6:77, 6:228 lid 2 en 6:229 BW). Het begrip ‘verkeersopvatting’ wordt binnen het verbintenissenrecht kortom gebruikt in combinatie met verschillende andere gezichtspunten. De hantering van die gezichtspunten is allerminst eenduidig. De ene keer verwijst de wetgever naar de ‘aard van de overeenkomst’, de andere keer naar ‘de inhoud en strekking van de rechtshandeling’. Het lijkt of de wetgever, afhankelijk van de overige inhoud van het wetsartikel, steeds een greep heeft gedaan in een grabbelton met gezichtspunten en de meest voor de hand liggende *topoi* bij elkaar heeft gegraaid en in de verschillende wetsartikelen heeft opgenomen. Dit alles zonder de formuleringen in de artikelen waarin verkeersopvattingen een rol spelen inhoudelijk te vergelijken. Enige consistentie in de combinatie van verschillende gezichtspunten lijkt te ontbreken.

151 Nieuwenhuis 2007a, p. 90.

Het gebruik van combinaties van *topoi* roept onvermijdelijk vragen op naar de onderlinge verhouding tussen die *topoi*. Die verhouding tussen de verschillende andere vindplaatsen en de verkeersopvatting is vaak onduidelijk. Zo bestaat in de literatuur geen eensgezindheid over de vraag of de verkeersopvatting in artikel 6:75 BW een aanvullende (subsidiare) rol speelt ten opzichte van wet en rechtshandeling of dat het gaat om gezichtspunten van 'gelijke rang'. De begrippen schuld, wet, rechtshandeling en verkeersopvatting in artikel 6:75 BW lijken nevengeschied. Indien een tekortkoming op één van de vier gronden in het artikel aan de wanprestant kan worden toegerekend is er geen sprake van overmacht. Rogmans is van mening dat de verkeersopvatting in artikel 6:75 BW geen subsidiaire rol speelt. Hij spreekt in het kader van de toerekening van een tekortkoming (art. 6:75 BW) van *kenbronnen van een gelijk gewicht*.¹⁵² Andere schrijvers nemen echter aan dat de verkeersopvatting in artikel 6:75 BW een aanvullende (subsidiare) rol vervult.¹⁵³ Hartkamp gaat in ieder geval uit van een subsidiaire rol van de toerekening op grond van risico versus de toerekening vanwege schuld.¹⁵⁴

De vraag is steeds of de verkeersopvatting als vindplaats van argumenten gelijkwaardig is aan andere genoemde vindplaatsen dan wel slechts aanvullend wordt gehanteerd. Dezelfde vraag kan bijvoorbeeld worden gesteld ten aanzien van de naast elkaar genoemde vindplaatsen 'verkeersopvatting' en 'de omstandigheden van het geval'. In artikel 6:77 BW wordt bijvoorbeeld verwezen naar 'de inhoud en strekking van de rechtshandeling', 'de verkeersopvatting' en 'de overige omstandigheden van het geval'. Dit woordje *overige* vinden wij niet terug daar waar op andere plaatsen in de wet wordt verwezen naar de omstandigheden van het geval naast de verkeersopvatting (art. 6:228 lid 2 en 6:229 BW). Het woordje *overige* in artikel 6:77 BW roept onvermijdelijk de vraag op of de verkeersopvatting en de inhoud en strekking van de rechtshandeling tot de omstandigheden van het geval gerekend moeten worden, dan wel of deze twee vindplaatsen in beginsel los staan van de omstandigheden van het geval en naast die omstandigheden een zelfstandig aanknopingspunt vormen voor het vinden van een antwoord op de toerekeningsvraag. Ook in andere topisch geformuleerde artikelen in het verbintenissenrecht, zoals de toerekening van dwaling (art. 6:228 lid 2 BW) en de vernietigbaarheid van voortbouwende overeenkomsten (art. 6:229 BW), is nog onduidelijk hoe de vindplaatsen zich tot elkaar verhouden en welke rol de verkeersopvatting vervult naast andere beslissingsfactoren.¹⁵⁵

152 Rogmans 2007, nr. 51, p. 64.

153 Olthof 2001 (*T&C BW*), art. 6:75 BW, aant. 4. Zie nader § 6.4.3 en 7.5.4.

154 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 322: 'Bij ontbreken van subjectieve verwijtbaarheid (schuld) komt aan de orde of de normschending op grond van de wet, de rechtshandeling of de verkeersopvattingen aan de schuldenaar wordt toegerekend'. Rogmans (2007, nr. 51) gaat eveneens uit van een subsidiaire rol ten opzichte van 'schuld', maar meent dat 'wet', 'rechtshandeling' en 'verkeersopvatting' nevengeschied zijn.

155 Zie ook Rogmans 2007, nr. 63 en 65.

De belangrijkste taak van de rechtstopiek is volgens Nieuwenhuis dan ook gelegen het ‘in kaart brengen van de communicatiestromen binnen een stelsel van vindplaatsen’, zodat de combinatie van vindplaatsen een stelsel wordt.¹⁵⁶ Dit geldt mijns inziens in bijzondere mate in het verbintenissenrecht, nu veel onduidelijkheid bestaat over de onderlinge verhouding tussen de vindplaatsen in deze topisch geformuleerde bepalingen.¹⁵⁷

ii) *Goederenrecht*

In het goederenrecht is de combinatie van de verkeersopvatting met andere gezichtspunten of richtingaanwijzers in de wet op het eerste gezicht minder duidelijk aanwezig. De verkeersopvatting lijkt in veel artikelen vaak het enige beslissingscriterium aan de hand waarvan de rechter tot een oplossing dient te komen. Soms is de verkeersopvatting inderdaad het enige *topos* in de beslissingsregel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de vraag of sprake is van een vrucht (art. 3:9 lid 1 en 2 BW), de vraag voor wie een goed wordt gehouden (art. 3:108 BW) en of een roerende zaak bestemd is om een onroerende zaak duurzaam te dienen (art. 3:254 lid 1 BW). De verkeersopvatting valt in die gevallen samen met de beslissingsregel en *is* in zekere zin de beslissingsregel.¹⁵⁸

In andere gevallen valt ook in het goederenrecht – met enige moeite – een combinatie van gezichtspunten als relevant te ontwaren. Als relevante *topoi* naast de verkeersopvatting kunnen worden genoemd: de waarde van de zaak (art. 5:14 lid 3 BW) en het criterium van de hechte fysieke verbinding (art. 3:4 lid 2 BW). Ten aanzien van de verhouding tussen het criterium van de hechte fysieke verbinding (art. 3:4 lid 2 BW) en de verkeersopvatting (art. 3:4 lid 1 BW) zien we in de literatuur dezelfde verwarring terug als bij vergelijkbare topisch geformuleerde wetsartikelen in het verbintenissenrecht. Onduidelijk is vaak of tussen de vindplaatsen van argumenten genoemd in topische normen een bepaalde rangorde bestaat.¹⁵⁹

156 Nieuwenhuis 2007a, p. 83 e.v.

157 Mijn eigen mening komt nader aan de orde in § 6.4.3 en 7.5.4.

158 Dit betekent overigens niet dat in die gevallen *alleen* aan de verkeersopvatting doorslaggevende betekenis toekomt. Dit *topos* wordt ook in die gevallen steeds gehanteerd in de context van het stelsel van de wet. Zie over deze verhouding tussen wet en verkeersopvatting hierna § 4.5.5.2 en 7.5.3.

159 Zie over de verhouding tussen lid 1 en 2 van art. 3:4 BW nader § 6.4.3.3 en de daar genoemde literatuur, en over de verhouding tussen verkeersopvatting en het waardecriterium in art. 5:14 lid 3 BW bijv. Wichers 2002, p. 127. Zij komt tot de conclusie dat de verkeersopvatting prevaleert en dat een verwijzing naar het waardecriterium zelfs achterwege had kunnen blijven. Zo ook Fesevur 2005, p. 47. Snijders-Rank Berenschot 2007, nr. 283 formuleert het voorzichtiger en houdt het er in de nieuwste druk op dat de verkeersopvatting de doorslag ‘lijkt’ te geven.

4.5.5.2 Verhouding tot het stelsel van de wet

Hoewel een topische wijze van rechtsvinding steeds *specifiek probleemgebonden* is, wil dit *niet* zeggen dat deze vorm van rechtsvinding *systeemgebonden* zou zijn. In die zin bestaat er geen tegenstelling tussen probleemdenken en systeemdenken. Sterker nog, tussen probleem en systeem bestaat een onontkoombare vervlechting.¹⁶⁰ Opmerking daarbij verdient dat onder 'systeem' niet moet worden verstaan 'het rechtssysteem' als geheel, maar ieder groter of kleiner samenstel van regels.

'Das Problem wird durch entsprechende Umformulierung in einen vorgegebenen mehr oder weniger expliziten und mehr oder weniger umfänglichen Ableitungszusammenhang gebracht, aus welchem die Antwort erschlossen wird. Nennt man einen Ableitungszusammenhang ein System, könnte man in noch kürzerer Sprechweise sagen, daß das Problem zum Zwecke der Lösung in ein System eingeordnet wird.'¹⁶¹

Voor het vinden van de oplossing op een vraag die meerdere antwoorden toelaat, knoopt men noodzakelijkerwijs aan bij een voorlopig begrip, '*ein vorläufiges Verständnis*'.¹⁶² Alleen zo verschijnt een zinnige vraag, te weten: kan het probleem in dit systeem ingepast worden teneinde de oplossing te vinden?

Staat het systeem waarin het probleem wordt ingebed geen oplossing toe, dan zal een alternatief systeem – een andere *Ableitungszusammenhang* – gevonden moeten worden, dat een oplossing wel toestaat. Kortom, de inzet op het systeem heeft een probleemdefiniëring tot gevolg, terwijl de inzet op het probleem een systeemdefiniëring veroorzaakt en voert tot een pluraliteit van systemen.¹⁶³ Topisch denken verhindert zodoende dat het systeem zelf in plaats van de oplossing van het probleem als einddoel wordt beschouwd. Een topische wijze van argumenteren voegt aan het systeem nieuwe elementen, *neue Inventionen*, toe en voorkomt zo dat het systeem zich sluit.¹⁶⁴

Het is dan ook zaak om aan de hand van *topoi* de verschillende, en liefst alle,¹⁶⁵ gezichtspunten vóór en tegen boven tafel te krijgen. Taak van de moderne rechtstopiek is daarbij volgens Nieuwenhuis, zoals gezegd, het in kaart brengen van de communicatiestromen binnen een stelsel van vindplaatsen.¹⁶⁶ Die vindplaatsen van argumenten zijn niet alleen te vinden in de andere door de wetgever genoemde *topoi* (zie de vorige paragraaf) maar ook in – het

160 Viehweg 1974, p. 32.

161 Viehweg 1974, p. 33.

162 Viehweg 1974, 33.

163 Viehweg 1974, p. 33.

164 Van Gerven en Leyten 1977, p. 39 en 66.

165 Van Gerven en Leyten 1977, p. 52.

166 Nieuwenhuis 2007a, p. 87.

systeem van – de overige wettelijke bepalingen. Een ‘topische norm’ staat niet op zichzelf, maar verhoudt zich tot andere wetsartikelen. Zo houdt artikel 6:75 BW nauw verband met de daarop volgende artikelen 6:76 en 6:77 BW. Deze artikelen geven een nadere invulling aan het in artikel 6:75 genoemde *topos* van de wet.

Heel duidelijk te zien is die verhouding tussen het *topos* verkeersopvatting en de overige wettelijke bepalingen in artikel 3:108 BW, waarin de wetgever aan de rechter nadere aanknopingspunten biedt voor de beslissing van de vraag of iemand een goed voor zichzelf houdt of voor een ander.¹⁶⁷ De rechter moet die vraag beoordelen naar:

‘verkeersopvatting (...) met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.’ [cursivering PM]

Ook indien de verkeersopvatting het enige *topos* is dat de rechter voor de beslissing ter beschikking staat,¹⁶⁸ is zij derhalve nog niet een volledig zelfstandig of autonoom te hanteren beslissingscriterium. De gevonden oplossing zal immers steeds moeten passen in het systeem van het recht en dat wordt grotendeels bepaald door de wettelijke bepalingen. De verkeersopvatting verhoudt zich kortom steeds tot de overige wettelijke regels en het wettelijk systeem.

Dat geldt niet alleen daar waar de wetgever expliciet op die relevantie van andere wettelijke bepalingen wijst. Wichers merkt hetzelfde op met betrekking tot vragen over het zaaksbegrip:¹⁶⁹

‘Voor een op de verkeersopvatting georiënteerde interpretatie van een begrip vormt de wet het referentiekader bij uitstek. De wet geeft dan ook bepaalde aanknopingspunten voor het opsporen van de verkeersopvatting in het concrete geval. Waar bijvoorbeeld de eigendom in art. 5:1 BW wordt omschreven als het recht om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak “gebruik” te maken, ligt het in de rede om bij vragen over het zaaksbegrip op het gebruik dat in het verkeer van de zaak wordt gemaakt af te stemmen.’

In het verbintenissenrecht zien we eenzelfde aanpak terug bij Sieburgh, daar waar zij zoekt naar aanknopingspunten voor de invulling van de verkeersopvatting bij de toerekening van onrechtmatige daden. Zij benadrukt dat de verkeersopvatting bij die toerekeningsvragen een tussenpositie vervult tussen de toerekening van eigen gedragingen op grond van schuld en de risicotoereke-

¹⁶⁷ Zie ook nader § 7.5.3.

¹⁶⁸ Volgens de parlementaire geschiedenis spelen de uiterlijke feiten en de regels van titel 5 van boek 3 een rol, maar geschiedt de beoordeling primair aan de hand van de verkeersopvatting. Hier is dan ook sprake van slechts één *topos*.

¹⁶⁹ Wichers 2002, p. 36.

ning op grond van een wettelijke kwalitatieve aansprakelijkheid.¹⁷⁰ De reikwijdte en inhoud van de geschreven wettelijke regels geven dan ook – mede – richting aan het toepassingsbereik en de inhoud van de verkeersopvatting.¹⁷¹

Niet alleen moet dus in kaart gebracht worden wat de verhouding is tussen de verkeersopvatting en andere in de wet genoemde *topoi*, maar daarnaast ook wat haar verhouding is tot het stelsel van de wet.

4.5.5.3 (Geen) rangorde?

Inherent aan topische rechtsvinding is dat een rangorde tussen de verschillende *topoi* – in beginsel en op voorhand – niet te geven is. De relevante *topoi* en hun rangorde zijn immers rechtsvraag- en feitengebonden en hun waarde moet aan het probleem worden getoetst.¹⁷² Een dwingende rangorde tussen verschillende *topoi* zou bovendien ‘een buitenwettelijk gesloten systeem in stand roepen, dat minstens even star zou werken als het wettelijke’.¹⁷³ De probleemgebondenheid zorgt ervoor dat de topiek een bemiddelaarsrol vervult tussen enerzijds de bijzondere omstandigheden van het geval en anderzijds de algemeen aanvaarde opvattingen over wat bijvoorbeeld redelijk en billijk is.¹⁷⁴ Die bemiddelaarsrol vervult de topiek niet alleen bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid, maar ook bij ‘andere opvattingen over behoren’, zoals verkeersopvattingen. Zo slaat de topische rechtsnorm een brug tussen het specifieke probleem met zijn feiten en omstandigheden en de algemene gezichtspunten; de opvattingen in de maatschappij.

Valt er niets anders te zeggen over de rangorde tussen de verkeersopvatting en andere *topoi* dan dat die rangorde probleemgebonden is? Neen, er valt meer te zeggen. Hierna zal blijken dat de verkeersopvatting – anders dan de redelijkheid en billijkheid – slechts een *aanvullende functie* vervult in ons rechtssysteem.¹⁷⁵ Dit gegeven, dat sprake is van een aanvullende werking van de verkeersopvatting, heeft gevolgen voor de wijze waarop wij dit gezichtspunt hanteren. Het *topos* wet zal dan immers voor gaan boven de verkeersopvatting.¹⁷⁶

4.6 VERSTRENGELING MET DE FEITEN

Recht spreken aan de hand van de opvatting in het verkeer houdt steeds een juridische kwalificatie in van een concreet complex van feiten en omstandig-

170 Sieburgh 2000, p. 216-218 en 221.

171 Zo ook Sieburgh 2000, p. 217.

172 Van Gerven en Leyten 1977, p. 66.

173 Van Gerven en Leyten 1977, p. 67.

174 Nieuwenhuis 2007a, p. 89.

175 § 6.4.3.

176 Ik kom op die gevolgen terug in § 7.5.4.

heden, aan de hand van een algemeen gezichtspunt (de verkeersopvatting). Wichers noemt de verkeersopvatting, zowel in het goederenrecht als in het verbintenissenrecht, 'een norm voor een juridische waardering van een feitelijke situatie'.¹⁷⁷ Met behulp van de verkeersopvatting *kwalificeert* men de feiten en omstandigheden; zij giet als het ware een 'juridisch sausje' over die feiten en omstandigheden. De beslissing aan de hand van de verkeersopvatting is toegesneden op het individuele geval.¹⁷⁸ De feiten en omstandigheden spelen een overheersende rol, juist *omdat* het bij hantering van de verkeersopvatting steeds gaat om juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden, en niet zozeer om de formulering van een gedragsnorm. Onbesproken gebleven is tot nu toe de – mate van – verstrengeling van de verkeersopvatting met de feiten en omstandigheden van het geval en de problemen die dit met zich brengt. Ik illustreer allereerst met voorbeelden de verstrengeling van de verkeersopvatting met de feiten (§ 4.6.1) en schets vervolgens de daarmee samenhangende rechtsvindingsproblemen (§ 4.6.2).

4.6.1 Voorbeelden van de verstrengeling

De verkeersopvatting in het concrete geval is steeds zeer verstrengeld met de feiten en omstandigheden van dat geval. Zijn de feiten en omstandigheden anders dan kan (en zal) de verkeersopvatting (en ook het rechtsgevolg) vaak anders luiden.¹⁷⁹ Ik geef een aantal voorbeelden.

De verstrengeling van de verkeersopvatting met de feiten komt in de wet nergens duidelijker naar voren dan in artikel 3:108 BW:

'Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en *overigens op grond van uiterlijke feiten*.'

177 Wichers 2002, p. 32 (maar zie bijv. ook: p. 215). Toch wordt door haar in dit verband wel onderscheid gemaakt tussen het goederen- en het verbintenissenrecht. Wichers spreekt van de vaststelling van 'rechtsfeiten' in het goederenrecht, en van de vaststelling van 'de inhoud van de rechtsregel' in het verbintenissenrecht. (Vergl. Rossel 1994, p. 339). Deze voorstelling van zaken, die een onderscheid in inhoud van het begrip verkeersopvatting impliceert, is mijns inziens niet correct. Binnen beide rechtsgebieden is de rechtsnorm open aan de feitenzijde en gaat het om de vaststelling van 'rechtsfeiten' (zie § 6.4.1.1). In het goederenrecht betreft het de invulling van begrippen als bestanddeel, vrucht en bezit, en in het verbintenissenrecht van begrippen als toerekenbaar, eigen schuld en overmacht. De kwalificatie van de feiten vindt plaats aan de hand van een *opvatting omtrent behoren*; ofwel een regel van ongeschreven recht (waarvan de inhoud dan ook nader wordt vastgesteld), zie § 3.4.2.

178 Zie in deze zin over open normen in het algemeen Barendrecht 1992, p. 161. Eerder sprak ik van 'maatwerk in plaats van confectie', zie § 2.4.2.

179 'In de feiten ligt het recht', zie Asser-Scholten 1974, p. 120 en Smith 1998, hoofdstuk 4.

Met de woorden ‘de navolgende regels’ wordt volgens de parlementaire geschiedenis gedoeld op de artikelen 3:109 tot en met 3:117,¹⁸⁰ die de kwestie echter ‘uit de aard der zaak’ niet uitputtend kunnen regelen.¹⁸¹ Vandaar dat de wetgever de rechter verwijst naar de ‘verkeersopvatting’ die geldt ten aanzien van de *uiterlijke feiten*. Het verschil tussen bezit en houderschap zit in de uiterlijke feiten. De gaste die in het 3-sterren restaurant de zilveren servetring in haar handtas laat verdwijnen, wordt juridisch gekwalificeerd als bezitter.¹⁸² De promovenda die in de bibliotheek van het Kamerlingh Onnesgebouw in Leiden een boek van de plank haalt, de streepjescode in het boek en op haar bibliotheekpas laat scannen en het boek in haar tas laat verdwijnen, wordt juridisch gekwalificeerd als houder. De twee complexen van feiten zijn vergelijkbaar. In beide gevallen verdwijnt een roerende zaak in de tas van een vrouw. Toch zijn er verschillen, gelegen in bijvoorbeeld de plaats van handeling (restaurant versus bibliotheek) en de feitelijke gebruiken die ter plaatse gelden (zo gebruikelijk als het is om uit een bibliotheek een boek mee naar huis te nemen, zo ongebruikelijk is het om in een restaurant hetzelfde te doen met een zilveren servetring). Daarnaast speelt uiteraard de – uiterlijk kenbare – intentie waarmee de zaak in de tas verdwijnt een rol. De vrouw in het restaurant zal ‘stiekem’ handelen in een onbewaakt ogenblik, de promovenda in de bibliotheek handelt in alle openheid.

Het tweede voorbeeld komt uit het verbintenissenrecht. In het arrest Spruijt/Tigchelaar¹⁸³ oordeelde de Hoge Raad dat de diefstal van een huurauto, die voor korte tijd werd gehuurd door een natuurlijke persoon van een professionele verhuurder, *niet* krachtens verkeersopvatting voor rekening en risico van de huurder kwam. De huurster van de auto kon zich, met andere woorden, beroepen op overmacht ten aanzien van het niet tijdig terug kunnen brengen van de auto. De huurder van een andere huurauto, die de auto wegens een strafrechtelijk beslag evenmin tijdig bij de verhuurder kon inleveren, beriep zich op de regel die was geformuleerd in het arrest Spruijt/Tigchelaar en meende dat ook hij een beroep kon doen op overmacht.¹⁸⁴ In beide zaken betrof het een gehuurde auto die, buiten schuld van de huurder, niet tijdig kon worden ingeleverd bij de verhuurder. Verschillen tussen de twee kwesties zijn er echter ook. In de kwestie betreffende het strafrechtelijke beslag op de auto oordeelde de rechter dat de huurder deze ‘gedurende langere tijd’ tot zijn beschikking zou krijgen en hij overwoog dat geen sprake was van diefstal, maar van beslag. Daarbij achtte hij relevant dat de verhuurder zich

180 Ik laat hier in het midden of beoordeling aan de hand van de verkeersopvatting hoofdregel is en de wetsartikelen aanvullende regels zijn of vice versa. Zie hierover: Rogmans 2007, nr. 40. Zie voor een uitwerking van mijn standpunt nader § 6.4.3.

181 T.M. art. 3:5.2, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 428 en 429.

182 Zij is tevens een *dief*. Die strafrechtelijke juridische kwalificatie is een dubbel normatieve beslissing, de civielrechtelijke kwalificatie als bezitter is enkel normatief.

183 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69 m.nt. P. Abas in *NTBR* 1998/3, p. 85-87.

184 Rb Haarlem 16 juli 2002, *LJN* AE 5326 (*Diks Autoverhuur*).

tegen diefstal kan en ook pleegt te verzekeren, hetgeen niet gebruikelijk is ten aanzien van 'schade uit beslag'. Het beroep op overmacht werd daarom afgewezen.¹⁸⁵ De rechtsvraag is dezelfde, de uitkomst is anders. De gevonden verkeersopvatting is bijzonder gebonden aan de feiten en omstandigheden van het geval.

Een soortgelijke feitengebondenheid van de verkeersopvatting is te zien in het goederenrecht, bijvoorbeeld bij de natrekking door onroerende zaken. Ten aanzien van dezelfde rechtsvraag kan de verkeersopvatting verschillen indien het gaat om een ander complex van feiten en omstandigheden.¹⁸⁶ Zo worden sanitair, keukeninrichting, lichtarmaturen, verwarmingsketels, radiatoren en andere – voorheen roerende – zaken over het algemeen sneller en gemakkelijker nagetrokken door een onroerende zaak,¹⁸⁷ dan bijvoorbeeld de – onroerende – kelder, kamer of ruimte onder of in een naastgelegen gebouw.¹⁸⁸ Hoewel de *maatstaf* (van artikel 3:4 BW) voor beide gevallen hetzelfde is, verschilt de *inhoud* van de verkeersopvatting c.q. wordt zij anders ingevuld al naar gelang het natrekking van een roerende of een onroerende zaak betreft. Bovendien speelt de aard van het gebouw (al dan niet multifunctioneel fabrieksgebouw of gewone woning) een rol bij de beslissing.¹⁸⁹

De gevonden verkeersopvatting en het feitencomplex hangen kortom nauw samen. Het vinden van de verkeersopvatting gaat veelal gepaard met het tegelijkertijd vinden van de relevante feiten en omstandigheden.¹⁹⁰ De vraag hoe de rechtsvinder *de feiten vindt* is dan ook minstens zo belangrijk als de vraag hoe hij de verkeersopvatting vindt. Daarover thans meer.

185 Zie over deze – en andere vergelijkbare – zaken ook § 7.6.2 sub ii) over *distinguishing*.

186 In dit geval is dus niet zozeer sprake van een andere *rechtsvraag*, zie daarover § 4.5.4.2.

187 Zie bijv. HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (*Stafmateriaal*); HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*) en het vervolg daarop van Hof Amsterdam 24 februari 1994, NJ 1994, 707 (de zaaiinstallatie en computer zijn geen bestanddeel, de klimaatcomputer en het verwarmingssysteem wel); Hof 's-Gravenhage 19 mei 1992, NJ 1993, 237 (*Felix/ontvanger*) systeemplafonds zijn bestanddeel; HR 17 september 1993, NJ 1993, 740 (*Reimes/Constandse*) verlichting in fabriekshal is bestanddeel; HR 9 juli 2004, LJN AQ0130 (keuken is bestanddeel van huis).

188 Zie: Hof Den Haag 13 november 1958, NJ 1959, 659 (*bijgetrokken kamer*); Hof Arnhem 3 april 2001, NJ 2001, 470 (*Oude toren te Varik*) m.nt. H.D. Ploeger, JBN 1998, nr. 83; Hof Arnhem 2 oktober 2001, LJN AD4563 (*doorgebroken kelders*); Hof Arnhem 15 maart 2005, LJN AT0957 (*bijgetrokken kamer op eerste verdieping*). Zie ook: Ploeger (*Zakelijke Rechten I*), art. 5:20, aant. 6.1. Anders, en mijns inziens foutief c.q. onvoldoende gemotiveerd, werd beslist door Rb. Maastricht 25 oktober 2001, LJN AE7539.

189 De verschillende verkeersopvattingen binnen de leerstukken overmacht en natrekking en de doorslaggevende factoren daarvoor bespreek ik hier niet. Hier gaat het mij er slechts om de feitengebondenheid van de verkeersopvatting te illustreren.

190 Vergl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 32-33. Vergl. Smith 1998, p. 148. De feiten van het geval spelen volgens de laatste een dubbele rol: 'Zij zijn enerzijds de gegevens *waarover* men oordeelt, maar zij dragen anderzijds bij tot de beslissing.' [cursivering in origineel]

4.6.2 Rechtsvindingsproblemen door feitengebondenheid

De verstrengeling met de feiten van het geval leidt tot verschillende rechtsvindingsproblemen. Duidelijk is dat de verkeersopvatting verstrengeld is met de feiten en omstandigheden van het geval. Een eerste probleem is dat strikt genomen uit de *feiten sec* geen *normen* af te leiden zijn.¹⁹¹ De vraag *hoe* de verkeersopvatting dan wel gevonden wordt komt elders uitgebreid aan bod en laat ik hier rusten.¹⁹²

Een tweede probleem is gelegen in het *selecteren* van de voor de beslissing relevante feiten. De rechtsvinder die een niet onmiddellijk evidente verkeersopvatting wil concretiseren zal moeten nagaan *welke feiten* relevant zijn. Daarbij doet zich een bekend rechtsvindingsprobleem voor. Het betreft het probleem dat de relevante feiten over het algemeen slechts geselecteerd kunnen worden *met het oog op een specifieke regel*.¹⁹³

‘Voor de vaststelling van de feiten van het geval dienen we dus over één of meer rechtsregels te beschikken, krachtens welke bepaalde feiten wél en andere feiten niet relevant zijn.’

Andersom wordt de regel voortdurend *vervormd* totdat hij past op het voorliggende complex van feiten en omstandigheden.¹⁹⁴ Tussen feiten en normen bestaat een wisselwerking, zodat de rechtsvinder gedwongen wordt tot:¹⁹⁵

‘ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt.’

Dit probleem van de cirkel van feit en rechtsregel, of wisselwerking tussen feit en rechtsregel, bemoeilijkt de bepaling van de relevante feiten en omstandigheden, ook (of juist) waar het gaat om beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting. Dit begrip is naar haar aard immers *onbepaald*. Zolang de beslissing omtrent de juridische kwalificatie nog niet is genomen zal de concrete verkeersopvatting veelal niet bekend zijn.¹⁹⁶ De beslissing en de geconcretiseerde verkeersopvatting ten aanzien van de feiten zijn met andere woorden

191 Asser-Scholten 1974, p. 120; Algra 1992, p. 11; Smith 1998, p. 124. Vergl. Reurich 2005, p. 71-72.

192 Zie hoofdstuk 7.

193 Smith 2007, p. 84.

194 Zie over de wisselwerking tussen feiten en norm: Asser-Scholten 1974, p. 120-121; Barendrecht 1992, p. 163-164; Vranken's cirkels: Asser-Vranken 1995, nr. 107-109; Smith 1998, p. 131-132; Van Schilfgaarde 2000, p. 244-247; W.D.H. Asser 2003, p. 44; Smith 2007, p. 83-86.

195 Dit klassiek geworden citaat is van Engisch (*Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg: 1963, p. 14-15).

196 Anders ligt het voor zover de verkeersopvatting onmiddellijk evident en kenbaar is. In dergelijke kwesties wordt echter weer niet of nauwelijks geprocedeerd. Zie nader § 3.5.1.

gelijktijdig duidelijk.¹⁹⁷ Onduidelijk is – in eerste instantie – vaak welke feiten en omstandigheden relevant zullen zijn.

Een goed voorbeeld van dit probleem biedt de vraag in hoeverre het verzekeringsaspect mee moet spelen bij de toerekening van risico's en de verdeling van aansprakelijkheid.¹⁹⁸ Dient het feit dat één der partijen verzekerd was voor bepaalde schade te leiden tot de conclusie dat de schade of het risico aan die partij moet worden toegerekend? Anders gezegd: is de door één der partijen afgesloten verzekering een rechtens relevant feit voor het al dan niet op grond van verkeersopvattingen toerekenen van risico? Met Sieburgh¹⁹⁹ en Rogmans²⁰⁰ ben ik overigens van mening dat het feit dat iemand zich verzekerd is tegen een risico niet impliceert dat hij dat risico naar de in het verkeer heersende opvatting moet dragen. Anders gezegd: een verzekering *schept* geen aansprakelijkheid, maar *dekt* aansprakelijkheid.²⁰¹

Terug naar het probleem van de selectie van de relevante feiten. Hoe kon een rechter in bijvoorbeeld de zaak Spruijt/Tigchelaar (over de diefstal van een huurauto) weten dat de korte duur van de huur, de professionele hoedanigheid van de verhuurder en de niet-professionele hoedanigheid van de huurster, relevant waren voor de beslissing, vóórdat die verkeersopvatting geconcretiseerd was?²⁰² Het antwoord op die vraag is gecompliceerd en vooral rechtsfilosofisch van aard. De één zoekt het antwoord in het veronderstellen van het bestaan van juridisch inzicht (bij leken en juristen), en doelt daarmee niet zozeer op het bestaan van kennis van concrete rechtsnormen, maar op het kennis omtrent 'de rechtsidee'; de idee van de rechtvaardigheid.²⁰³ De ander meent dat de benodigde *Vorverständnis* niet berust op kennis van 'de

197 Deze voorstelling van zaken moet en kan genuanceerd worden. Immers, de *Vorverständnis* van de jurist zal hem leiden naar een – voorlopige – werkbeslissing aan de hand waarvan hij de hermeneutische cirkel kan doorbreken. Zie Asser-Vranken 1995, nr. 109.

198 De discussie werd aangezwengeld door het arrest HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS en Köster in *AA* 1969, p. 429-442 (*Fokker/Zentveld*) en werd gevoerd ter vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1996, n.a.v. het préadvies van Spier & Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

199 Sieburgh 2000, p. 227-230. Zie voor dezelfde en andere meningen ook de daar aangehaalde literatuur.

200 Rogmans 2007, nr. 23. Hij is van mening dat het verzekeringsaspect slechts relevant is voor zover het is geobjectiveerd. Slechts de *verzekeerbaarheid* van risico's is volgens hem rechtens relevant, niet de vraag of in het concrete geval een verzekering is afgesloten. Anders Sieburgh 2000, p. 229-230.

201 A-G. Strikwerda in zijn conclusie sub 20 voor HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 808 m.nt. CJHB (*P./Mr. A.*).

202 Concretisering geschiedde uiteindelijk door de Hoge Raad in HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 69 m.nt. P. Abas in *NTBR* 1998/3, p. 85-87.

203 Zie Smith 1998, p. 132, alwaar hij de theorie van Hruschkla bespreekt.

rechtsidee', maar op onze participatie in de rechtspraktijk, op onze kennis van de gewoonten en gebruiken binnen die rechtspraktijk.²⁰⁴

Algemeen wordt aangenomen dat de cirkelgang tussen feiten en regel wordt doorbroken met behulp van wat wel wordt genoemd een 'voorlopige beslissing' of 'werkbeslissing' aan de hand van *Vorverständnis*; voorkennis en verwachtingshorizon.²⁰⁵ Op basis van zijn globale kennis van het recht zal de rechtsvinder (of leek) komen tot de selectie van zowel de feiten als de toepasselijke regel(s). Hij zal zich een voorlopig oordeel vormen en de juistheid daarvan nader gaan toetsen.

'Er is sprake van een continue proces van beginnen, bijstellen, toespitsen, opnieuw bekijken en uiteindelijk de knoop doorhakken'.²⁰⁶

Vorverständnis van de rechtsvinder, zijn voorkennis en verwachtingshorizon, bepalen in welke richting hij de toepasselijke norm zoekt en welke feiten hij in eerste instantie relevant acht.

Met Smith ben ik van mening dat niet aannemelijk is dat 'gerichtheid op rechtvaardigheid' de rechtsvinder kan helpen bij het selecteren van de relevante feiten.²⁰⁷ Hoewel de rechtsvinder steeds zal streven naar rechtvaardigheid van zijn beslissing, wordt niet duidelijk hoe de – zeer ongrijpbare idee van – rechtvaardigheid behulpzaam kan zijn voor de selectie van de feiten indien er nog geen *geval* is, laat staan een beslissing over dat geval. Meer zie ik in Smith's suggestie om te vertrouwen op de praktische vaardigheid van de rechtsvinder. De geoefende rechtsvinder zal zich bijvoorbeeld realiseren dat de *hoedanigheid van partijen* bij soortgelijke vragen een rol speelt en in het te beoordelen geval waarschijnlijk relevant is voor de beslissing. Ik laat het hier bij deze schets van de problematiek.²⁰⁸

De verkeersopvatting is niet alleen *rechtsvraaggebonden* maar ook zeer *feitengebonden*.²⁰⁹ De geconcretiseerde verkeersopvatting is veelal verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval. Van groot belang is daarom steeds om te achterhalen hoe het complex van feiten en omstandigheden dat ter beoordeling voorligt er uit ziet en welke verkeersopvatting *voor die specifieke situatie* geldt. Het selecteren van de relevante feiten wordt – in gevallen waarin

204 Smith 1998, p. 133 en Smith 2007, p. 85. Deze idee – dat kennis van het 'recht' vooral een praktische vaardigheid is – vinden we ook terug bij Reurich 2005, p. 65, 80-81.

205 Zie daarover ook Larenz 1991, p. 206-211; Asser-Vranken 1995, nr. 106-109; Smith 2007, p. 84-86 en 92-93; Nieuwenhuis 2007b, p. 382. De idee van *Vorverständnis* is uitgewerkt in de Hermeneutiek door de Duitse filosoof Gadamer. Het is Popper die spreekt over een steeds verschuivende 'verwachtingshorizon'.

206 Asser-Vranken 1995, nr. 109.

207 Smith 1998, p. 132; Smith 2007, p. 85.

208 Ik kom daarop nog terug in § 6.4.1.

209 Zie ook § 4.5.4.2.

de verkeersopvatting niet onmiddellijk kenbaar en evident is – bemoeilijkt door de *onbepaaldheid* van de verkeersopvatting. Pas mét de beslissing is de geconcretiseerde verkeersopvatting helder en is tevens duidelijk op welke feiten en omstandigheden van het individuele geval die beslissing is toegesneden. Tegelijkertijd bezit de verkeersopvatting per definitie een algemenere gelding dan alleen voor dat éne specifieke geval.²¹⁰ Kenmerkend voor de verkeersopvatting is kortom dat zij verstrengeld is met de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, maar dat geval tegelijkertijd overstijgt.²¹¹ Is de verkeersopvatting eenmaal gevonden dan is met de beslissing ook de regel – voor het concrete en voor soortgelijke gevallen – gegeven.²¹²

4.7 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk besprak ik een vijftal kenmerken van verkeersopvattingen die wellicht wat meer licht kunnen werpen op haar plaats en functies binnen het vermogensrechtelijke systeem en op de te hanteren rechtsvindings technieken.

Het belangrijkste – en tevens onderscheidende – kenmerk van de verkeersopvatting is dat zij *geen gedragsnormen* behelst. Met behulp van de verkeersopvatting worden integendeel feiten en omstandigheden *juridisch gekwalificeerd*. Dat betekent echter niet dat gedrag in het geheel geen rol speelt. Met behulp van de verkeersopvatting kan ook gedrag – in de zin van een voorgevallen feit – worden gekwalificeerd (bijvoorbeeld als toerekenbaar of niet toerekenbaar). De verkeersopvatting is echter niet primair gedragsnormerend.

Een tweede kenmerk is dat de verkeersopvatting *intrinsiek veranderlijk* is. Zij is verweven met de verwachtingen van deelnemers aan de maatschappij omtrent de rechtsgevolgen van bepaalde feitelijke situaties en omstandigheden. De verkeersopvatting beweegt mee met veranderingen in 'hetgeen normaal gevonden wordt'. Gevolg hiervan is dat de rechtsvinder er niet op voorhand vanuit kan en mag gaan dat een eerder gangbare en gevonden verkeersopvatting nog steeds geldend is. De gevolgen van deze intrinsieke veranderlijkheid voor de – voorwaardelijke – precedentwerking van reeds gevonden verkeersopvattingen blijken echter gering. Niet alleen zijn veel verkeersopvattingen verbazingwekkend stabiel, ook van nieuw gevonden verkeersopvattingen blijkt een zekere precedentwerking te kunnen uitgaan.

De verkeersopvatting werkt – ten derde – soms impliciet, dan weer expliciet en speelt een rol op verschillende methodische en inhoudelijke niveaus. Methodisch gezien wordt zij gehanteerd hetzij als *beslissingscriterium*, hetzij als

²¹⁰ Zie § 4.5.3, 6.4.2 en 7.6.2 sub *iv*).

²¹¹ Zo ook Barendrecht 1992, p. 163: 'Ook de gedachte dat bij elk feitencomplex een eigen unieke regel zou passen, die dan ook alleen bij dat geval hoort, lijkt mij onjuist.'

²¹² Asser/Scholten 1974, p. 9. Vergl. Smith 1998, p. 147-149 over deze 'dubbelrol' van de feiten.

hulpmiddel bij uitleg. Het onderscheid tussen de twee methodische niveaus is echter niet steeds duidelijk te maken en lijkt niet van heel groot belang. Belangrijker bleken de inhoudelijke niveauverschillen, waarmee ik doelde op het feit dat de verkeersopvatting op het inhoudelijke vlak (binnen leerstukken) op verschillende niveaus een rol kan spelen. Onderkenning van die niveaus is van belang voor de afbakening van het juiste complex van feiten en omstandigheden en het identificeren van de juiste gezichtspunten voor de te beantwoorden rechtsvraag.

Als vierde kenmerk besprak ik het 'topische karakter' van de verkeersopvatting. Ik maakte onderscheid tussen het begrip *topos* in klassieke zin (een algemeen gezichtspunt dat aan verschillende redeneringen ten grondslag kan liggen), en in modernere zin. In de 'moderne topiek' worden de begrippen *topos* en *topoi* gehanteerd als synoniem voor 'vindplaats(en) van argumenten', waarbij het afwegingsproces 'topische rechtsvinding' wordt genoemd, ongeacht of de afweging plaats vindt aan de hand van 'algemene gezichtspunten'. Vervolgens besprak ik het verschil tussen 'topische normen' (*Topik erster Stufe*) en 'topische rechtsvindingstechniek' (*Topik zweiter Stufe*). De verkeersopvatting kan zowel een *topos* in klassieke zin zijn (een algemeen gezichtspunt) als een *topos* in de modernere zin (een vindplaats voor argumenten, uitmondend in een dialectisch afwegingsproces). Voor alle verschijningsvormen van de verkeersopvatting geldt dat uiteindelijk steeds gezocht wordt naar een gezichtspunt van algemene aard. Haar topische karakter blijkt uit het feit dat de verkeersopvatting steeds algemeen van aard en slechts relatief van betekenis is; zij is tijd- en rechtsvraaggebonden. Ten slotte besprak ik vooral de *topische normen* waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen. Het *topos* van de verkeersopvatting verhoudt zich steeds tot andere – in wettelijke bepalingen genoemde – *topoi*. Hoewel de topiek leidt tot een probleemgebonden kijk, is zij kortom niet systeemgebonden. Met betrekking tot de verhouding tussen de in de wet genoemde *topoi* valt op dat de wetgever met name in het verbintenissenrecht grif gebruikt heeft gemaakt van allerlei combinaties van vindplaatsen van argumenten. In het goederenrecht is dat minder het geval en wordt de verkeersopvatting – op het oog – vaker gehanteerd als enig *topos*. Zowel in het goederen- als het verbintenissenrecht verhoudt de verkeersopvatting zich niet alleen tot andere genoemde *topoi*, maar ook tot de overige wettelijke bepalingen. Ik besprak kort haar verhouding tot het stelsel van de wet en merkte op dat vooral op het punt van de verhouding tussen het *topos* verkeersopvatting, de andere in de wet genoemde gezichtspunten en het stelsel van de wet nog veel onduidelijkheid bestaat. Algemeen wordt aangenomen dat een rangorde tussen de vindplaatsen en argumenten ontbreekt. Dat lijkt echter anders te liggen waar het de verhouding tussen de verkeersopvatting en de wet betreft.

Met het topische karakter van de verkeersopvatting hangt het vijfde door mij besproken kenmerk nauw samen, te weten haar extreme feitengebondenheid. Ik illustreerde die feitengebondenheid aan de hand van voorbeelden en

besprak vervolgens de daarmee samenhangende rechtsvindingsproblematiek. Die is er in gelegen dat het selecteren van de relevante feiten veelal wordt bemoeilijkt door de *onbepaaldheid* van de verkeersopvatting. Kenmerkend voor de verkeersopvatting is dat zij verstrengeld is met de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, maar dat geval tegelijkertijd overstijgt. Is de verkeersopvatting eenmaal gevonden dan is met de beslissing ook de regel – voor het concrete en voor soortgelijke gevallen – gegeven.

5 | Verhouding tot aanverwante begrippen

5.1 INLEIDING

De verkeersopvatting wordt vaak in één adem genoemd met andere onbepaalde begrippen, zoals de redelijkheid en billijkheid, de goede zeden en de maatschappelijke betamelijkheid.¹ Aan de éne kant lijkt de verkeersopvatting kortom verwant aan *vage normen* die gedrag reguleren.² Aan de andere kant van het spectrum lijkt de verkeersopvatting echter aan te schurken tegen de feiten van algemene bekendheid en de ervaringsregels. Daarnaast wordt wel naar verwantschap gezocht tussen verkeersopvattingen, de maatschappelijke opvattingen³ en de in Nederland levende rechtsovertuigingen.⁴ Interessant is bovendien de verhouding van de verkeersopvatting tot het gewoonterrecht en de – plaatselijke – gebruiken.

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is *of* en *hoe* de verkeersopvatting kan en moet worden onderscheiden van deze andere begrippen (§ 5.2-5.7).

5.2 MIDDENPOSITIE TUSSEN TWEE UITERSTEN; FEITEN EN GEDRAGSNORMEN

De verkeersopvatting vervult een middenpositie tussen de specifieke *feiten en omstandigheden van het geval* en de algemenere *feiten van algemene bekendheid* en *ervaringsregels* enerzijds en de in ons recht geldende *gedragsnormen* anderzijds. De laatste (gedragsnormen) vergen in rechte een dubbel normatieve beoordeling.⁵ Daarvan is bij de verkeersopvatting geen sprake. Aan de andere kant is de verkeersopvatting evenmin een puur feitelijk gegeven.⁶ De verkeers-

1 Zie bijv. Stein 1969, p. 313, die een direct verband legt tussen de billijkheid en de verkeersopvatting, en Rutten 2003, p. 532, die spreekt van 'zedelijkheidspostulaten zoals de goede zeden, verkeersopvattingen, of de redelijkheid en billijkheid'. Ook in Wiarda/Koopmans 1999, p. 47, worden redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid en verkeersopvattingen tezamen genoemd.

2 Zie over de terminologie § 2.3.2.

3 Rogmans 2007, nr. 7.

4 Hartkamp (Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293) en Van der Wiel (2004, p. 206) menen bijv. dat de verkeersopvatting een *species* is van de in Nederland levende rechtsovertuigingen (zoals genoemd in art. 3:12 BW). Vergl. Rogmans 2007, nr. 12.

5 Zie § 4.2.1. en 5.2.3.

6 Zie § 3.4.

opvatting vormt als het ware een ‘juridische sausje’ over de feiten⁷ en vervult daarmee een tussenpositie als enkel normatief begrip. Ik schets de twee uitersten, in de hoop daarmee tevens wat meer licht te doen schijnen over het midden.

5.2.1 Feiten, feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels

Feiten bestaan in gradaties van feitelijkheid. Wij kennen de – puur feitelijke – feiten en omstandigheden van het geval, in de zin van gebeurtenissen en feitelijke situaties. Daarnaast worden gemoedstoestanden, opvattingen, indrukken en psychische toestanden tot de feiten gerekend.⁸

‘Wij onderscheiden “feiten” van het recht door tot de eerste te rekenen gebeurtenissen, situaties, kortom de waarneembare werkelijkheid, maar ook gemoedstoestanden, opvattingen, indrukken, psychische toestanden. Recht heeft dan daartegenover betrekking op de normen die op feiten worden toegepast.’

Naast de ‘feiten van de casus’ kennen wij ‘feiten van algemene bekendheid’ en ‘ervaringsregels’. Een juridisch verschil tussen de feiten van de casus enerzijds en feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels anderzijds, is dat de laatste twee door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag kunnen worden gelegd zonder bewijs te behoeven.⁹ Onder feiten van algemene bekendheid worden verstaan die feiten die iedereen kent, of kan kennen; ook wel ‘notoire feiten’ genoemd.¹⁰ Voor ervaringsregels geldt hetzelfde, ook daarbij gaat het om regels die algemeen bekend zijn. De grens tussen feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels is vloeiend en beide begrippen worden wel door elkaar heen gebruikt.¹¹ De vloeiende grens tussen beide blijkt uit het gegeven dat ervaringsregels ook wel ‘ervaringsfeiten’ worden genoemd.¹² In navolging van de wet spreek ik van ervaringsregels.¹³ Ik concentreer mij hier op de ervaringsregels en minder op de feiten van alge-

⁷ Zie § 4.6.

⁸ W.D.H. Asser 2003, p. 39.

⁹ Zie art. 149 lid 2 RV.

¹⁰ Zie bijv. Wesseling-van Gent 1988, p. 1119 e.v.; Knijp 2004, p. 113; Hendrikse & Jongbloed 2005, p. 205; Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 206.

¹¹ Zie Beekhuis 1974, p. 23; Wesseling-van Gent 1988, p. 1118; Knijp 2000, p. 107; Knijp 2004, p. 113 en Asser-Veegens 2005, nr. 106; Hendrikse & Jongbloed 2005, p. 205. Buiten beschouwing blijft de ‘eigen wetenschap van de rechter’.

¹² Voorbeeld van een bekend ‘ervaringsfeit’ is het feit dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid. Dit ‘feit’ kan m.i. evenzeer een ‘regel’ van causale samenhang genoemd worden.

¹³ Zie art. 149 lid 2 BW.

mene bekendheid, aangezien deze 'regels' de nauwste verwantschap vertonen met verkeersopvattingen.¹⁴

Een omschrijving van de 'ervaringsregel' is lastig te geven.¹⁵ De ervaringsregel is wel beschreven als 'een hypothetisch oordeel berustend op ervaringen uit het verleden en geldend voor de toekomst'.¹⁶ Ervaringsregels worden daarnaast wel omschreven als *wetmatigheden* op grond waarvan zich in het algemeen gesproken bepaalde feiten zullen voordoen.¹⁷ Ervaringsregels hebben bijvoorbeeld betrekking op de eigenschappen die bepaalde personen of zaken in de regel bezitten.

Daarnaast zien zij vaak op een *causale samenhang* tussen bepaalde gebeurtenissen of verschijnselen, bijvoorbeeld het verschijnsel dat een imponerend voertuig als een laadschop aantrekkingskracht kan uitoefenen op een kind,¹⁸ of de ervaringsregel dat per gewone post verzonden stukken soms te laat aankomen of wegraken.¹⁹ Wij zijn niet verbaasd indien een jongeman die tenminste 30 glazen bier op heeft, in de auto op weg naar huis bravouregedrag vertoont (uit bravoure aan het stuur trekken, rijdend met een snelheid van 150 km per uur daar waar een maximum snelheid van 80 km gold, en zodoende een ongeluk veroorzakend).²⁰ Een ander voorbeeld van dergelijke causale samenhang biedt het veelvuldig in de jurisprudentie aangehaalde 'ervaringsfeit' dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie kan leiden tot vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid.²¹

Een ervaringsregel waarop in rechte een beroep wordt gedaan of die door de rechter wordt toegepast, is volgens Bloembergen een feitelijk gegeven, tenzij het een algemeen bekende (notoire) ervaringsregel betreft 'waaromtrent twijfel beslist onmogelijk is'.²² Volgens anderen bevinden ervaringsregels zich op de grens van feit en recht en leidt hun toepassing tot een gemengde beslissing.²³

14 Vergl. Asser-Veegens 2005, nr. 189; Larenz 1991, p. 287-288.

15 Zie daarover Wesseling-van Gent 1988, p. 1119 en Asser-Veegens 2005, nr. 106.

16 Asser-Veegens 2005, nr. 106; Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 5. De definitie komt van de Duitse hoogleraar Friedrich Stein.

17 Zie Knijp 2000, p. 106 en Knijp 2004, p. 113.

18 HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 m.nt. CJHB (*Laadschop*).

19 Zie voor vele andere voorbeelden van ervaringsregels: Beekhuis 1974, p. 26 (voetnoot 29); Wesseling-van Gent 1988; Knijp 2000, p. 106-107; Knijp 2004, p. 114 en Asser-Veegens 2005, nr. 106. Zie voor voorbeelden van feiten van algemene bekendheid: Kabel 2005.

20 HR 28 september 1990, NJ 1992, 619 m.nt. CJHB onder NJ 1992, 620 (*Staat/Delta Lloyd*). Het voorbeeld wordt genoemd in Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 206.

21 Zie bijv.: HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 m.nt. PAS (*Sweegers Beton/Van den Hout*); HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (*Van Doorn/NBM*); HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 (*PTT Post/Baas*); HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124 (*Bayar/Wijnen*); HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 689 (*verstappen op bouwplaats*).

22 Bloembergen 1996a, p. 78-79. Vergl. Larenz 1991, p. 288.

23 Asser-Veegens 2005, nr. 106; Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 5. Uitdrukkelijk anders: Beekhuis 1974, p. 25.

Verkeersopvattingen liggen dicht tegen ervaringsregels aan, maar zijn daarmee toch niet geheel gelijk te stellen. Op grond van onze ervaring verwachten wij bepaalde verschijnselen of gebeurtenissen (zoals bravouregedrag of onvoorzichtigheid) of een bepaalde feitelijke situatie (op grond van onze kennis van ons eigen en van het Mediterrane klimaat, verwachten we bijvoorbeeld dat het in Spanje minder regent dan in Nederland). De verkeersopvatting roept eveneens verwachtingen op. Wij verwachten bij de overdracht van een huis dat de verkoper de woning aan ons levert inclusief deuren en dakpannen. Bovendien verwachten we van een verkoper dat hij ons – uit zichzelf – inlicht over bijvoorbeeld ‘scheurvorming van structurele aard in de muren van het huis, die wordt veroorzaakt doordat de fundering te wensen overlaat, en het feit dat de oplossing van het probleem zeer kostbaar is, waardoor de waarde van het huis ernstig wordt aangetast’.²⁴

Het – graduele – verschil tussen ervaringsregels en verkeersopvattingen zit in de *soort verwachting* die op grond van de ervaringsregel dan wel de verkeersopvatting gekoesterd wordt. Op grond van de verkeersopvatting koesteren wij *normatieve verwachtingen*. Daarmee bedoel ik dat wij niet alleen rekenen op een bepaalde causale samenhang – in de zin van het mogelijk optreden van een feitelijke gebeurtenis, situatie of verschijnsel – maar tevens op een daaraan te verbinden *rechtsgevolg*, waarop wij in rechte een beroep kunnen doen. Het betreft met andere woorden *verwachtingen omtrent behoren* en de daarbij passende *rechtsgevolgen*.

Verkeersopvattingen hangen kortom steeds samen met de *normatieve verwachtingen* van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer.²⁵ Ervaringsregels zijn feitelijk van aard en leiden tot verwachtingen omtrent de feiten en de causale samenhang tussen feiten en gebeurtenissen. De grens tussen beiden is echter vloeiend, en niet met zekerheid aan te wijzen.

5.2.2 Gedragsnormen

Gedragsnormen bestaan, net als feiten, in verschillende soorten en smaken. In het vermogensrecht kennen we goede zeden, dringende morele verplichtingen, redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid en andere zorgvuldigheidsnormen (de goede huurder, goede vervoerder, goed opdrachtnemer, goed werkgever etc.). Het voert te ver om hier te proberen deze verschillende gedragsnormen van elkaar te onderscheiden en vervolgens één voor

24 Het voorbeeld is ontleend aan HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & van Rosberg*).

25 Zie nader § 4.3.1.

één af te zetten tegen de verkeersopvatting.²⁶ Dat is bovendien niet nodig. Vrijwel alle genoemde gedragsnormen hebben een overeenkomstig kenmerk dat hen onderscheidt van de verkeersopvatting. Gedragsnormen kennen een *dubbel normatief* karakter (§ 5.2.3).

Alleen het onbepaalde begrip redelijkheid en billijkheid is niet steeds *en* gedragsnorm *en* maatstaf voor gedrag, en niet steeds dubbel normatief van aard. Dit begrip vervult naast een rol als gedragsnorm nog andere rollen binnen het rechtssysteem. Dat is één van de redenen dat zij zich anders tot de verkeersopvatting (en andere onbepaalde begrippen) verhoudt dan de overige gedragsnormen. Ik heb er voor gekozen mij te beperken tot een korte bespreking van het specifieke kenmerk van gedragsnormen in het algemeen en daarna vooral in te gaan op de verhouding tussen de verkeersopvatting en de redelijkheid en billijkheid (§ 5.3).

5.2.3 Enkel normatief versus dubbel normatief

Een kenmerk van de verkeersopvatting is dat zij *enkel normatief* is.²⁷ De verkeersopvatting vormt een schakel tussen een complex van feiten en omstandigheden en het daaraan – wel of juist niet – te koppelen rechtsgevolg. Het gaat daarbij niet om het geven van een waardeoordeel of evaluatief oordeel omtrent gedrag. Voor de beoordeling van gedrag gelden andere *vage normen* met een grotere normatieve lading, die zich daarvoor ook beter lenen.²⁸ Begrippen als de goede zeden, dringende morele verplichtingen, de maatschappelijke betamelijkheid en andere zorgvuldigheidsnormen impliceren een normatieve waardering van gedrag (bijvoorbeeld handelen in strijd met de goede zeden of onbetamelijk handelen), waaraan vervolgens een – eveneens normatief – rechtsgevolg wordt gekoppeld (bijvoorbeeld nietigheid van een overeenkomst of een verplichting tot vergoeding van schade). In die zin hebben deze vage normen een dubbele normatieve lading. Niet verwonderlijk is dat deze vage normen vaak in verband worden gebracht met de moraal, moraliteit of morele normen.²⁹

De verkeersopvatting is veel minder ‘moreel geladen’. Bij de verkeersopvatting ontbreekt de normatieve waardering van het gedrag en zit het normatieve aspect slechts in het koppelen van een rechtsgevolg aan een bepaald complex

26 Zie over de goede zeden nader: Van den Brink 2002 en de bronnen genoemd door Van Kooten (*Vermogensrecht deel 1*), art. 3:40 BW, aant. 7.1-7.4, Deventer: Kluwer (losbl.). Zie over dringende morele verplichtingen: Wessels 1988, p. 86-88 en de aldaar genoemde bronnen en bijv. Van Mourik 2003. Zie over de maatschappelijke betamelijkheid bijv. Sieburgh 2000, p. 71-77, over zorgvuldigheidsnormen bijv. Asser-Hartkamp 4-III, nr. 42-51/ en over de verschillende ‘maatmannen’ als rolmodel voor gedrag *BWKJ* 24.

27 Zie ook § 4.2.1.

28 Zie over de terminologie § 2.3.2.

29 Zie bijv. Van den Brink 2002, p. 124 en 127-129 en Sieburgh 2000, p. 153-156.

van feiten en omstandigheden.³⁰ Met dit onderscheid tussen *enkel normatief* en *dubbel normatief*, ofwel tussen niet-gedragswaarderend en gedragswaarderend, is de afbakening tussen de verkeersopvatting en wat ik hier maar noem de 'zuivere gedragsnormen' (de goede zeden, de dringende morele verplichtingen, de maatschappelijke betamelijkheid en de andere zorgvuldigheidsnormen) in hoge mate gegeven.³¹ Een verdere bespreking van de verschillende – zuivere – gedragsnormen gaat het bestek van dit proefschrift te buiten.

5.3 VERHOUDING TOT DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

In het voorgaande heb ik bewust de redelijkheid en billijkheid buiten beschouwing gelaten. Het door mij gemaakte onderscheid tussen de dubbel normatieve 'zuivere gedragsnormen' en de enkel normatieve verkeersopvatting voldoet niet onverkort om dit laatste begrip te kunnen afzetten tegen de redelijkheid en billijkheid. Met andere woorden, met dit onderscheid is lang niet alles gezegd over de verhouding tussen de verkeersopvatting en het – complexe – begrip redelijkheid en billijkheid.

De redelijkheid en billijkheid wordt meestal gezien als een norm voor het gedrag van partijen, een 'morele gedragsnorm', en tevens als criterium voor de toetsing van dat gedrag van partijen.³² De redelijkheid en billijkheid behelst echter veel meer dan dat. Mede daardoor is de verhouding van de verkeersopvatting tot de redelijkheid en billijkheid veel ingewikkelder van aard dan haar verhouding tot de zuivere gedragsnormen.³³ Deze complexiteit van de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en verkeersopvatting houdt verband met de aard en veelzijdigheid van het begrip redelijkheid en billijkheid en een aantal specifieke complicaties bij de concretisering van zowel de redelijkheid en billijkheid als de verkeersopvatting. Onduidelijkheid is bijvoorbeeld hoe verkeersopvattingen zich precies verhouden tot de in Nederland levende rechtsovertuigingen, die – naast de algemene rechtsbeginselen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen – een rol spelen bij de concretisering van de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW).

Ik bespreek allereerst de vraag of de redelijkheid en billijkheid enkel of dubbel normatief van aard is (§ 5.3.1) en vervolgens de specifieke complicaties in de verhouding tussen dit begrip en de verkeersopvatting (§ 5.3.2).

30 Dit betekent overigens niet dat gedrag geen enkele rol speelt bij de concretisering van de verkeersopvatting. Zie daarover nader § 4.2.2.

31 Een interessant punt dat hier mee samenhangt maar verder buiten beschouwing blijft, is de observatie van Sieburgh (2000, p. 73) dat aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen doorgaans een belangenafweging ten grondslag ligt (zo ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 51g). Voor de vaststelling van de inhoud van verkeersopvattingen is de belangenafweging juist een minder geschikt middel, zie nader § 7.3.3.

32 Hesselink 1999, p. 31 (zie met name voetnoot 78).

33 Zie ook Rogmans 2007, nr. 10 en 11.

5.3.1 Redelijkheid en billijkheid; enkel of dubbel normatief?

De vraag of de redelijkheid en billijkheid enkel dan wel dubbel normatief van aard is, laat zich niet een, twee, drie beantwoorden. Daarvoor speelt de redelijkheid en billijkheid teveel verschillende rollen in het theater van het recht. Zonder te pretenderen een uitgebreide beschouwing over de redelijkheid en billijkheid te willen geven of uitputtend te willen zijn, schets ik kort drie rollen van het begrip³⁴ die van belang zijn voor de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en verkeersopvatting.³⁵

Ten eerste speelt de redelijkheid en billijkheid een rol als *gedragsnorm*.³⁶ Dat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats een gedragsnorm is die geldt tussen schuldenaar en schuldeiser (art. 6:2 BW), tussen partijen bij een overeenkomst (art. 6:248 BW) of binnen andersoortige rechtsverhoudingen,³⁷ blijft volgens sommige auteurs vaak ten onrechte onderbelicht.³⁸ Vermoedelijk is dit 'onderbelicht blijven' het gevolg van het feit dat over deze gedragsnorm in abstracto, wegens haar vaagheid, zo moeilijk iets te zeggen valt.³⁹ Bij de beoordeling van de gedragsnorm in concreto komt de jurist bovendien meteen uit bij de redelijkheid en billijkheid in haar tweede rol (van maatstaf voor beoordeling). Daarover zodadelijk meer. Allereerst nog de opmerking dat met name de rol van de redelijkheid en billijkheid als *gedragsnorm* mijns inziens niet vooral of primair beperkt is tot het overeenkomstenrecht. Partijen in een rechtsverhouding worden geacht zich jegens elkaar redelijk en billijk te gedragen, ongeacht of aan die rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag

34 Over het algemeen wordt aan de redelijkheid en billijkheid een tweeledige functie toegeschreven, een meer abstracte en een concrete toepassing. Zie Rijken 1994, nr. 4. Een 'functie' is echter iets anders dan een 'rol'. De rol van *gedragsnorm* brengt weer andere aspecten met zich dan de rol als juridische *maatstaf*.

35 Zie voor uitgebreidere beschouwingen over deze rollen en functies: Hesselink 1999, p. 47-54, 58-61 (en voor zijn alternatieve visie p. 399-435); Reurich 2003, p. 91-100; Reurich 2005, p. 172-179; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 279-328.

36 Zie Rijken 1994, nr. 6; Hesselink 1999, p. 31; Van Schilfgaarde 1999, p. 814; Reurich 2005, p. 99-104 en passim; W. Snijders 2007, p. 11-12. Anders Koelemeijer 1999, p. 29. Zij meent dat de redelijkheid en billijkheid een tot de rechter gerichte *beslissingsnorm* is, waarbij hooguit uit de beslissing van de rechter voor de toekomst een gedragsnorm kan worden afgeleid.

37 Art. 6:216 BW bepaalt dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing is op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Daarnaast is zij door de wetgever van toepassing verklaard op allerlei specifieke rechtsverhoudingen. Zie voor een opsomming daarvan Asser-Hartkamp 4-II, nr. 304-305.

38 Van Schilfgaarde 1999, p. 814-816. Reurich 2005, p. 99.

39 Ook Reurich (2005, p. 104) komt niet heel veel verder dan de – vrij vage – opmerking dat: 'Haar zelfstandig normerende vermogen dient te worden vastgesteld met het zogenoemde bijhouden van de "normatieve score" tussen partijen en het in een regel expliciteren van een normatieve dimensie die in het gedrag van partijen besloten ligt.' Vergl. Hesselink 1999, p. 42.

ligt.⁴⁰ Ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid in haar rol van gedragsnorm geldt dat die gedragsnorm dubbel normatief is. De redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm onderscheidt zich daarin van de verkeersopvatting.

De tweede rol van de redelijkheid en billijkheid is die van *maatstaf* voor de rechterlijke beoordeling van de inhoud van een overeenkomst of – algemener – de inhoud van de rechtsverhouding. Het is met name deze ‘instrumentele rol’, of ‘tool box functie’, die in de literatuur veel aandacht kreeg en krijgt.⁴¹ In deze rol is de norm van artikel 6:2, 6:248 BW of een ander artikel dat de redelijkheid en billijkheid verwoordt, *een tot de rechter gericht voorschrift*. De redelijkheid en billijkheid zijn, kort gezegd, van ‘*eminent belang*’⁴² bij het bepalen van de inhoud van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Algemeen wordt aangenomen dat de ‘tool box’ van de redelijkheid en billijkheid drie instrumenten bevat waarmee de rechter aan de slag kan.⁴³ Ten eerste beschikt hij over het instrument *uitleg*, of het vaststellen van de betekenis van de door contractanten of partijen afgelegde verklaringen aan de hand van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁴ Het tweede instrument is de *aanvullende werking* van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁵ De redelijkheid en billijkheid is in haar aanvullende gedaante een afzonderlijke bron van rechtsgevolgen en contractuele verbintenissen, naast de wet en de gewoonte. Ten derde kennen we de *derogerende, beperkende of corrigerende werking* van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁶ Een tussen partijen bij een overeenkomst of rechtsverhouding geldende regel is niet van toepassing voor zover dit ‘in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ zou zijn.

Deze drie instrumenten, die ook wel de functies van de redelijkheid en billijkheid genoemd,⁴⁷ vloeien in elkaar over en zijn niet geheel van elkaar te scheiden.⁴⁸ Ik ga op de verschillende instrumenten die in de redelijkheid en billijkheid als beoordelingsmaatstaf besloten liggen en op hun onderlinge

40 De gedragsnorm geldt bijv. ook in de precontractuele fase, tussen erfgenamen, tussen (ex-) echtgenoten, tussen eigenaren van buurerven, tussen schuldeisers in een (naderend) faillissement etc. Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 304-305.

41 Zie bijv. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 279-328 en de daarin genoemde bronnen.

42 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 54.

43 Een andere mening toegedaan zijn de aanhangers van de leer van de ‘normatieve uitleg’, waarvan Van Dunné de belangrijkste vertegenwoordiger is. Zij verstaan onder *uitleg* het vaststellen van alle rechtsgevolgen van een overeenkomst, waaronder die rechtsgevolgen die – volgens de heersende leer – voortvloeien uit de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. *Uitleg* is in hun ogen dus het enige en allesomvattende instrument van de rechter. Zie nader Asser-Hartkamp 4-II, nr. 281 en de daar genoemde bronnen.

44 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 279-288.

45 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 289-299 en met name 307-311.

46 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 312-328.

47 Zie bijv. Hesselink 1999, p. 51.

48 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 296 (over het ineenvloeien van uitleg en aanvulling) en 306 (over de vloeiende grenzen in het algemeen); W. Snijders 2007, p. 11 (over het ineenvloeien van uitleg en beperkende werking) en Valk 2002, p. 6-7. Vergl. Reurich 2005, p. 176-179.

verhouding niet dieper in en concentreer mij op de voor mijn onderzoek relevantere vraag of de redelijkheid en billijkheid in haar rol van juridische maatstaf (ofwel in instrumentele zin), dubbel normatief of enkel normatief van aard is.

De drie instrumenten hebben gemeen dat zij – tezamen – de *inhoud* van de tussen partijen of mensen bestaande *rechtsverhouding* bepalen.⁴⁹ De vraag die hier aan de orde wordt gesteld, is of die rechtsverhouding steeds alleen gedragsnormen – tevens maatstaf voor gedrag – behelst. Op het eerste gezicht lijkt dat het geval. De betrokkenen bij de overeenkomst nemen verbintenissen op zich, verplichten zich tot een doen of nalaten, ofwel zij verplichten zich tot *gedragingen* in de ruimste zin van het woord. De één belooft de levering van een zaak, de ander in ruil daarvoor betaling van de koopprijs. Voor zover de afspraken tussen partijen leemten bevatten, of op de rechtsverhouding geen duidelijke regels van toepassing zijn, vloeien uit de redelijkheid en billijkheid aanvullende gedragsregels voort, bijvoorbeeld de verplichting om informatie te verschaffen.⁵⁰ Van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is in het verleden uitdrukkelijk beweerd dat zij slecht gedragsnorm is.⁵¹ Het gaat daarbij volgens sommigen bij uitstek om de vraag of specifiek gedrag, te weten een beroep op een tussen partijen geldende regel of afspraak, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Volgens W. Snijders zijn de twee rollen van de redelijkheid en billijkheid – haar rol als ‘tool box’ en als gedragsregel – niet goed te scheiden en liggen beide aspecten in artikel 6:2 BW besloten.⁵² Hoe juist die observatie ook moge zijn, daarmee is niet alles gezegd. Met name bij de uitleg en aanvulling van de rechtsverhouding, maar ook bij haar beperkende werking, gaat het niet alleen maar om – een beoordeling van – gedrag. Daarnaast wordt een – redelijk en billijk – oordeel gegeven over de aard van de overeenkomst of rechtsverhouding en de omstandigheden van het geval.⁵³ In arresten als *Saladin/HBU* en *Pseudo-vogelpest*⁵⁴ wordt dan ook, volgens Hartkamp:⁵⁵

‘in werkelijkheid de *inhoud* van de overeenkomst (in verband met de wijze van totstandkoming daarvan en de zich op dat moment voordoende omstandigheden) getoets, en niet de *uitvoering* van de overeenkomst, tenzij men de gekunstelde weg volgt het beroep op het – ab initio onredelijke – beding als een uitvoeringshandeling in strijd met redelijkheid en billijkheid te kwalificeren.’ [cursivering in origineel]

49 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 54.

50 Zie voor voorbeelden Asser-Hartkamp 4-II, nr. 308.

51 Zie daarover Hartkamp 1981, p. 231-232 en Rijken 1994, nr. 6.

52 Zie W. Snijders 2007, p. 11.

53 Hartkamp 1981, p. 216 en 231-232; Rijken 1994, nr. 6; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 288 en 318.

54 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (*Saladin/HBU*) en HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (*Pseudo-vogelpest*).

55 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 318.

Redelijkheid en billijkheid bepalen de *inhoud van de rechtsverhouding* tussen partijen, en die rechtsverhouding omvat meer dan alleen gedragsnormen. Zowel ingeval van uitleg, aanvulling, als beperking spelen de beoordeling van de aard van de relatie en de omstandigheden van het geval een grote rol. De beoordeling is, met andere woorden, niet alleen of geheel dubbel normatief. Voor zover de rechtsgevolgen met name worden vastgeknoopt aan de aard van de relatie of de omstandigheden van het geval is die beoordeling grotendeels *enkel normatief* van aard. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de arresten waarin exoneratiebedingen worden getoetst.⁵⁶ Of het beroep op een exoneratiebeding onaanvaardbaar is hangt in hoge mate af van alle feiten en omstandigheden van het geval en niet alleen van het gedrag van degene die zich op het beding beroept.⁵⁷

Tot zover de bespreking van de meer instrumentele rol van de redelijkheid en billijkheid. Het begrip kent nog een derde rol. De redelijkheid en billijkheid is niet slechts *gedragsnorm* en *maatstaf voor gedrag*. Daarnaast speelt het begrip een niet weg te denken rol bij de uitleg en toepassing van wet en recht in het algemeen.⁵⁸ Ik doel hier op een meer overkoepelende rol binnen het rechtssysteem.⁵⁹ Zij is met andere woorden niet alleen een bron van ongeschreven recht waaruit een gedragsnorm en daarmee een beoordelingsmaatstaf kan worden gedestilleerd voor het concrete geval, maar ook een *algemeen rechtsbeginsel*, een *zelfstandige bron van ongeschreven recht* naast de wet.⁶⁰ Smith spreekt in dit verband van de redelijkheid en billijkheid als *metanorm*, die de

56 Zie bijv. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS (*Saladin/HBU*) en HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS (*Pseudo-vogelpest*), maar ook recentere arresten als HR 26 september 2003, NJ 2004, 21 (W./W.) en HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*).

57 Illustratief op dit punt is bijv. HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*), waarin de 'laakbaarheid van het verzuim' slechts één van de relevante omstandigheden wordt geacht. Opmerking verdient nog dat in deze gevallen twee vormen van gedrag een rol spelen: het laakbare gedrag bij de uitvoering van de verbintenis (als relevante omstandigheid) en gedrag in de zin van 'het beroep op het exoneratiebeding'.

58 Redelijkheid en billijkheid zijn in dit verband wel de 'Haarlemmerolie' van het vermogensrecht genoemd, zie C.E. Drion 2007, p. 433. Valk (2002, p. 5) spreekt over het (meta-)begrip als 'smeermiddel van de rechtsvorming'.

59 Dubbink 1990, p. 359-361, spreekt in dit verband, in navolging van Meijers, over de billijkheid als *afzonderlijke rechtsbron* naast de wet en gewoonte. Het gaat hier om de billijkheid die 'beoogt de gerechtigheid op meer onmiddellijke wijze te benaderen dan het wettenrecht.' Zie: T.M., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032.

60 Zie Rijken 1994, nr. 4. Vergl. Smits 1995, p. 91-96, die onderscheid maakt tussen *twee soorten* redelijkheid en billijkheid, de *intern* en *extern* werkende redelijkheid en billijkheid (intern als gedragsnorm en maatstaf in de rechtsverhouding tussen partijen en extern als 'algemene notie van rechtvaardigheid'). Vergl. ook Dubbink 1990, p. 360 en 375-376, die *billijkheid binnen de wet* (zoals in art. 6:2 en 6:248 BW) onderscheidt van *billijkheid buiten de wet* (als buitenwettelijke rechtsbron van ongeschreven recht).

rechter opdraagt 'te oordelen onder het gezichtspunt van de gerechtigheid'.⁶¹ Of, zoals Reurich het zegt:⁶²

'Deze vage norm komt (...) in tal van bepalingen tot uitdrukking en wijst daar, als algemene notie van rechtvaardigheid, tegelijk bovenuit. De redelijkheid en billijkheid doorschrijdt en overschrijdt het gehele vermogensrecht.'

Reurich spreekt in dit verband van functies van de redelijkheid en billijkheid op micro- en op macroniveau.⁶³

Vrijwel algemeen wordt aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid geldt 'voor het gehele vermogensrecht',⁶⁴ of zelfs voor 'het gehele privaatrecht',⁶⁵ en soms wordt zelfs gesteld dat zij van aanzienlijke betekenis is voor 'het gehele rechtsverkeer',⁶⁶ en voor 'het maatschappelijk gebeuren'.⁶⁷ De redelijkheid en billijkheid zijn niet alleen een instrument om het recht te vinden binnen de concrete rechtverhouding, maar tevens metanorm. Een voorbeeld van deze werking als metanorm – binnen het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid zelf – geeft Hartkamp.⁶⁸ Hij merkt op dat de redelijkheid en billijkheid doorslaggevend is voor de keuze tussen een aanvullende rol voor de wet of een daarmee strijdige gewoonte. Aan geen van beide bronnen – wet en gewoonte – wil hij voorrang toekennen. In elk geval afzonderlijk dient op grond van de redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard van de overeenkomst, beslist te worden of de wet dan wel het gebruik toepassing behoort te vinden. Hij vervolgt:

'Hierbij geve men er zich rekenschap van dat, als men zich bij het doen van een keuze tussen de wet en de gewoonte laat leiden door de redelijkheid en billijkheid, dat volstrekt niet op hetzelfde neerkomt alsof men de derde in art. 6:248 genoemde bron van verbintenissen, de redelijkheid en billijkheid, in werking laat treden.'

De redelijkheid en billijkheid speelt hier, met andere woorden, een rol als *overkoepelende norm* of *metanorm*, en niet als maatstaf in de zin van artikel 6:248 lid 1 BW. In deze rol – de uitleg en toepassing van wet en recht – is de redelijkheid en billijkheid vooral *enkel normatief* van aard.

61 Smith 1998, p. 179. Een voorbeeld van deze *metawerking* biedt het arrest HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder NJ 2000, 431 (*Van Hese/Schelde*).

62 Reurich 2003, p. 92 en Reurich 2005, p. 173.

63 Reurich 2003, p. 99. In zijn later verschenen proefschrift spreekt Reurich in dit verband over de *methodische* en *materiële functies* van redelijkheid en billijkheid (Reurich 2005, p. 173). Vergl. Smits 1995, p. 91-96, die spreekt over *interne* en *externe werking* van de redelijkheid en billijkheid.

64 Hesselink 1999, p. 25; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 304.

65 Van Schilfgaarde 1999, p. 815.

66 Zie de bronnen genoemd in Asser-Hartkamp 4-II, nr. 305.

67 Rijken 1994, nr. 8.

68 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 297-299. Verklaringen voor deze werking van de redelijkheid en billijkheid binnen het leerstuk met dezelfde naam zijn te vinden bij Smits 1995, p. 95-96.

Het is in dit verband niet verwonderlijk dat Valk tot de conclusie komt dat er altijd plaats blijft voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid, ook als diezelfde redelijkheid en billijkheid inmiddels is gecodificeerd in specifieke bepalingen.⁶⁹ Als algemeen rechtsbeginsel leidt zij op macroniveau – evenals op het microniveau van de specifieke rechtsverhouding – tot interpretatie, aanvulling en correctie van ‘het recht’. Het is mijns inziens onder meer deze overkoepelende functie van de redelijkheid en billijkheid die aan Hesselink zijn opmerking ontlokt dat zij in *het geheel geen norm* is.⁷⁰ Het is tevens deze overkoepelende werking van de redelijkheid en billijkheid (als *rechtsbeginsel* of *metanorm*) die Rogmans de opmerking ontlokt dat het ‘primaat van de redelijkheid en billijkheid als rechtsbeginsel’ geen twijfel lijdt.⁷¹ Hij meent daarom dat een ‘onbillijk werkende verkeersopvatting’ terzijde mag worden gesteld. Daarmee zijn we terug bij de vraag hoe de redelijkheid en billijkheid zich verhoudt tot de verkeersopvatting.

5.3.2 Complicaties in de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en verkeersopvattingen

In haar rollen van juridisch maatstaf en algemeen rechtsbeginsel is de redelijkheid en billijkheid niet alleen gedragsnorm, maar meer dan dat. Anders dan bijvoorbeeld de goede zeden en maatschappelijke betamelijkheid kan zij naast dubbel normatief ook enkel normatief werken. Op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen rechtsgevolgen worden vastgeknoopt aan bijvoorbeeld de aard van een bepaalde rechtsverhouding of de specifieke omstandigheden van het geval.⁷² Daarmee komen sommige beslissingen aan de hand van de redelijkheid en billijkheid dicht in de buurt van beslissingen aan de hand van de in het verkeer levende opvattingen. Op grond van de verkeersopvatting wordt immers een complex van feiten en omstandigheden juridisch gekwalificeerd, waardoor die feiten en omstandigheden rechtsgevolgen krijgen.⁷³

De verkeersopvatting vertoont kortom gelijkenis met de enkel normatief werkende redelijkheid en billijkheid. De verhouding tussen beide begrippen is bovendien gecompliceerd door onduidelijkheid rondom drie vragen. Speelt

⁶⁹ Valk 1992, p. 172-173. Zie ook: Valk 2002.

⁷⁰ Hesselink 1999, p. 405-413. Wie focust op het macroniveau van de redelijkheid en billijkheid, en haar instrumentele of materiële functie uit het oog verliest, loopt het gevaar dat de vraag hoe de redelijkheid en billijkheid werkt, zich lijkt op te lossen in de vraag hoe de *rechter* werkt, zie Reurich 2003, p. 99. Dat de redelijkheid en billijkheid tevens algemeen rechtsbeginsel of metanorm is, doet aan haar meer instrumentele functie bij de bepaling van de inhoud van rechtsverhoudingen echter niets af.

⁷¹ Rogmans 2007, nr. 10.

⁷² Redelijkheid en billijkheid leidt bijv. tot kostencompensatie in procedures tussen ex-echtgenoten, ongeacht het gedrag van partijen.

⁷³ Zie § 4.2 en 6.4.1.

de verkeersopvatting wellicht een rol bij de concretisering van de redelijkheid en billijkheid? Bepaalt de redelijkheid en billijkheid op haar beurt de inhoud van de verkeersopvatting? En dreigt zodoende het gevaar van een cirkelredenering?

i) *Spelen verkeersopvattingen een rol bij concretisering van de redelijkheid en billijkheid?*

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het begrip redelijkheid en billijkheid uitdrukkelijk *niet* verwijst naar het – subjectieve – billijkheidsgevoel van de individuele rechter.⁷⁴ De artikelen 6:2 en 6:248 BW verwijzen naar een *geobjectiveerde* redelijkheid en billijkheid. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn berokken (art. 3:12 BW). Deze opsomming van ‘objectiverende factoren’ is niet limitatief.⁷⁵ Daarnaast wordt volgens de parlementaire geschiedenis de inhoud van de redelijkheid en billijkheid mede bepaald door ‘min of meer objectieve’ begrippen als goede zeden, openbare orde, moraal en fatsoen, alsmede de eisen van het verkeer.⁷⁶ Elders in de parlementaire geschiedenis wordt terloops opgemerkt dat gewoonte en billijkheid – waartussen niet altijd een scherp onderscheid valt te maken, aldus de toelichting – ‘vaak bepaald worden door verkeersopvattingen’.⁷⁷

Hartkamp merkt op dat bij de uitleg van een overeenkomst onder andere moet worden gelet op ‘hetgeen gebruikelijk is in het land, op de plaats of in de tak van handel of nijverheid, waar(in) de overeenkomst is aangegaan’.⁷⁸ Doelt hij hier op plaatselijke of branchegebonden rechtsovertuigingen, op verkeersopvattingen, of gaat het hem om de aanvullende werking van gewoonterecht? En waar ligt het onderscheid tussen deze begrippen?

Van de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ weten we dat het daarbij kan gaan om rechtsovertuigingen in een kleine kring van personen, bijvoorbeeld een bepaalde kring van beroeps- of bedrijfsgeenoten waarbinnen zich het geval heeft afgespeeld, of een kring van in Nederland woonachtige buitenlanders.⁷⁹ In dit verband wordt de verkeersopvatting wel een *verbijzondering* van de in Nederland levende rechtsovertuigingen genoemd⁸⁰ of worden verkeersopvattingen zelfs met de in Nederland levende rechtsovertuigingen

74 T.M., V.V. II, en M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032-1035. Zie ook Dubbink 1990.

75 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035.

76 M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035.

77 M.v.T., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1020.

78 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 287 sub d.

79 M.V.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1036.

80 Zie bijv. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293; Van der Wiel 2004, p. 206 en 294; Rogmans 2007, nr. 12.

vereenzelvigd.⁸¹ Volgens Dubbink kan de verkeersopvatting echter niet zonder meer beschouwd worden als een species van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.⁸²

Om iets zinnigs te kunnen zeggen over de verhouding tussen de verkeersopvatting en de redelijkheid en billijkheid is het kortom vooral van belang te bepalen hoe de verkeersopvatting zich verhoudt tot de in Nederland levende rechtsovertuigingen in de zin van artikel 3:12 BW. Dit geldt temeer nu verschillende auteurs van mening zijn dat artikel 3:12 BW niet alleen geldt voor invulling van de redelijkheid en billijkheid in contractuele verhoudingen, maar volgens sommigen van belang is voor de invulling van het ongeschreven recht in het algemeen.⁸³ Ik behandel de vraag hierna daarom uitgebreid (§ 5.4.2).

ii) Wordt de inhoud van de verkeersopvatting bepaald door de redelijkheid en billijkheid?

De verkeersopvatting is wel eens een 'geconcretiseerde variant' van de redelijkheid en billijkheid genoemd.⁸⁴ Volgens Rogmans wordt met gebruik van de verkeersopvatting een 'billijkheidselement' geïntroduceerd.⁸⁵ Hij noemt de redelijkheid een 'randvoorwaarde voor de erkenning van de verkeersopvatting'. Rogmans merkt ook op dat het voor de zuiverheid van rechterlijke redeneringen gewenst zou zijn dat de twee begrippen – redelijkheid en billijkheid en verkeersopvatting – uit elkaar gehouden worden.⁸⁶ *Hoe* de begrippen kunnen worden onderscheiden blijft echter in het midden.⁸⁷

Versillende auteurs verafschuwen het binnenhalen van een billijkheidsoordeel via de verkeersopvatting.⁸⁸ Zij menen dat deze wijze van hantering van de verkeersopvatting leidt tot het spreken van een ongemotiveerd machtswoord.⁸⁹ De verkeersopvatting is volgens deze auteurs dan een stoplap, een doodoener of een 'verkeerd excuus om van duidelijke regels af te wijken'. Anderen hebben juist gepleit voor een rol voor de redelijkheid en billijkheid bij vaststelling van de inhoud van de verkeersopvatting.⁹⁰ Anderen menen weer dat de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen *naast* de verkeers-

81 Asser-Veegens 2005, nr. 105.

82 Dubbink 1990, p. 377.

83 Dubbink 1990, p. 376; Hartkamp 1992, p. 27-28.

84 Rutten 2003, p. 525.

85 Rogmans 2007, nr. 11. Zo ook reeds Stein 1969, p. 313: 'De rechter die de verkeersopvatting raadpleegt, zal steeds of bijna steeds met zijn eigen billijkheidsgevoel te rade moeten gaan'.

86 Hij constateert dat dit niet gebeurt, zie Rogmans 2007, nr. 11.

87 Rogmans 2007, nr. 10. Rogmans merkt slechts op dat het door de BW-wetgever ingevoerde extra element van de toetsing aan de verkeersopvatting talrijke mogelijkheden biedt tot nuancering, verfijning en objectivering van de rechterlijke motivering die niet verwaarloosd mogen worden.

88 Zie bijv. Van Schaick 2000, p. 89-90 en Abas 1998, p. 85-87.

89 Zie over deze kritiek eerder § 2.6.2.

90 Bijv. Wery 1964, p. 30. Zie nader § 3.4.3.

opvatting.⁹¹ De meeste auteurs zijn het eens over het feit dat de verkeersopvatting niet zomaar mag worden gelijkgesteld aan een ‘redelijk en billijk oordeel’.⁹² Onduidelijk is echter *of* en zo ja *in hoeverre* de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij de concretisering van de verkeersopvatting. Onduidelijk is eveneens of er ‘redelijke en onredelijke verkeersopvattingen’ bestaan.

Een vergelijkbare vraag is, opvallend genoeg, gesteld met betrekking tot de aanvullende werking van wet en gewoonterecht. Moet bijvoorbeeld gewoonterecht steeds ‘billijk’ zijn om als gewoonterecht te kunnen worden aanvaard? Hartkamp merkt daarover op:⁹³

‘(...) de opvatting dat, wat wet en gewoonte medebrengen, alleen *dán* tot de inhoud van de overeenkomst behoort indien dit met de redelijkheid en billijkheid verenigbaar is lijkt mij te algemeen geformuleerd. (...)’

Ook al zou hetgeen de wet (vgl. art. 11 AB) of de gewoonte voorschrijft, voor een der partijen onbillijk zijn, dit neemt niet weg dat de daaruit ontstane verbintenis tussen de partijen geldend is en de regel in beginsel toegepast moet worden, behoudens voor zover dit naar de maatstaf van art. 6:248 lid 2 onaanvaardbaar zou zijn. Alléén indien een gewoonte in strijd zou zijn met de goede zeden of de openbare orde, zal zij krachtens art. 3:40 geen rechtsgeldige verbintenis kunnen vestigen.’

Hartkamp lijkt hiermee onderscheid te maken tussen de concrete regel of gedragsnorm die – omdat wet of gewoonte dat meebrengen – tussen partijen geldt en de redelijkheid en billijkheid als metanorm. De – onbillijke – regel van gewoonterecht geldt tussen partijen, tenzij dit, gelet op de redelijkheid en billijkheid als metanorm, onaanvaardbaar zou zijn, of de gewoonte in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.

De vraag of zo iets ook opgaat voor verkeersopvattingen, in die zin dat onbillijke verkeersopvattingen gelding kunnen hebben, tenzij hun hantering uit het oogpunt van de redelijkheid en billijkheid – als metanorm – onaanvaardbaar is, beantwoord ik later.⁹⁴

iii) Dreigt gevaar voor een cirkelredenering?

‘Wat bepaalt nu de inhoud van wat?’ zal de jurist zich afvragen na lezing van de vorige paragrafen. Het gevaar van een cirkelredenering dreigt indien aan de redelijkheid en billijkheid – via de in Nederland levende rechtsovertuiging –

91 Zie bijv. De Jong 1994, p. 205, over de rol van de redelijkheid en billijkheid naast de verkeersopvatting bij de beoordeling van overmacht (art. 6:75 BW).

92 Zie naast de genoemde critici Van Schaick en Abas, in genuanceerdere vorm Brunner in zijn noot onder HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*) en Rogmans 2007, nr. 11. Vergl. Rossel 1994, p. 343, die t.a.v. de risicoverdeling in verbintenissenrechtelijke verhoudingen meent dat redelijkheid en billijkheid dikwijls een geschikter aanknopingspunt vormt dan de verkeersopvatting.

93 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 295. Vergl. Asser-Scholten 1974, p. 111.

94 § 5.5.

gen – nader invulling wordt gegeven met behulp van verkeersopvattingen, terwijl die verkeersopvattingen op haar beurt worden gevonden met behulp van de redelijkheid en billijkheid. Zo wordt ongeschreven recht nader ingevuld en geconcretiseerd met een beroep op *ander* ongeschreven recht.⁹⁵

De impasse waarin de rechtsvinder hier terecht komt laat zich niet gemakkelijk doorbreken. Ik heb er voor gekozen om allereerst nader te kijken naar de verhouding tussen verkeersopvattingen, de maatschappelijke opvattingen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen zoals genoemd in artikel 3:12 BW (§ 5.4). Daarna kom ik terug op de verhouding tussen verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid (§ 5.5).

5.4 VERHOUDING TOT MAATSCHAPPELIJKE OPVATTINGEN EN DE IN NEDERLAND LEVENDE RECHTSOVERTUIGINGEN

In de literatuur wordt wel naar verwantschap gezocht tussen verkeersopvattingen, de maatschappelijke opvattingen⁹⁶ en de in Nederland levende rechtsovertuigingen.⁹⁷ Soms worden de begrippen zelfs over één kam geschoren.⁹⁸ Dat is niet zo vreemd, nu alle drie de begrippen verwijzen naar *opvattingen* en *overtuigingen* die verondersteld worden te ‘leven in de maatschappij’ en het steeds gezichtspunten betreft van algemene aard, ofwel *topoi* in de klassieke zin van het woord.⁹⁹ De genoemde opvattingen en overtuigingen hebben bovendien gemeen dat zij plaats- en tijdgebonden zijn, zodat zij in die zin een relatieve betekenis hebben.¹⁰⁰

Ten aanzien van de maatschappelijke opvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen passen twee waarschuwingen vooraf. De eerste waarschuwing is helder verwoord door Van Mourik:¹⁰¹

95 Dit geldt nog sterker indien aangenomen wordt dat al het ongeschreven recht (en niet alleen de redelijkheid en billijkheid) wordt ingevuld – mede – met behulp van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.

96 Rogmans 2007, nr. 7. Volgens Sieburgh (2000, p. 197) was het gedachtegoed dat maatschappelijke opvattingen mede de inhoud van juridische verhoudingen dienen te bepalen de *voedingsbodem* voor de opkomst van de termen verkeer en verkeersopvattingen.

97 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293; Van der Wiel (2004, p. 206); Asser-Veegens 2005, nr. 105; Rogmans 2007, nr. 12; Den Tonkelaar (*Vermogensrecht I*), art. 3:12, aant. 21.

98 Haazen 2001, en passim. Hij lijkt maatschappelijke opvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen als synoniemen te hanteren en meent dat de verkeersopvatting daarvan een *species* is. Zie over de vraag of dat zo is nader § 5.4.2.4 en 5.4.2.5.

99 Zie m.b.t. de in Nederland levende rechtsovertuigingen bijv. M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1036, alwaar die rechtsovertuigingen een belangrijk ‘gezichtspunt’ voor de rechtsvinding worden genoemd. Zie over *topoi* nader § 4.5.2 e.v.

100 Zie nader § 4.5.4. Zie voor een mooi voorbeeld van de constatering van ‘veranderde maatschappelijke opvattingen’ het eind jaren ‘70 gewezen strafrechtelijke arrest met betrekking tot ‘naakt recreëren’: Hof Amsterdam 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 611.

101 Van Mourik 2003, p. 94.

‘Zodra iemands rechtspositie mede wordt bepaald door “maatschappelijke opvattingen” is het oppassen geblazen. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt zodra de wetgever verwijst naar “algemeen erkende rechtsbeginselen” en “in Nederland levende rechtsovertuigingen”. (...)’

Wie op zoek is naar de maatschappelijke opvattingen betreffende een bepaald onderwerp, mag hopen dat deze op een of andere wijze helder aan het licht treden. Maar dat is bij maatschappelijke opvattingen niet steeds het geval.’

Van Mourik signaleert hier ten aanzien van de maatschappelijke opvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen een kenbaarheidsprobleem, maar constateert daarnaast dat de rechter zich niet mag verschuilen achter het feit dat de maatschappelijke opvattingen hem niet bekend zijn.¹⁰² Van Mourik wijst in dat kader uitdrukkelijk op het feit dat ‘maatschappelijk’ duidt op een breder verband dan de opvattingen in het plaatselijke juridische genootschap of de huiskamer van de rechter. De begrippen ‘maatschappelijke opvattingen’ en ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ hebben dus met de verkeersopvatting gemeen dat zij niet steeds kenbaar zijn en vaak niet ‘voor onmiddellijke toepassing gereed’ liggen.¹⁰³

Een tweede waarschuwing betreft het begrip ‘rechtsovertuigingen’. Uit artikel 3:12 BW volgt dat de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ een gezichtspunt zijn bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen.¹⁰⁴ Die overtuigingen zien, zoals hierna zal blijken,¹⁰⁵ op algemeen aanvaarde *gedragsnormen* binnen een specifieke groep van personen. Van *rechtsovertuigingen* wordt echter ook gesproken in meer algemene zin, zonder dat daarmee wordt bedoeld op overtuigingen met betrekking tot gedragsnormen die specifiek gelden binnen een bepaalde, door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding. Het begrip ‘rechtsovertuigingen’ is kortom niet eenduidig en het algemene begrip ‘rechtsovertuigingen’ moet onderscheiden worden van ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’, zoals genoemd in artikel 3:12 BW. Waar ik in dit hoofdstuk spreek over ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ doel ik op de overtuigingen waaraan wordt gerefereerd in artikel 3:12 BW, in de hier aangegeven beperktere zin.¹⁰⁶

Tussen de maatschappelijke opvattingen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen in de zin van artikel 3:12 BW en verkeersopvattingen bestaan,

102 Ik constateerde t.a.v. de verkeersopvatting een soortgelijk kenbaarheidsprobleem, alsmede een verplichting om te beslissen. Zie § 2.2.5, 2.6.2.1 en § 3.2.

103 Zie ook § 2.6.2.1 en § 6.4.2.1-6.4.2.3. Van Mourik raadt voor het achterhalen van dergelijke opvattingen en overtuigingen cafébezoek aan.

104 Art. 3:12 BW is overigens het enige civielrechtelijke artikel waarin wordt verwezen naar ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’.

105 § 5.4.2.3.

106 Te weten overtuigingen die een gedragsnorm inhouden, waaraan – een der – partijen bij een door de redelijkheid en billijkheid beheerste relatie zich dient of dienen te houden.

naast de hier genoemde overeenkomsten, ook verschillen. Van een duidelijke waterscheiding tussen de begrippen is echter geen sprake. Verkeersopvattingen, maatschappelijke opvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen lopen in elkaar over zoals de kleuren van een aquarel.

5.4.1 Maatschappelijke opvattingen

Het begrip *maatschappelijke opvattingen* is een zeer breed begrip. Maatschappelijke opvattingen zien, mijns inziens, niet alleen op juridische opvattingen, maar op opvattingen in de breedste zin van het woord die in de maatschappij leven over onderwerpen van allerlei aard. Het begrip omvat naar mijn mening alle soorten opvattingen die in de maatschappij leven. Onder het begrip vallen bijvoorbeeld opvattingen omtrent moraal en fatsoen (aanspreekwijze, begroetingsvormen, beleefdheidsnormen, kledingvoorschriften), religieuze en levensbeschouwelijke opvattingen (zoals bijvoorbeeld de opvatting van velen dat de zondagsrust gerespecteerd moet worden), politieke opvattingen (socialistisch, liberaal, christendemocratisch, conservatief, progressief en alle mogelijke combinaties en varianten), opvattingen over economie (opvattingen ontleend aan bijvoorbeeld het kapitalistische of juist het communistische ideaal), opvattingen omtrent onze staatsinrichting (bijvoorbeeld opvattingen over de wenselijkheid van een gekozen burgemeester) en zelfs opvattingen omtrent kunst, cultuur en geschiedenis (wie was de 'grootste' Nederlander, wat behoort tot onze geschiedenis canon etc.). Dergelijke opvattingen bestaan feitelijk en zijn – tot op zekere hoogte¹⁰⁷ – meetbaar.

Deze *maatschappelijke opvattingen* in brede zin, zijn lang niet altijd relevant voor het recht of, meer in het bijzonder, voor ons vermogensrecht. Een snelle verkenning van de civielrechtelijke jurisprudentie leert dat maatschappelijke opvattingen – in brede zin – in het vermogensrecht vooral een rol spelen bij: de natuurlijke verbintenis,¹⁰⁸ in het erfrecht,¹⁰⁹ in het personen- en familierecht¹¹⁰ (waaronder het huwelijksgoederenrecht¹¹¹), en bij de beoordeling

107 Zie § 3.3.1 over de problemen bij het meten van de 'publieke opinie'.

108 De maatschappelijke opvattingen worden met zoveel woorden genoemd in art. 6:3 BW. Zie voor die rol bij natuurlijke verbintenissen bijv. HR 9 november 1990, NJ 1992, 212 m.nt. WMK (*Nahar/Cornes*); Hof Amsterdam 18 januari 1996, NJ 1997, 726 (*natuurlijke verbintenis tot verstrekken studietoelage*) en HR 15 september 1995, NJ 1996, 616 m.nt. WMK (*Le Miralda*).

109 Maatschappelijke opvattingen spelen bijv. een rol bij de bepaling van de inhoud van het begrip gemeenschappelijke huishouding in de Successiewet. Zie ook Rb. Alkmaar 4 mei 1994, NJ 1995, 281 (*hertrouwclausule in testament*).

110 Zie bijv. HR 10 december 1976, NJ 1977, 587 (*alimentatie*); HR 29 juni 1979, NJ 1980, 298 (*limitering alimentatie*); HR 16 april 1993, NJ 1994, 328 m.nt. EAAL (*alimentatie*); HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 61 (*limitering alimentatie*); HR 18 april 1997, NJ 1997, 571 m.nt. JdB (*limitering alimentatie*); HR 19 januari 2001, NJ 2001, 274 (*limitering alimentatie*); Rb. Zutphen 28 augustus 2001, NJ 2001, 702 (*alimentatie*); HR 3 juni 2005, NJ 2005, 381 m.nt. SW (*alimentatie gewezen echtgenoot met nieuwe affectieve relatie*).

van allerlei specifieke vragen omtrent onrechtmatigheid en aansprakelijkheid. Ik noem de bodemverontreinigingszaken,¹¹² asbestzaken,¹¹³ de beoordeling van hinder,¹¹⁴ en de vraag of sprake is van oneerlijke concurrentie door de overheid.¹¹⁵ Recentelijk oordeelde de Hoge Raad dat maatschappelijke opvattingen een rol spelen bij beantwoording van de vraag in hoeverre de werkgever verplicht is zijn werknemers te verzekeren tegen schade ten gevolge van verkeersongevallen.¹¹⁶ Daarnaast werd op de maatschappelijke opvattingen een beroep gedaan bij een beslissing over de verplichting tot het geven van afschriften van tuchtrechtelijke uitspraken¹¹⁷ en bij de uitleg van het IPR-begrip ‘woonplaats’.¹¹⁸

Maatschappelijke opvattingen spelen niet alleen een rol in het civiele recht. Binnen het strafrecht speelden maatschappelijke opvattingen – vooral in de jaren '60 en '70 – een rol bij beslissingen over de vraag of gedragingen, geschriften, films of afbeeldingen aanstotelijk voor de eerbaarheid waren.¹¹⁹ Civielrechtelijk pendant hiervan is het arrest Stichting Boycot Outspan Aksie/Bond van Adverteerders.¹²⁰ In die zaak was de vraag aan de orde of een advertentie volgens de bij de overgrote meerderheid van de bevolking levende opvattingen in ernstige mate wansmakelijk of onfatsoenlijk was. Daarnaast

111 Maatschappelijke opvattingen spelen bijv. een rol bij de bepaling van de omvang van de huwelijksgoederengemeenschap, zie bijv. HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1034 en vragen omtrent de verknochtheid van goederen, zie bijv. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693 (*immateriële schadevergoeding bij whiplash*).

112 Zie bijv. HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 462 m.nt. CJHB (*Staat/van Amersfoort*); HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 en 644 m.nt. CJHB (*Van Wijngaarden/Staat*); HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK (*Sijpesteijn c.s./De Marez Oyens c.s.*).

113 Zie bijv. HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 m.nt. CJHB (*Hertel B.V./Van der Lugt c.s.*). Vergl. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (*De Schelde/Cijsouw c.s.*).

114 Zie bijv. HR 21 oktober 2005, *NJ* 2006, 418 m.nt. CJHB (*Ludlage/Van Paradijs c.s.*).

115 Zie bijv. HR 8 maart 1974, *NJ* 1974, 264 (*Vecta c.s./Staat*); Hof Den Haag 22 maart 2001, *NJ* 2001, 443 (*Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en binnenvaart c.s./Staat*).

116 HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (*Taxicentrale Nijverdal*), r.o. 3.4.1.

117 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 613 (*Staat/Stichting WORM*): ‘Mede gelet op de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de openbaarheid van rechterlijke uitspraken en de beschikbaarheid daarvan voor het publiek, moet worden aangenomen dat – op voorwaarde dat met het oog op de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer de anonimiteit van de bij de procedure betrokken personen gewaarborgd is – in beginsel geen bezwaar bestaat tegen het op verzoek verstrekken van afschriften van die uitspraken.’

118 HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 282 m.nt. ThMdB (C./K.).

119 Art. 239 en 240 Sr. Zie HR 23 maart 1965, *NJ* 1965, 260; HR 19 november 1968, *NJ* 1969, 360; HR 17 november 1970, *NJ* 1971, 373 (*Chick*); HR 13 juni 1972, *NJ* 1973, 297; HR 19 december 1972, *NJ* 1974, 502; Rb. Rotterdam 26 februari 1973, *NJ* 1973, 296; HR 19 november 1974, *NJ* 1975, 133; HR 29 maart 1977, *NJ* 1978, 199; Hof Amsterdam 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 611; HR 28 november 1978, *NJ* 1979, 93 (*Deep Throat*).

120 Hof Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422.

duikt de invloed van maatschappelijke opvattingen op in het pensioenrecht,¹²¹ in het fiscale recht,¹²² bestaat die invloed op het stelsel van sociale zekerheid en spelen ze een rol bij grote levensvragen zoals de geoorloofdheid van euthanasie en abortus.

Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten om de maatschappelijke opvattingen (in het algemeen) die relevantie hebben voor het recht hier uitgebreid te bespreken.¹²³ Ik concentreer mij op die maatschappelijke opvattingen die in de literatuur wel in verband zijn gebracht met verkeersopvattingen.¹²⁴ Dat zijn vooral maatschappelijke opvattingen omtrent het bestaan van natuurlijke verbintenissen (art. 6:3 BW) en maatschappelijke opvattingen die van invloed zijn bij de beoordeling van onrechtmatigheidsvragen, in het bijzonder de juridische problematiek rondom bodemverontreiniging.

5.4.1.1 Maatschappelijke opvattingen en natuurlijke verbintenissen

De vraag of sprake is van een natuurlijke verbintenis wordt – in gevallen waarin niet de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis haar afdwingbaarheid onthoudt¹²⁵ – sinds het arrest Goudse Bouwmeester¹²⁶ beantwoord aan de hand van de ‘voorschriften van moraal en fatsoen’. In een later arrest spreekt de Hoge Raad over ‘algemeen gangbare opvattingen van moraal en fatsoen’.¹²⁷ Deze in de rechtspraak gehanteerde terminologie (‘naar algemene

121 HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 395 m.nt. JdB (S./D.). De verandering in de Wet op de Loonbelasting werken door in het pensioenrecht via de Wet fiscale behandeling pensioenen. Zie over de invloed van veranderende maatschappelijke opvattingen op het pensioenrecht bijv. M.J. Bik en M. Haperink, ‘Enkele aspecten van pensioen in de loonbelasting’, *Forfaitair* 2001 nr. 115, p. 3-8.

122 Maatschappelijke opvattingen bepalen de inhoud en omvang van het fiscale loonbegrip, zie art. 11 lid 1 sub a en b Wet LB. Zie daarover bijv. J.E.A.M. Van Dijk en I.J.F.A. Van Vijfeijken, *Het fiscale loonbegrip na 2000* (Fiscale Brochures deel LB), Deventer: Kluwer 2007.

123 Dit onderwerp verdient mijns inziens breder vervolgonderzoek, eveneens met het oog op de in de civielrechtelijke literatuur inmiddels voorzichtig ontstane discussie m.b.t. de invloed van de multiculturele samenleving op het recht. Zie bijv. Mulder 1999, p. 337-346; Loth 1999, p. 321-324 (specifiek over rechtsvinding op de Nederlandse Antillen); Smits 2000, p. 289-292; Sijmonsma 2001, p. 128-131 (met naschrift van Smits, p. 131-132); Van Manen 2005, p. 234-238; Nieuwenhuis 2005, p. 262-265; W. van der Burg, C.J.M. Schuyt en J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en Recht* (Preadviezen NJV 2008), Deventer: Kluwer 2008.

124 Zie bijv. Wiarda/Koopmans 1999, p. 49-50; Asser-Veegens 2005, nr. 105; Rogmans 2007, nr. 7 en 48.

125 Die gevallen worden immers gekwalificeerd als *natuurlijke verbintenis* op grond van art. 6:3 lid 2 sub a BW. Zie nader Van Mourik 2003, p. 93.

126 HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777 m.nt. PS.

127 HR 30 november 1945, NJ 1946, 62 (*De Visser/Harms*). Na dit arrest is de terminologie nog divers. Niet steeds wordt door rechterlijke colleges verwezen naar de ‘algemeen gangbare opvattingen’ of ‘algemene opvattingen’ (zie echter de arresten genoemd in MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 83). Ook in later jaren wordt nog steeds wel gesproken over een voorschrift of een dringende verplichting van moraal en fatsoen. Zie bijv. HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 692 m.nt. WMK (*vergoedingsrechten bij koude uitsluiting*).

opvattingen' of 'naar algemeen gangbare opvatting') is door de wetgever bewust vermeden. De term *algemeen* kan, zo stelt de wetgever, de indruk wekken dat de omvang van de kring van personen waarin de betreffende opvattingen leven niet beperkt zou kunnen worden. Het is volgens de wetgever echter aan de rechter overgelaten om de omvang van de relevante kring van personen te bepalen.¹²⁸

Sinds de invoering van het Nieuw BW is het fenomeen 'natuurlijke verbintenis op grond van een verplichting van moraal en fatsoen' gecodificeerd in artikel 6:3 BW.¹²⁹ De vraag die daarbij steeds voorligt is, of:

'iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, *naar maatschappelijke opvattingen* als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt.' [cursivering PM]

De verwijzing naar de maatschappelijke opvattingen is in het wetsartikel opgenomen om duidelijk te maken dat het gaat om een objectieve – of objectiverende – maatstaf.¹³⁰ Aan het subjectieve inzicht of gevoel van degene die de prestatie voldoet, komt geen beslissende betekenis toe.¹³¹

Volgens Rogmans bestaat geen inhoudelijk verschil tussen verkeersopvattingen en de maatschappelijke opvattingen waarnaar wordt verwezen in artikel 6:3 BW.¹³² Anderen menen echter dat het begrip maatschappelijke opvattingen *ruimer* is dan het begrip verkeersopvattingen.¹³³ In dat verband wordt opgemerkt dat de verkeersopvatting zou verwijzen naar opvattingen van meer economische aard, en maatschappelijke opvattingen naar opvattingen van algemenere aard.¹³⁴

Het is de vraag of deze opmerking – het beweerdelijk minder economisch van aard zijn van maatschappelijke opvattingen – opgaat daar waar het natuurlijke verbintenissen betreft. Wij zien dat 'dringende morele verplichtingen'

128 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 83.

129 Aanvankelijk werd in het artikel gesproken van een verplichting van 'zedelijk-maatschappelijke aard'. Na commentaar van de kamercommissie dat het begrip 'natuurlijke verbintenis' daarmee te 'eng' en onduidelijk zou worden, is gekozen voor de huidige, objectievere redactie. De verwijzing naar het fatsoen is verdwenen, terwijl voorts alleen 'dringende' verplichtingen tot een natuurlijke verbintenis kunnen leiden.

130 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 83-84.

131 Zo ook HR 9 november 1990, NJ 1992, 212 m.nt. WMK (*Nahar/Cornes*) en HR 15 september 1995, NJ 1996, 616 m.nt. WMK (*Le Miralda*).

132 Rogmans 2007, nr. 48.

133 Wiarda/Koopmans 1999, p. 49-50. Vergl. Asser-Veegens 2005, nr. 105.

134 Wiarda/Koopmans 1999, p. 49-50; Asser-Veegens 2005, nr. 105. Rogmans 2007, nr. 48. Vergl. Wichers 2002, p. 32, die meent dat de verkeersopvatting vooral verwijst naar het economisch- en handelsverkeer.

met name worden aangenomen in het huwelijksvermogensrecht en erfrecht.¹³⁵ Dat gebeurt in gevallen van 'koude uitsluiting' of gevallen waarin een wettelijke alimentatieplicht ontbreekt, maar waarin, op grond van dringende morele verplichtingen, wel een 'verzorgingsplicht' en een 'aanspraak op verzorging' moet worden aangenomen.¹³⁶ Bij de vraag of een verzorgingsplicht bestaat, moet acht worden geslagen op de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijdse welstand en behoefte van partijen.¹³⁷ De kwalificatie van een rechtsverhouding als natuurlijke verbintenis heeft bovendien alleen dan materieel effect indien er een *vermogensverschuiving* heeft plaatsgevonden.¹³⁸ Het is juist die vermogensverschuiving die niet – als onverschuldigd – kan worden teruggedraaid indien blijkt van het bestaan van een dringende morele verplichting.

Hoewel verzorgingsplichten dus persoonsgebonden, niet verhandelbaar en in die zin niet economisch van aard zijn, spelen *economische overwegingen* juist wel degelijk een rol bij beoordeling van de vraag of een natuurlijke verbintenis bestaat. Bij de beoordeling of een verzorgingsplicht moet worden aangenomen, spelen immers met name de welstand en behoefte en de overige – financiële – omstandigheden van partijen ten tijde van het verrichten van de prestatie een rol.¹³⁹ Een verzorgingsplicht wordt sneller aangenomen naarmate degene jegens wie de morele verplichting bestaat, minder goed zelf in zijn bestaansbehoeften kan voorzien. De rechtsvraag is bovendien steeds of een *vermogensverschuiving* al dan niet moet worden teruggedraaid.

Het verschil met verkeersopvattingen is in deze gevallen, mijns inziens, niet zozeer gelegen in een verschil van invloed van overwegingen van al dan niet economische aard,¹⁴⁰ maar vooral in het feit dat de maatschappelijke opvattingen inhoud geven aan een *gedragsnorm*; een 'dringende morele verplichting'. Het brede(re) begrip maatschappelijke opvattingen in artikel 6:3 BW omvat duidelijk gedragsnormen, sterker nog, is zelfs *gericht op* gedragsnormen. Het is dan ook verheugend dat deze gedragsnorm wordt geobjectiveerd met behulp van de 'maatschappelijke opvattingen' en niet met een verwijzing

135 Dat is het geval sinds het arrest HR 30 november 1945, NJ 1946, 62 (*De Visser/Harms*). Van Mourik (2003, p. 93) spreekt van een *hoofdrol* in het familievermogensrecht. Zie ook Valk 2007 (*T&C BW*) art. 6:3, aant. 3.

136 Van Mourik 2003.

137 Zie bijv. HR 15 september 1995, NJ 1996, 616 m.nt. WMK (*Le Miralda*), kritisch besproken door Van Mourik (2003, p. 97) en HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 1 m.nt. WMK (*B./S.*).

138 Hierop wijst Kleijn in zijn noot (sub 3 ad b) onder HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 1.

139 HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 692 m.nt. WMK en HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 1 m.nt. WMK.

140 De opmerking dat het bij verkeersopvattingen meestal zou gaan om 'opvattingen van deelnemers aan het economische verkeer' (zie Asser-Veegens 2005, nr. 105), bakent mijns inziens sowieso de kring van personen nauwelijks nader af, nu vrijwel iedereen in Nederland (behalve wellicht kleine kinderen en hoogbejaarden) deelneemt aan het economisch verkeer.

naar de verkeersopvatting.¹⁴¹ De juistheid van de observatie dat maatschappelijke opvattingen juist gedragsnormen ‘inkleuren’, wordt ondersteund door het feit dat maatschappelijke opvattingen tevens een rol spelen bij de beoordeling van hinder, onrechtmatige daden en (in het Strafrecht) bij de beoordeling van aan de zeden aanstootgevende publicaties en gedragingen. Steeds is dan de vraag of het te beoordelen *gedrag* naar maatschappelijke opvattingen al of niet door de beugel kan.

5.4.1.2 Maatschappelijke opvattingen en bodemverontreiniging

Niet altijd behelzen voor het vermogensrecht relevante maatschappelijke opvattingen echter gedragsnormen. Dit blijkt bij nadere bestudering van de bodemverontreinigingskwesaties, alsmede een aantal asbestzaken waarin wordt verwezen naar maatschappelijke opvattingen. De bodemverontreinigingsproblematiek is in het verleden in verband gebracht met de verkeersopvatting,¹⁴² voor de asbestzaken geldt dat (nog) niet.

In het kader van de juridische vragen die rezen rondom het verhaalsrecht van de overheid bij bodemverontreiniging (art. 21 IBS) speelden maatschappelijke opvattingen een rol bij de invulling van het relativiteitsvereiste. Nadat de Hoge Raad had geoordeeld dat van een verhaalsrecht alleen sprake kon zijn indien aan alle vereisten van onrechtmatige daad was voldaan,¹⁴³ rees de vraag vanaf *welk tijdstip* voor ondernemers duidelijk was dat bodemverontreiniging voor de Staat een vermogensnadeel met zich meebracht. Volgens de Hoge Raad zijn daarbij:¹⁴⁴

‘in het bijzonder van belang de *maatschappelijke opvattingen* omtrent de ernst van bodemverontreiniging, die ertoe hebben geleid dat de overheid zich de zorg voor het milieu ook op dat punt is gaan aantrekken. Die opvattingen hebben immers enerzijds invloed gehad op het overheidsbeleid en de wetgeving, anderzijds op het inzicht van ondernemers in de schadelijke gevolgen van bodemverontreiniging en de te verwachten reactie van de overheid op die verontreiniging.’ [cursive-ring PM]

De Hoge Raad stelt in het arrest Van Wijngaarden/Staat,¹⁴⁵ met het oog op de rechtszekerheid en rechtseenheid, zelfstandig vast hoe die maatschappelijke

141 De verkeersopvatting verwijst immers juist *niet* naar gedragsnormen, zie § 4.2.1, 5.2.3 en 6.4.1.

142 Brunner in zijn noot onder HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 en 644 (*Van Wijngaarden/Staat en Staat/Akzo*); Asser-Veegens 2005, nr. 105; Rogmans 2007, nr. 7. Vergl. Meijer 2007.

143 HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 m.nt. CJHB (*Staat/Van Amersfoort*).

144 HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 en 644 m.nt. CJHB onder 644 (*Van Wijngaarden/Staat en Staat/Akzo*), r.o. 3.5.

145 HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 m.nt. CJHB onder 644. Zie over dit arrest nader Van Maanen 1992, p. 171-175 en Vranken 1993, p. 2-7, en de door hen aangehaalde bronnen.

opvattingen zich hebben ontwikkeld.¹⁴⁶ Hij concludeert dat het voor ondernemers vanaf 1 januari 1975 duidelijk moet zijn geweest dat ernstige bodemverontreiniging vermogensnadeel voor de overheid met zich meebracht, omdat de Staat zich het saneringsbelang aantrok. De hier geformuleerde vuistregel,¹⁴⁷ die gold voor verontreinigingen van het eigen bedrijfsterrein, werd in de arresten van 30 september 1994 doorgetrokken voor gevallen van verontreiniging door het storten van afvalstoffen op terreinen van anderen.¹⁴⁸

De maatschappelijke opvattingen worden hier gehanteerd om te bepalen *vanaf welk moment* voor ondernemers duidelijk was of moest zijn dat de Staat zich – op een voor derden kenbare wijze – het saneringsbelang aantrok van ernstig vervuilde grond.¹⁴⁹ Het gaat in deze gevallen dus niet zozeer om de beoordeling van gedrag of om het formuleren van een gedragsnorm. De vraag is met andere woorden *enkel normatief* van aard.

Een vergelijkbaar gebruik van maatschappelijke opvattingen wordt gemaakt in de asbestzaken Cijssouw II en Hertel B.V./Van der Lugt.¹⁵⁰ In de eerste kwestie bepalen de maatschappelijke opvattingen mede de omvang van de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7A:1638x. In de laatste kwestie worden maatschappelijke opvattingen ten tijde van de verweten gedragingen of nalatigheden *beslissend* geacht voor beantwoording van de vraag of door Hertel B.V. onrechtmatig is gehandeld, nu tussen haar en werknemer Van der Lugt geen arbeidsovereenkomst bestond. De Hoge Raad vervolgt:¹⁵¹

‘Bij de beantwoording van de zojuist geformuleerde vraag heeft vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken derde behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt.’

De verhoogde zorgvuldigheidsnorm gaat gelden op het moment dat de derde *bekend moet worden geacht* met het gezondheidsrisico. De voor onrechtmatigheid

146 Kritisch over de wijze waarop de Hoge Raad dat doet is Vranken (1993, p. 4-5), die het betreurt dat de Hoge Raad zich uitsluitend beroept op ‘parlementaire stukken’.

147 Zie Van Maanen 1992, p. 173.

148 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 allen m.nt. CJHB (*Staat-Gemeente Ouderkerk/Shell, Staat/Solvay Duphar, Staat/Fasson Nederland & Van den Brink, Van den Brink/Staat*). Vergl. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 (*Sijpesteijn c.s./De Marez Oyens c.s.*) met betrekking tot de mededelingsplicht bij de verkoop van een huis met daarbij een ingegraven lekkende huisbrandolietank.

149 Het moge duidelijk zijn dat aan deze hantering van de maatschappelijke opvattingen een economisch aspect kleef. Het gaat immers om de vraag op welk moment voor ondernemers duidelijk was dat de overheid zich genoodzaakt zag – hoge – kosten te gaan maken.

150 HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. JBMV (*De Schelde/Cijssouw c.s.*) en HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 m.nt. CJHB (*Hertel B.V./Van der Lugt*).

151 R.o. 3.7 sub c.

beslissende vraag of van dergelijke bekendheid sprake is, wordt beantwoord aan de hand van de *maatschappelijke opvattingen*. Ook in dit geval is sprake van een enkel normatieve beoordeling. Vanaf welk moment was het voor de werkgever (of de derde die enige mate van zorg moest betrachten ten aanzien van niet-werknemers) duidelijk of behoorde voor hem duidelijk te zijn dat gevaar voor de gezondheid van werknemers of niet-werknemers bestond?¹⁵²

De maatschappelijke opvattingen met betrekking tot deze vraag worden door de Hoge Raad niet nader ingevuld, terwijl naar die opvattingen bovendien in een recentere asbestzaak niet meer wordt verwezen.¹⁵³ Veeleer lijkt de Hoge Raad aan te nemen dat vanaf 1949 het gevaar van het ontstaan van asbestose als gevolg van het werken met asbest algemeen bekend was.¹⁵⁴ Voor de vraag of de werkgever daadwerkelijk aansprakelijk is voor de schade door asbestgerelateerde ziekten lijken inmiddels de overige feiten en omstandigheden van het specifieke geval de doorslag te geven.¹⁵⁵

5.4.1.3 Verschillen tussen maatschappelijke opvattingen en verkeersopvattingen

Uit de voorgaande alinea's valt op te maken dat het verschil tussen maatschappelijke opvattingen en verkeersopvattingen mijns inziens niet zozeer is gelegen in een verschil in 'economische aard'. Verkeersopvattingen zijn niet steeds economisch van aard,¹⁵⁶ terwijl bij maatschappelijke opvattingen economische overwegingen een rol (kunnen) spelen. Het begrip maatschappelijke opvattingen is desondanks, ook naar mijn mening, *ruimer* van aard dan het begrip verkeersopvattingen, echter om andere redenen dan door de verschillende auteurs wordt aangenomen.¹⁵⁷ Die ruimere aard wordt niet zozeer veroorzaakt door een verschil in economische inslag, maar door drie andere verschillen tussen maatschappelijke opvattingen en verkeersopvattingen.

152 De vraag hangt nauw samen met de vraag of van de werkgever destijds gevergd kon worden voorzorgsmaatregelen te nemen om de gezondheidsrisico's te beperken. Volgens annotator Vranken onder HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 (*De Schelde/Cijsouw c.s.*), vergt het concretiseren van de maatschappelijke opvattingen daaromtrent een onderzoek naar de tijdgeest van de jaren vijftig en zestig.

153 Zie HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB (*Van Buuren Van Swaay/Heesbeen c.s.*).

154 Het feit dat werken met asbest – en met name gering blootstelling daaraan – ook mesotheliom kon veroorzaken was pas later (in ieder geval vanaf 1969) bekend, zie de conclusie van A-G Spier sub 11 voor HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB (*Van Buuren Van Swaay/Heesbeen c.s.*).

155 Zie HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB (*Van Buuren Van Swaay/Heesbeen c.s.*). Daarin noemt de Hoge Raad: de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.

156 Zo bepalen ethische overwegingen – mede – de inhoud van de verkeersopvatting bij de afbakening van het zaaksbegrip; een stoffelijk overschot is bijv. op grond van louter ethische overwegingen geen zaak in de zin van art. 5:1 BW. Zie ook Van der Steur 2003, p. 138-140.

157 Wiarda/Koopmans 1999, p. 49-50. Vergl. Asser-Veegens 2005, nr. 105.

Ten eerste zagen we dat maatschappelijke opvattingen niet per definitie, en zelfs vaak juist niet, van juridische aard zijn.¹⁵⁸ Voor zover deze maatschappelijke opvattingen een rol spelen in het recht is echt sprake van receptie van *buitenjuridische* opvattingen. Vranken merkt in dit verband terecht op dat de in de maatschappij levende opvattingen meestal niet rechtstreeks toetsbaar zijn, maar pas in door het juridisch forum gefilterde en gepreciseerde vorm.¹⁵⁹ Anders dan verkeersopvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn maatschappelijke opvattingen daardoor mijns inziens niet zozeer een – zelfstandige – inspiratiebron voor de rechtsvorming en lenen zij zich minder voor *transformatie*.¹⁶⁰

Ten tweede zijn deze maatschappelijke opvattingen zeer pluriform van aard, in die zin dat hiertoe zowel gedragsnormen als alle andere mogelijke opvattingen omtrent behoren gerekend moeten worden, en misschien zelfs opvattingen die niet onmiddellijk een behoren betreffen.¹⁶¹ Een belangrijk verschil met verkeersopvattingen is dan ook hierin gelegen dat maatschappelijke opvattingen mede gedragsnormen behelzen, zoals bijvoorbeeld beleefdheidsnormen en opvattingen omtrent morele verplichtingen.

Ten derde is het begrip maatschappelijke opvattingen, anders dan het begrip verkeersopvatting, niet per definitie rechtsvraaggebonden. Kenmerkend voor maatschappelijke opvattingen lijkt dat zij niet steeds zien op een rechtsvraag die ter beoordeling voorligt, maar ook los daarvan, in het algemeen bestaan. De maatschappelijke opvatting dat het netjes is om een onbekende vrouw de hand te schudden wanneer men aan haar wordt voorgesteld, bestaat los van de (rechts)vraag of ook een Imam zich aan deze maatschappelijk aanvaarde gedragsnorm dient te houden. Maatschappelijke opvattingen omtrent de aanvaardbaarheid van abortus en euthanasie bestaan los van de rechtsvraag of een van beide in een specifiek geval en onder specifieke omstandigheden aanvaardbaar en toelaatbaar is. Maatschappelijke opvattingen zijn waarschijnlijk dan ook algemener en minder specifiek van aard dan de in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen.

158 Brunner merkt over de maatschappelijke opvattingen met betrekking tot de taak van de overheid bij bodemverontreiniging op dat de vraag vanaf welk moment rekening moest worden gehouden met een actief ingrijpen van de overheid goeddeels *feitelijk* van aard is. Zie zijn noot onder NJ 1993, 644 (*Staat/Akzo*). Hetzelfde geldt mijns inziens voor het moment waarop bedrijven bekend waren of konden zijn met de gezondheidsrisico's van het werken met asbest.

159 Asser-Vranken 1995, nr. 104 (voetnoot 57).

160 Zie hierna § 6.3.2.

161 Ik denk bijv. aan opvattingen omtrent kunst, cultuur en geschiedenis.

5.4.2 De in Nederland levende rechtsovertuigingen

Dichter bij de verkeersopvattingen liggen mijns inziens de in Nederland levende rechtsovertuigingen, zoals genoemd in artikel 3:12 BW.¹⁶² Aan deze *rechtsovertuigingen* – het woord zegt het al – zit in ieder geval onmiskenbaar steeds een juridisch tintje. Bij dit begrip gaat het overduidelijk om opvattingen en overtuigingen die een rol spelen in rechte.¹⁶³ In die zin lijken deze rechtsovertuigingen meer op verkeersopvattingen dan de reeds besproken maatschappelijke opvattingen.

Sommige auteurs menen dat de verkeersopvatting een *subcategorie* of *species* is van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.¹⁶⁴ Volgens de bewerkers van Asser-Veegens kan de verkeersopvatting zelfs *vereenzelvd* worden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen.¹⁶⁵ Dubbink vraagt zich echter juist af *of* verkeersopvattingen wel een species zijn van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.¹⁶⁶ Hij meent van niet en wijst daartoe op het feit dat iemand gebonden kan zijn aan de verkeersopvattingen die in zekere kring gelden zonder dat hij zelf tot die kring behoort.¹⁶⁷

‘Dit ligt anders bij de in artikel 12 bedoelde in een bepaalde kring geldende rechtsovertuigingen, die alleen ten aanzien van kring-leden kunnen meewerken aan het billijkheidsoordeel.’

Volgens Dubbink handhaaft ook Wiarda om die reden de verkeersopvattingen als ‘afzonderlijke categorie’ naast de redelijkheid en billijkheid.¹⁶⁸

De meningen over de verhouding tussen verkeersopvattingen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn kortom verdeeld. Om meer zicht te krijgen op de onderlinge verhouding tussen de twee begrippen bespreek ik de achtergrond van het begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’, de bewuste pluriformiteit van dit begrip, de vraag of het – alleen – om gedragsnormen gaat en de vraag of de verkeersopvatting wellicht een *species* is van dit begrip.

162 Een bespreking van het algemenere begrip ‘rechtsovertuigingen’ blijft buiten beschouwing. Zie mijn opmerking in de inleiding van § 5.4.

163 Al meent bijv. Van Manen (2005, p. 236) dat via dit begrip *buitenjuridische overwegingen* worden binnengehaald.

164 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293; Haazen 2001, p. 247-248; Van der Wiel 2004, p. 206 en 294; Rogmans 2007, nr. 12. De laatste spreekt van een verschil in ‘niveau’, waarbij rechtsovertuigingen op hetzelfde niveau staan als rechtsbeginselen en verkeersopvattingen een ‘uitwerking’ daarvan vormen.

165 Asser-Veegens 2005, nr. 105.

166 Dubbink 1990, p. 377.

167 Dubbink 1990, p. 377.

168 Hij verwijst naar de derde druk (1988) van Wiarda’s *Drie typen van rechtsvinding*, p. 54.

5.4.2.1 Achtergrond van het begrip

Ons huidige artikel 3:12 BW maakte oorspronkelijk deel uit van de inleidende titel van het ontwerp BW.¹⁶⁹ Deze negen artikelen omvattende titel bevatte regels voor de rechtsvinding. In de artikelen werden de verschillende rechtsbronnen benoemd en werd iets gezegd over hun onderlinge rangorde. Op de titel is scherpe kritiek gekomen.¹⁷⁰ Zij is nooit ingevoerd, maar de artikelen 7 (aanknopingspunten voor invulling van de billijkheid), 8 (misbruik van bevoegdheid) en 9 (geen uitoefening van een bevoegdheid in strijd met het publiekrecht) zijn overgebracht naar boek 3 en vormen thans artikel 3:12, 3:13 en 3:14 BW. Ik concentreer mij op artikel 3:12 BW.

Dubbink heeft zich gebogen over de vraag of dit artikel ten gevolge van haar overbrenging naar boek 3 een verandering in betekenis heeft ondergaan.¹⁷¹ Hij meent dat dit inderdaad het geval is. Met de billijkheid in de artikelen van de inleidende titel doelde Meijers op de billijkheid als ‘meest subsidiaire rechtsbron’; een rechtsbron die uitkomst moest bieden indien de andere rechtsbronnen (wet en gewoonterecht) dat niet deden.¹⁷² In die zin ging het om ‘billijkheid buiten de wet’, ofwel om het aanvullen van leemten in de wet, en niet om billijkheid waarnaar in wettelijke bepalingen werd verwezen. Door haar overbrenging naar artikel 3:12 BW is de bepaling echter van belang geworden voor de nadere invulling van, wat Dubbink noemt, ‘de billijkheid binnen de wet’.¹⁷³ Het artikel is deel gaan uitmaken van het vermogensrecht, zoals dat al grotendeels was vastgelegd voordat het artikel naar boek 3 werd overgebracht.¹⁷⁴ Een gevolg daarvan is volgens Dubbink, dat vooral de begrippenwereld van Boek 6 bepalend is geworden voor artikel 3:12 BW.

Heeft de verplaatsing van het artikel naar boek 3 eveneens gevolgen gehad voor het begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’? Voor het antwoord op die vraag is het van belang te weten wat Meijers verstond onder het – in het oorspronkelijke artikel 7 gebezigde – begrip *de in het Nederlandse*

169 Het betrof art. 7: ‘Bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen, en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.’

170 Zie bijv. Kisch 1955; De Gaay Fortman 1961 en de door laatstgenoemde auteur aangehaalde bronnen.

171 Dubbink 1990, p. 359-362 en 375-376.

172 Dit volgt uit de eerste zin van de toelichting op de inleidende titel, E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting eerste gedeelte (Boek 1-4)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij 1954; zie Dubbink 1990, p. 360 en Den Tonkelaar (*Vermogensrecht I*), art. 3:12 BW, aant. 3.

173 Dubbink 1990, p. 361-362, 376. Hij merkt echter op dat het artikel niet alleen geldt voor de ‘binnen de wet’ vallende ongeschreven regels van redelijkheid en billijkheid, maar daarnaast ook kan worden toegepast op vragen van billijkheid ‘buiten de wet’.

174 Zie Dubbink 1990, p. 362.

volk levende rechtsovertuigingen. Meijers merkt daarover in de toelichting weinig anders op dan dat die rechtsovertuigingen (net als de erkende rechtsbeginselen) in het wettenrecht en het gewoonterecht 'belichaamd zijn'.¹⁷⁵ Daarnaast schrijft hij:¹⁷⁶

'Door een wijziging der rechtsovertuiging, door een wijziging der maatschappelijke verhoudingen kan een regel, die vroeger als billijk werd erkend, ophouden dit te zijn.'

Opvallend is dat Meijers hier spreekt over *de rechtsovertuiging* in enkelvoud. Die rechtsovertuiging hangt volgens Meijers samen met de maatschappelijke verhoudingen. Hij wees echter al in 1927 op het steeds 'veelvoudiger en schakeeringrijker worden der maatschappelijke verhoudingen'.¹⁷⁷ Nieuwenhuis spreekt desondanks met betrekking tot artikel 7 van de inleidende titel over: 'refereren aan de waardenconsensus van de *rechtsgemeenschap*'.¹⁷⁸ Ook volgens Dubbink is het waarschijnlijk dat de in artikel 7 bedoelde rechtsovertuigingen 'algemeen aanvaard' moesten zijn:

'De toelichting bespreekt het punt niet, maar wekt de indruk, dat het om een "algemeen gedeelde rechtsovertuiging" moet gaan.'

Dubbink wijst op het feit dat Meijers in 1927 het gewoonterecht omschreef als 'een door de rechtsovertuiging van het ganse volk gedragen en algemeen toegepast recht'.¹⁷⁹ Andere auteurs brengen de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' eveneens in verbinding met het gewoonterecht.¹⁸⁰ Ik ga hier niet nader in op de verhouding tussen in Nederland levende rechtsovertuigingen en gewoonterecht, maar volsta met de constatering dat het waarschijnlijk – maar niet geheel zeker – is dat het begrip *in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen* in artikel 7 verwees naar de 'algemeen aanvaarde rechtsovertuiging'. Die binnen Nederland algemeen aanvaarde rechtsovertuiging – die doet

175 T.M., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032.

176 T.a.p.

177 Meijers 1954/1927, p. 27 en 29.

178 Nieuwenhuis 1976, p. 509. Vergl. Kisch 1955, p. 152, die spreekt over: 'het billijkheidsoordeel van alle normale burgers, van alle redelijk oordelende mensen'.

179 Dubbink 1990, p. 361. Hij verwijst t.a.p. naar Meijers 1954/1927, p. 26-27. Als voorbeelden van dergelijk gewoonterecht noemde Meijers: 'die rechtsfeiten, die in het leven van bijna iedereen plaats vinden. Het zijn feiten als meerderjarig worden, huwelijk, geboorte, erfopvolging, enz.'

180 Zie bijv. Van Manen 2005, p. 237 en Zwolve 2002, p. 608; Reurich 2005, p. 93. In het in verband brengen van de in Nederland levende rechtsovertuigingen met de gewoonte zit een ongerijmdheid, gelet op het feit dat de billijkheid in de inleidende titel juist werd onderscheiden van het gewoonterecht. Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1035: 'De billijkheid (...) omvat het geheel van die rechtsregels, die noch in de wet (...) noch in het gewoonterecht zijn te vinden.'

denken aan de *gemeinsame Volksüberzeugung* – was een gezichtspunt voor de invulling van de billijkheid als meest subsidiaire rechtsbron.

Anders ligt dat in ieder geval ten aanzien van ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ genoemd in artikel 3:12 BW. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk gewezen op de *pluriformiteit* van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.

5.4.2.2 Bewuste pluriformiteit

Ten tijde van de verplaatsing van artikel 7 van de inleidende titel naar boek 3, is door de wetgever bewust gekozen voor de term *rechtsovertuigingen* in meer-voud. De zinsnede over de ‘in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen’ werd welbewust gewijzigd in ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen.’ De wetgever stelt met zoveel woorden:¹⁸¹

‘Een tweede wijziging bestaat hierin dat de woorden “in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen” zijn vervangen door: in Nederland levende rechtsovertuigingen. In de eerste plaats dient ruimte te bestaan om rekening te houden met rechtsovertuigingen in het bijzonder in de kring van personen, waarin zich het geval heeft afgespeeld, bij voorbeeld een bepaalde kring van beroeps- of bedrijfs-genoten. In de tweede plaats kan het zijn dat het geschil zich afspeelt in kringen van inwoners van Nederland die geen Nederlander zijn en waarvan de rechtsovertuigingen betekenis kunnen hebben, ook als zij bij Nederlanders niet of minder sterk bestaan, bij voorbeeld omdat zij betrekking hebben op een situatie die zich onder Nederlanders niet pleegt voor te doen.’

Duidelijk is dus dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen waaraan thans in artikel 3:12 BW wordt gerefereerd, niet eenduidig en algemeen aanvaard behoeven te zijn om als gezichtspunt voor de rechtsvinding te kunnen dienen. Daarnaast maakt het citaat duidelijk dat het nieuw gehanteerde begrip – mede – invulling geeft aan de redelijkheid en billijkheid in een specifieke rechtsverhouding (het geval),¹⁸² en dat de maatschappelijke kring waartoe partijen behoren (bijvoorbeeld de beroeps- of bedrijfskring of de culturele kring) voor de concretisering van de norm die geldt voor die rechtsverhouding, een rol kan spelen.¹⁸³

Relevante rechtsovertuigingen die inhoud geven aan de redelijkheid en billijkheid kunnen kortom zowel bestaan in een kleine kring van rechtsgenoten

181 M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1036-1037.

182 Ook wel de ‘interne werking van de redelijkheid en billijkheid’ genoemd (Smits 1995, p. 93-96), of de ‘billijkheid binnen de wet’ (Dubbink 1990, p. 376). Zie ook § 5.3.1 en § 5.4.2.1.

183 De maatschappelijke kring waartoe partijen behoren is sinds lang aanvaard als belangrijk gezichtspunt bij de uitleg van overeenkomsten. Zie bijv. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Haviltex*).

‘waartoe betrokkenen behoren’,¹⁸⁴ als onder ‘de rechtsgenoten’ op een meer algemeen niveau. De wetgever heeft zich niet uitgelaten over de vraag of op dit algemene niveau sprake moet zijn van – een zekere mate van – consensus, van een overtuiging die wordt gedeeld door de meerderheid van de bevolking, of dat mag worden uitgegaan van de rechtsopvatting van ‘de gemiddelde rechtsgenoot, de niets met het te beslissen (soort) geval te maken hoeft te hebben’.¹⁸⁵ Op deze problematiek rondom ‘consensus’ kom ik hierna nog terug.¹⁸⁶

5.4.2.3 Steeds gedragsnormen?

De in Nederland levende rechtsovertuigingen vormen een aanknopingspunt bij de vaststelling van ‘wat redelijkheid en billijkheid eisen’ in een bepaalde concrete rechtsverhouding tussen twee partijen. Daarbij zal het over het algemeen gaan om rechtsovertuigingen over hoe men zich in die bepaalde situatie jegens elkaar behoort te gedragen; gedragsnormen dus.¹⁸⁷ Het wettelijk kader dat voor die rechtsverhouding van belang is, zal over het algemeen gevormd worden door boek 6 BW.¹⁸⁸

De redelijkheid en billijkheid waaraan hier invulling moet wordt gegeven, is de intern werkende redelijkheid en billijkheid, ofwel de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm en tevens maatstaf voor gedrag in een concrete rechtsverhouding.¹⁸⁹ Het gaat om de vraag wat de redelijkheid en billijkheid eist in een rechtsverhouding tussen twee partijen. Dat het hier inderdaad om gedragsnormen gaat, wordt geïllustreerd door de zaken waarin inmiddels met behulp van de in Nederland levende rechtsovertuigingen invulling is gegeven aan de redelijkheid en billijkheid. Ik heb slechts een viertal uitspraken kunnen vinden.¹⁹⁰ Het betreft allereerst de bekende en ook door anderen besproken arresten Kroymans/Sun Alliance en Witte/Leipziger Versicherung.¹⁹¹ Daarin ging het om de vraag of een verzekeraar zich naar maatstaven van redelijkheid en billijk mocht beroepen op een vervalbeding. In beide zaken kent de Hoge

184 Zo ook Dubbink 1990, p. 377.

185 In laatstgenoemde zin wordt de ‘algemene rechtsovertuiging’ omschreven door Van der Wiel (2004, p. 205).

186 § 6.4.2.1-6.4.2.3.

187 Zo ook Smits 1995, p. 93.

188 Dubbink 1990, p. 362.

189 Zie § 5.3.1.

190 Door Den Tonkelaar (*Vermogensrecht I*), art. 3:12 BW, aant. 23, wordt daarnaast nog als voorbeeld genoemd Rb. Assen 23 juni 1998, NJ 1998, 791 (*Luten c.s./Schiphorst c.s.*). Die uitspraak blijft hier onbesproken, omdat daarin niet met zoveel woorden aan de in Nederland levende rechtsovertuigingen wordt gerefereerd.

191 HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 m.nt. MMM (*Kroymans/Sun Alliance*) en HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 m.nt. MMM (*Witte/Leipziger Versicherung*). Zie over deze arresten ook de door annotator Mendel genoemde auteurs; Van der Wiel 2004, p. 207 en W. Snijders 2007, p. 9. Vergl. HR 3 december 2004, NJ 2005, 160 m.nt. MMM (*A./London Verzekeringen*).

Raad voor de inhoud van de in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe aan het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf. Ik citeer uit het arrest Kroymans/Sun Alliance:¹⁹²

‘Weliswaar gaat het bij de door de Raad van Toezicht aangelegde maatstaf erom of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf heeft geschaad. Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.’

Overduidelijk ziet de relevante rechtsovertuiging in deze twee zaken op een gedragsnorm die de verzekeraar in acht dient te nemen.

De constatering dat het om gedragsnormen gaat, geldt ook voor de derde zaak, die van geheel andere orde is. Het betreft een uitspraak van de kantonrechter inzake *Lamein/VvE Drevenborg I*.¹⁹³ Mevrouw Lamein kreeg van het bestuur en de leden van de Vereniging van Eigenaren waarvan zij lid was, geen toestemming om haar scooter te parkeren in de gemeenschappelijke ruimte voor de ingang van haar appartement. Daardoor zou zij, als gevolg van de reumatoïde artritis waaraan zij leed, gedwongen zijn te verhuizen naar een verzorgingstehuis. Zij verzocht de kantonrechter om een machtiging tot het plaatsen van de scooter in de gemeenschappelijke hal naast haar voordeur (ex artikel 5:121 BW). De kantonrechter overwoog dat artikel 5:121 BW kan worden beschouwd als een bijzonder uitwerking van het beginsel dat de verhouding tussen mede-eigenaars wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid en onderzocht de in Nederland levende rechtsovertuiging en de belangen die in het geding waren. De kantonrechter oordeelde dat de kans op ‘wildgroei’ van scooters in de hal gering was en trok ten eerste in twijfel of een waardedaling van de appartementen zou optreden doordat het gebouw ‘het aanzien van een verzorgingstehuis’ krijgt. De kantonrechter vervolgt:

‘Dat een weigering tot het laten stallen van een scooter in de huidige tijd ook in het maatschappelijk verkeer als onacceptabel wordt gezien blijkt uit het feit dat een uitbreiding van de Wet gelijke behandeling op grond van een handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) in voorbereiding is waardoor deze wet ook zal gaan gelden voor wonen. Uit een publicatie daarover in de nieuwsbrief WVG van maart 2004 blijkt dat krachtens de nieuwe wetsbepalingen toestemming moet worden gegeven voor het plaatsen van scooters op die plaatsen waar het verboden is fietsen neer te zetten.’ [cursivering PM]

192 R.o. 3.13 laatste alinea.

193 Ktr. Groningen 10 september 2004, *NJF* 2004, 555.

De gecursiveerde delen van het citaat maken duidelijk dat ook in dit geval, voor de mede-eigenaren, een gedragsnorm geldt. Zij mochten, gelet op de in Nederland levende rechtsovertuigingen, in dit geval geen toestemming weigeren.

In de vierde kwestie, de ABN AMRO-zaak,¹⁹⁴ speelde de ‘in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging’ een rol bij de concretisering van de redelijkheid en billijkheid zoals die geldt in de rechtsverhouding tussen de verschillende organen van een rechtspersoon (art. 2:8 BW) en bij de bepaling welke eisen voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling van de bestuurder van de rechtspersoon (art. 2:9 BW).¹⁹⁵ De kernvraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd, was of de algemene vergadering van aandeelhouders terecht een beroep deed op een haar toekomend ‘goedkeuringsrecht’ met betrekking tot de door het bestuur gesloten verkoop van het bedrijfsonderdeel LaSalle aan de Bank of America. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke verkoop van een bedrijfsonderdeel in beginsel een aangelegenheid van het bestuur is, en dat de bijzondere omstandigheden van het geval niet leidden tot een verplichting van het bestuur van ABN AMRO om de algemene vergadering van aandeelhouders terzake te consulteren.¹⁹⁶

‘Voor een oordeel in andere zin is onvoldoende steun te vinden in de wet en in *de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging* zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (*Stcrt.* 27 december 2004, nr. 250, p. 35, verder: de code-Tabaksblat), in het bijzonder de principes II en IV (...).’
[cursivering PM]

Evenals in de hiervoor besproken kwesties gaat het in deze om de vraag wat de redelijkheid en billijkheid aan gedragsnorm(en) meebrengt voor de partijen bij de rechtsverhouding (in dit geval tussen de organen van de vennootschap). Een gedragsnorm zoals door de VEB c.s. (de aandeelhouders) werd gepropageerd, inhoudende dat het bestuur voorafgaand aan de verkoop van het bedrijfsonderdeel goedkeuring had behoren te vragen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, wordt door de Hoge Raad niet aangenomen. Voor een ander oordeel was geen steun te vinden in de wet en in de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging, terwijl, zo voegt de Hoge Raad daar nog aan toe, bovendien de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid zich verzet tegen het aannemen van zodanig verstrekkende bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders enkel op grond van regels van ‘ongeschreven recht’.¹⁹⁷

194 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. J.M.M. Maeijer (ABN AMRO).

195 R.o. 4.4.

196 R.o. 4.3 jo. 4.4.

197 R.o. 4.4, derde alinea.

Over dit arrest nog een korte opmerking. Wat opvalt, is de door de Hoge Raad gehanteerde, van artikel 3:12 BW afwijkende, terminologie. Hij spreekt niet over *de in Nederland levende rechtsovertuigingen* (in meervoud), maar over *de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging* ('algemeen' en in enkelvoud). Elders heet het weer 'de in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance'.¹⁹⁸ Gelet op de overwegingen van de wetgever met betrekking tot de mogelijke pluriformiteit van de bedoelde rechtsovertuigingen,¹⁹⁹ is deze afwijkende terminologie enigszins betreurenswaardig. Temeer nu uit het arrest niet duidelijk wordt of de Hoge Raad inderdaad van oordeel is dat de Nederlandse corporate governance code uitdrukking geeft aan een *algemene* rechtsovertuiging die – kennelijk – geldt voor geheel 'Corporate Nederland'. De gehanteerde terminologie lijkt iedere differentiatie naar soorten ondernemingen (bijvoorbeeld multinational of niet) en verschillende bedrijfstakken (bijvoorbeeld non profit of niet) onmogelijk te maken.

Terug naar de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Dat daarmee invulling wordt gegeven aan *gedragsnormen* blijkt ten slotte uit het laatste door Van der Wiel genoemde voorbeeld van rechtsovertuigingen die binnen een bepaalde kring leven. Vergelijkbaar met de opvattingen van Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf noemt hij de Gedragsregels voor Advocaten.²⁰⁰ Deze gedragsregels en de daarop gebaseerde tuchtrechtelijke uitspraken, zijn volgens hem kenbron van de in Nederland levende rechtsovertuigingen die gelden onder advocaten.²⁰¹ Die gedragsregels zijn van belang 'voor de bepaling van hetgeen de goede procesorde binnen de verhouding tussen partijen eist'.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen – vooral – invulling geven aan gedragsnormen die gelden binnen een bepaalde rechtsverhouding.

5.4.2.4 Verkeersopvatting species door beperking van de kring van personen?

De verkeersopvatting is door verschillende auteurs een *verbijzondering* genoemd van de in Nederland levende rechtsovertuigingen, wederom in de zin van artikel 3:12 BW.²⁰² Die bijzonderheid is dan – kennelijk – gelegen in het feit dat de verkeersopvatting kan leven in een kleine, besloten kring, terwijl de in Nederland levende rechtsovertuigingen meer algemeen zouden gelden.²⁰³ Indien sprake is van een – kleine – kring van potentieel betrokkenen wier

198 R.o. 4.8, laatste alinea.

199 Zie § 5.4.2.2.

200 Van der Wiel 2004, p. 207.

201 Van der Wiel spreekt t.a.p. van 'verkeersopvattingen', in de zin van *species* van rechtsovertuigingen.

202 Zie bijv. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293; Haazen 2001, p. 247-248; Van der Wiel 2004, p. 206 en 294; Rogmans 2007, nr. 12.

203 In die zin bijv. Haazen 2001, p. 248.

opvattingen de doorslag geven, wordt met andere woorden de *in Nederland levende rechtsovertuiging* een *verkeersopvatting* genoemd. Sluitend is deze redenering stellig niet. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers enerzijds duidelijk dat volgens de wetgever niet alleen verkeersopvattingen, maar ook relevante 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' (in de zin van art. 3:12 BW) in een kleine kring van personen kunnen leven. Bijvoorbeeld in een bepaalde kring van beroeps- of bedrijfsgenoten waarbinnen zich het geval heeft afgespeeld, of binnen een kring van in Nederland woonachtige buitenlanders.²⁰⁴ Anderzijds kan een relevante verkeersopvatting juist in een zeer grote kring gedeeld worden. De Hoge Raad oordeelde bijvoorbeeld in het arrest Ansink/Canjels²⁰⁵ dat 'naar algemene verkeersopvatting' een koopovereenkomst ten doel heeft om aan de koper de eigendom van de verkochte zaak te verschaffen.²⁰⁶ Van deze 'verkeersopvatting' kan zonder enige twijfel gezegd worden dat zij algemeen geldt, ongeacht de aard van het verkochte goed, de kring van personen of de branche waarbinnen de verkoop plaats vindt.

De wetgever heeft dit onderkend. Hij merkt ten aanzien van de verkeersopvatting bij bestanddeelvorming op dat:²⁰⁷

'in het bijzonder [dient] te worden gelet op hetgeen leeft in de kring van personen die zich bezig houden met zaken als waarom het in het gegeven geval gaat. Gaat het om de vraag of een cassette recorder bestanddeel van een auto is, dan zullen opvattingen in de kring van autohandelaren en eigenaars van auto's beslissend zijn. Gaat het daarentegen om de vraag wat bestanddeel is van een bepaalde gespecialiseerde machine, dan zal het gaan om de opvattingen in de – vermoedelijk aanzienlijk beperkter – kring van handelaren in en eigenaars van dergelijke machines.'

Vaak zal de kring van personen die relevant is voor de concretisering van de verkeersopvatting zeer groot zijn, zoals in het voorbeeld van de cassette recorder in de auto.

Voor zowel verkeersopvattingen als de in Nederland levende rechtsovertuigingen geldt kortom dat de kring van relevante personen soms zo breed is dat gesproken kan worden van een 'algemeen aanvaarde' opvatting of overtuiging, terwijl het andere keren zal gaan om opvattingen of overtuigingen binnen een kleinere kring van personen. Dit geldt, voor zover het de verkeersopvatting betreft, mijns inziens gelijkelijk in het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Ten aanzien van bijvoorbeeld bestanddeelvorming zal, al naar gelang de aard van de zaak, de éne keer een 'algemeen aanvaarde' verkeersopvatting de

204 M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1036. Zie ook § 5.4.2.2.

205 HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 m.nt. CJHB.

206 De aard en strekking van een koopovereenkomst brengen mee dat de hoofdverplichting tot levering van de zaak mede omvat te verplichting tot eigendomsoverdracht, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.2. Zie thans art. 7:9 BW.

207 M.O., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 77-78.

doorslag geven (bijvoorbeeld binnen de zeer ruime kring van ‘autobezitters’) en de andere keer de opvatting binnen een kring van specialisten (bijvoorbeeld de kring van formule één autocoureurs en monteurs). Ten aanzien van risico-toerekening geldt iets soortgelijks. Gaat het om de toerekening van risico bijvoorbeeld ten gevolge van onervarenheid als automobilist, dan is een veel ruimere kring personen relevant dan wanneer het gaat om de toerekening van zeer specifieke risico’s, bijvoorbeeld van een medische fout buiten schuld of de beroepsfout van een advocaat of notaris. Onjuist is dan ook de suggestie van sommigen dat de kring van relevante personen in het goederenrecht vaak beperkt is, terwijl het begrip in het verbintenissenrecht niet zozeer zou verwijzen naar de opvatting van een beperkte groep relevante personen, maar eerder naar ‘de in het algemeen in de maatschappij levende opvattingen’.²⁰⁸

De veronderstelling dat verkeersopvattingen een *species* zouden vormen van de in Nederland levende rechtsovertuigingen in die zin dat rechtsovertuigingen ‘algemeen’ zouden gelden en verkeersopvattingen ‘alleen in een beperkte kring’, blijkt dan ook onjuist. De in Nederland levende rechtsovertuigingen leven soms in een kleine relevante kring, terwijl veel verkeersopvattingen zeer algemeen aangehangen kunnen worden. Het argument dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen, zoals genoemd in artikel 3:12 BW, ‘algemener’ van aard zijn dan de – volgens Hartkamp, Haazen, Van der Wiel en Rogmans kennelijk in beperkter kring levende²⁰⁹ – verkeersopvatting gaat kortom niet op. Op deze grond althans, kan niet gezegd worden dat de verkeersopvatting een ‘deelbegrip’ is van een algemener of overkoepelende begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ in de zin van artikel 3:12 BW.

Kan een dergelijke onderschikking wellicht wel op andere gronden worden aangenomen?

5.4.2.5 Verkeersopvatting species door een andere aard van het verkeer?

Zoals hiervoor bleek, zit het verschil tussen verkeersopvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen niet zozeer in de *omvang* van de relevante kring van personen. Die kan bij beide begrippen soms heel ruim, en soms kleiner zijn. Het verschil zit naar mijn mening met name in de *aard* van de opvattingen of overtuigingen. We zagen dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen (in de zin van artikel 3:12 BW) verwijzen naar *gedragsnormen* en zo – mede – invulling geven aan wat de redelijkheid en billijkheid binnen een bepaalde rechtsverhouding aan gedragingen, handelingen en nalaten vereist. Verkeersopvattingen verwijzen niet naar gedragsnormen, maar naar *andere opvattingen omtrent behoren*.

²⁰⁸ Rogmans 2007, nr. 14 en Rossel 1994, p. 336-337.

²⁰⁹ Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293; Haazen 2001, p. 247-248; Van der Wiel 2004, p. 206 en 294; Rogmans 2007, nr. 12.

Over gedragsnormen, zoals bijvoorbeeld gedragsnormen die gelden binnen een specifieke rechtsverhouding, is door anderen eerder opgemerkt dat zij juist kunnen gelden binnen een bepaalde groep, branche of subcultuur. In dat verband wordt wel gesproken over ‘groepsmoraal’.²¹⁰ De vraag die daarbij vooral rijst is of deze groepsmoraal de doorslag geeft en moet worden gehanteerd ten aanzien van de leden van deze groep, of dat de algemene maatschappelijke overtuiging prevaleert.²¹¹ Ik laat deze vraag hier rusten en stel een andere vraag; te weten of de in Nederland levende rechtsovertuiging, in de zin van ‘groepsmoraal’ of groepsgedragscode binnen een afgebakende kring, verwijst naar *andersoortig verkeer* dan de verkeersopvatting.

Van de verkeersopvatting in het goederenrecht wordt wel gezegd dat zij vooral verwijst naar het economische- of handelsverkeer.²¹² In het verbintenissenrecht zouden meer opvattingen van niet-economische aard een rol spelen. Anderen menen dat alleen het rechtsverkeer c.q. de opvattingen van juristen relevant is of zijn.²¹³

Ten aanzien van de in Nederland levende rechtsovertuigingen zoals genoemd in artikel 3:12 BW, geldt vooral dat deze invulling geven aan een *concrete rechtsverhouding*. Het gaat om de rechtsovertuigingen die leven binnen de kring waartoe *de betrokkenen* bij de rechtsverhouding behoren. De vraag *welk verkeer* van belang is, wordt daarbij niet zozeer gesteld. Belangrijker is te constateren dat het steeds rechtsverhoudingen betreft die worden geregeerd door de redelijkheid en billijkheid. Daarbij moet natuurlijk vooraleerst gedacht worden aan contractuele verhoudingen, maar daarnaast aan precontractuele verhoudingen, de verhouding tussen schuldeisers in (naderende) faillissementssituaties, de (beëindigde) huwelijksrelatie en de relatie tussen erfgenamen, de rechtsverhouding tussen organen van ondernemingen en verder zakenrechtelijke verhoudingen, zoals de erfpachtverhouding of de verhouding tussen leden van een Vereniging van Eigenaren.²¹⁴ Het gaat om relaties, met andere woorden, die mede worden beheerst door met name de regels van het verbintenissenrecht in boek 6, of door specifieke regels van het personen- en familierecht (boek 1), het rechtspersonenrecht (boek 2), het erfrecht (boek 4), het zakenrecht (boek 5) en de Faillissementswet. De in Nederland levende rechtsovertuigingen in de zin van artikel 3:12 BW, worden kortom gehanteerd om inhoud te geven aan een bepaalde *rechtsverhouding*. Het komt mij dan ook voor dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen – meer dan de verkeersopvatting – situatie- en vooral *relatiegebonden* zijn. De observatie van Dubbink is naar mijn mening dan ook correct. De in een bepaalde kring levende rechtsovertuigingen

210 Zie bijv. Van den Brink 2002, p. 129.

211 Van den Brink 2002, p. 129 en Rutten 2003, p. 24. Vergl. – specifiek voor de Antilliaanse en Arubaanse situatie – Loth 1999, p. 323-324.

212 Wichers (2002, p. 32 en passim) lijkt deze mening bijv. toegedaan.

213 Zie daarover nader de volgende paragraaf.

214 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 304.

kunnen alleen ten aanzien van die kringleden meewerken aan een billijkheids-oordeel.²¹⁵

Opmerking verdient daarbij nog dat niet beide partijen bij de rechtsverhouding tot de betreffende kring behoeven te behoren om de groepsnormen relevant te doen zijn voor de – redelijke en billijke – invulling van hun rechtsverhouding. In de hiervoor besproken verzekeringszaken²¹⁶ behoort slechts één van de partijen (de verzekeraar) tot de kring waarvoor bepaalde groeps-gedragsnormen gelden. De andere partij (de verzekeringnemer) is een particulier of ondernemer die niet tot de kring (van verzekeraars) behoort. Hetzelfde zal veelal gelden in kwesties waarin de gedragsregels voor advocaten een rol spelen. De gedragsnormen geven desondanks mede inhoud aan de rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde of advocaat en cliënt, omdat de eersten geacht worden zich *juist ten opzichte van* deze verzekerden en cliënten (of wederpartijen) op een bepaalde manier te gedragen.

Ik vraag mij af of de andere observatie van Dubbink helemaal juist is. Hij meent dat, anders dan de in Nederland levende rechtsovertuigingen, verkeersopvattingen die in een zekere kring gelden ook bindend kunnen zijn voor iemand die *niet* tot die kring behoort. Ik kan daarvan geen voorbeeld verzinnen. De opvatting dat wielen, motorblok en schokdempers geen bestanddelen vormen van een formule één racewagen geldt slechts in kringen van formule één coureurs en monteurs.²¹⁷ Anderen zijn aan die opvattingen mijns inziens slechts gebonden voor zover zij toetreden tot die kring. Wel is het zo dat verkeersopvattingen verwijzen naar normatieve niet-gedragsnormen en daardoor minder gebonden zijn aan een concrete rechtsverhouding tussen partijen. De kringen waar het om gaat zijn daarom wellicht vaak juist breder van aard.

Van een verwijzing naar *andersoortig verkeer* is mijns inziens echter geen sprake. Ook bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen zal het gaan om gedragsnormen die gelden in het maatschappelijk verkeer, economisch verkeer, handelsverkeer, rechtsverkeer en ga zo maar door.

5.4.2.6 De verkeersopvatting: welk verkeer?

Hiermee is nog niets naders gezegd over de vraag naar *welk verkeer* het begrip verkeersopvatting verwijst. Is dat de praktijk, het economisch verkeer, het handelsverkeer, het commerciële of zakelijke verkeer, het dagelijks verkeer, het sociale verkeer, het rechtsverkeer, het maatschappelijk verkeer?²¹⁸ Van de verkeersopvatting in het goederenrecht wordt wel gezegd dat zij vooral

²¹⁵ Dubbink 1990, p. 377.

²¹⁶ HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 m.nt. MMM (*Kroymans/Sun Alliance*) en HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 m.nt. MMM (*Witte/Leipziger Versicherung*).

²¹⁷ Het voorbeeld is ontleend aan Pres. Rb. Leeuwarden 20 december 1994, KG 1995, 61 (*Dynamiek/De Vries Competition*).

²¹⁸ Vergl. Rossel 1994, p. 340; Wichers 2002, p. 32 en Rogmans 2007, nr. 14.

verwijst naar het economische- of handelsverkeer.²¹⁹ In het verbintenissenrecht zouden meer opvattingen van niet-economische aard een rol spelen.²²⁰ Anderen menen dat het gaat om ‘maatschappelijk verkeer’ in het algemeen,²²¹ of dat alleen het rechtsverkeer c.q. de opvattingen van juristen relevant is of zijn.²²²

Deze pogingen om het *soort verkeer* af te bakenen, worden mijns inziens ingegeven door de suggestie die het begrip – ten onrechte – wekt dat verkeersopvattingen steeds bestaan in de letterlijke zin van het woord. Net zo min als het vruchtbaar is om het begrip *verkeersopvattingen* letterlijk uit te leggen,²²³ is het mijns inziens vruchtbaar om het deelbegrip *verkeer* verder te willen definiëren, of op dit punt een onderscheid te willen maken tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Afbakening tot een bepaald soort verkeer zou bovendien afbreuk doen aan het door de wetgever juist gewenste open karakter van de verkeersopvatting.

De verkeersopvatting wordt geconcretiseerd met behulp van noties van allerlei pluimage en normatieve verwachtingen op allerhande gebied. Onjuist is bijvoorbeeld de voorstelling van zaken dat in het goederenrecht slechts economische noties of handelsoverwegingen inhoud geven aan de verkeersopvatting. Zo bepalen ethische overwegingen – mede – de inhoud van de verkeersopvatting bij de afbakening van het zaaksbegrip. Een stoffelijk overschot bijvoorbeeld, is op grond van louter ethische overwegingen geen zaak in de zin van artikel 5:1 BW.²²⁴ Anderzijds zijn economische en doelmatigheidsoverwegingen van belang bij de concretisering van verkeersopvattingen in het verbintenissenrecht. Zo speelt bijvoorbeeld bij de toerekening van tekortkomingen in de nakoming de verzekeraarbaarheid van risico’s soms een rol.²²⁵ Bovendien valt tussen de verschillende genoemde soorten verkeer zeer lastig onderscheid te maken. Het economische en handelsverkeer overlappen elkaar grotendeels, terwijl zij beide deel uitmaken van het zeer brede begrip maatschappelijk verkeer.²²⁶

Ten slotte nog een enkel woord over de mening van Rossel, dat het bij verkeersopvattingen slechts zou gaan om het *rechtsverkeer* en dat alleen de opvattingen van juridisch geschoolden relevant zijn. Hoewel, ook naar mijn mening, het *rechtskarakter* van verkeersopvattingen buiten kijf staat, wil dat niet zonder meer zeggen dat alleen de opvattingen van juristen relevant zijn.

219 Wichers 2002 spreekt consequent over het ‘handelsverkeer’, Rogmans (2007, nr. 14) meent dat binnen het goederenrecht voornamelijk op de opvattingen in het ‘economisch verkeer’ moet worden gelet. Vergl. Asser-Veegens 2005, nr. 105.

220 Rogmans 2007, nr. 14.

221 Sieburgh 2000, p. 207.

222 Rossel 1994, p. 340-341. Zie daarover Sieburgh 2000, p. 206-207.

223 Vergl. Sieburgh 2000, p. 208.

224 Van der Steur 2003, p. 138-140.

225 Zie daarover bijv. Rogmans 2007, nr. 23.

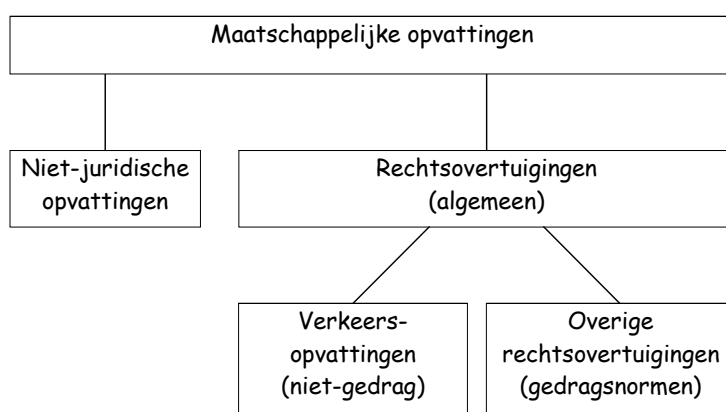
226 Vergl. Rogmans 2007, nr. 14: ‘Het blijven vage nuanceringen van een vaag subbegrip’.

Bij de concretisering van verkeersopvattingen gaat het met name om de vraag welke normatieve verwachtingen er leven die van belang zijn voor de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag. Normatieve verwachtingen leven niet alleen onder juristen, maar – zij het vaak zeer impliciet – juist ook onder deelnemers aan de samenleving. Hoewel aan Rossel kan worden toegegeven dat over sommige vragen geen opvattingen bestaan, geldt dat niet voor alle rechtsvragen. Concretisering van de verkeersopvatting vindt – ook in het verbintenissenrecht – niet alleen plaats door ‘vrije rechtsvorming’ door juristen (transformatie), maar daarnaast door receptie van buitenwettelijke opvattingen en verwachtingen.²²⁷

5.4.2.7 Verschillen tussen de in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen

Het wordt tijd om de verschillen en overeenkomsten tussen *verkeersopvattingen* en *de in Nederland levende rechtsovertuigingen* (in de zin van art. 3:12 BW) op een rijtje te zetten. Anders dan het bredere koepelbegrip ‘maatschappelijke opvattingen’, zijn zowel verkeersopvattingen als in Nederland levende rechtsovertuigingen steeds juridisch van aard en rechtsvraaggebonden. Beide kunnen hetzij in algemene kring gedeeld worden, hetzij leven in een beperkte kring van – relevante – personen. Zowel verkeersopvattingen als de in Nederland levende rechtsovertuigingen kunnen mijns inziens worden beschouwd als *species* van het algemene begrip ‘rechtsovertuigingen’.²²⁸ Dit algemene begrip omvat zowel gedragsnormen (waaronder ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ in de zin van art. 3:12 BW) als andere ongeschreven opvattingen omtrent behoren (verkeersopvattingen). In beeld gebracht ziet een en ander er dan ook als volgt uit:

Figuur 5.1



²²⁷ Zie over deze methodische functies hierna § 6.3.

²²⁸ Zie daarover de inleiding van § 5.4.

De verschillen tussen de begrippen verkeersopvatting en ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ zijn de volgende. Het begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’, zoals gehanteerd in artikel 3:12 BW, geeft inhoud aan de gedragsnormen die gelden binnen een specifieke rechtsverhouding.²²⁹ Meestal zal het daarbij gaan om een contractuele verhouding tussen partijen. Het begrip biedt een relevant gezichtspunt bij de bepaling van wat de redelijkheid en billijkheid in de relatie tussen partijen eist.²³⁰ Deze in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn zodoende *relatie- of rechtsverhoudinggebonden* en hun invulling wordt vooral mede bepaald door de bepalingen van boek 6, dan wel door andere wetsbepalingen die nader invulling geven aan de specifieke rechtsverhouding die ter beoordeling voorligt.²³¹

Verkeersopvattingen zijn weliswaar rechtsvraag- en feitengebonden, maar niet zozeer rechtsverhoudinggebonden. Bovendien geven verkeersopvattingen, anders dan de overige rechtsovertuigingen, geen invulling aan een gedragsnorm die tussen partijen geldt. Zij behelzen normatieve niet-gedragsnormen, en zijn objectiever van aard dan de in het schema genoemde ‘overige rechtsovertuigingen’. Voor de invulling van de – intern werkende – redelijkheid en billijkheid is de rechtsovertuiging van partijen of de rechtsovertuiging binnen de kring waartoe één der partijen behoort van belang.²³² Bij verkeersopvattingen gaat het vooral om de opvatting van de *objectieve derde* met betrekking tot de rechtsvraag die voorligt.²³³

Hoewel de verkeersopvatting dus uitdrukking geeft aan een *rechtsovertuiging* – in algemene zin – is zij *geen species* van het begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ zoals dat wordt gehanteerd in artikel 3:12 BW.²³⁴ De aard van beide begrippen verschilt. Het éne begrip geeft invulling aan hetgeen de redelijkheid en billijkheid binnen een bepaalde rechtsverhouding eist, waarbij gedragsnormen die heersen in de kring waartoe één der partijen behoort, bepalend kunnen zijn. Een verkeersopvatting kan eveneens binnen een kleine(re) kring gelden. Voorwaarde voor haar toepasselijkheid is echter steeds het behoren tot die kring van personen.

229 § 5.4.2.3.

230 Ook wel de ‘interne redelijkheid en billijkheid’ of ‘billijkheid binnen de wet’ genoemd. Andere gezichtspunten zijn ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’ en ‘de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen’.

231 Ik doel op specifieke regels van personen- en familierecht, rechtspersonenrecht, erfrecht, zakenrecht en faillissementsrecht, die mede invulling geven aan door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhoudingen.

232 Daarnaast speelt ook de ‘belangenafweging’ m.i. een grote rol.

233 Zie nader § 7.7.1. sub i).

234 De in de literatuur wel verdedigde onderschikking is vermoedelijk het gevolg van het feit dat auteurs inzagen dat bij verkeersopvattingen sprake is van ‘rechtsovertuigingen’, en deze vervolgens schaarden onder het – specifiekere – begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ van art. 3:12 BW.

5.5 VERHOUDING TOT DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID; REPRISÉ

Hoe zit het nu met de verhouding tussen verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid en het antwoord op de drie eerder gestelde vragen? Spelen verkeersopvattingen een rol bij concretisering van redelijkheid en billijkheid? Wordt de inhoud van de verkeersopvatting bepaald door de redelijkheid en billijkheid? En dreigt daardoor gevaar voor een cirkelredenering?

Hiervoor heb ik getracht aan te tonen dat de verkeersopvatting naar haar aard een andersoortig begrip is dan begrip 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' – in beperkte zin – waaraan wordt gerefereerd in artikel 3:12 BW. Hoewel beide begrippen verwantschap vertonen, is de verkeersopvatting *geen species* van de in Nederland levende rechtsovertuigingen, zoals bedoeld in artikel 3:12 BW. De begrippen staan naast elkaar en geven invulling aan verschillende dingen. Het laatste begrip verwijst naar de in een relevante kring levende gedragsnormen die gelden in een concrete rechtsverhouding, het eerste verwijst naar andere opvattingen omtrent behoren. Het grote verschil tussen verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid is hierin gelegen dat de eersten vooral een rol spelen bij de uitleg van de wet en met name bij de bepaling van de reikwijdte van wettelijke begrippen (zoals zaak, bestanddeel, vrucht, overmacht, toerekenbaar etc.). De redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm en maatstaf in de zin van artikel 6:2 en 6:248 BW speelt – over het algemeen – juist *geen* rol bij de uitleg van de wet,²³⁵ maar bij de uitleg van de overeenkomst of rechtsverhouding *tussen partijen*.²³⁶ De vraag wat de redelijkheid en billijkheid in een bepaalde rechtsverhouding eisen, is vooral een vraag naar de tussen partijen geldende *gedragsnorm* (en tegelijkertijd de geldende maatstaf voor dat gedrag). Voor de concretisering van dergelijke gedragsnormen is een beroep op de verkeersopvatting ongeschikt, nu dit begrip verwijst naar andere opvattingen omtrent behoren; *naar normatieve niet-gedragsnormen*. Verkeersopvattingen spelen, naar mijn mening, kortom geen rol bij de concretisering van de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm en maatstaf voor gedrag.²³⁷

Daarmee is nog niet de vraag beantwoord of de redelijkheid en billijkheid wellicht een rol speelt bij de concretisering van de verkeersopvatting. Moet een verkeersopvatting redelijk en billijk zijn voordat zij als zodanig kan werken? In de parlementaire geschiedenis wordt maar op één plaats een verband

235 Dit is anders voor zover het de extern werkende redelijkheid en billijkheid betreft, ofwel de redelijkheid en billijkheid als *metanorm*. Zie § 5.3.1.

236 Hesselink 1999, p. 58 en 59. Dubbink (1990) had m.i. kortom gelijk met zijn stelling dat verplaatsing van art. 7 van de Inleidende titel naar boek 3, heeft geleid tot wijziging van haar betekenis. Het artikel ziet niet langer op de 'externe billijkheid', maar op de 'interne billijkheid' die geldt tussen partijen.

237 Ik kan mij voorstellen dat dit anders is indien de redelijkheid en billijkheid 'enkel normatief' werkt en niet zozeer gezocht wordt naar een gedragsnorm maar de kwalificatie van bepaalde feiten en omstandigheden binnen de rechtsverhouding aan de orde is.

gelegd tussen de billijkheid en verkeersopvattingen.²³⁸ Dat gebeurde in het kader van de toelichting op het schrappen van de artikelen 1-6 uit de inleidende titel. De wetgever koos ervoor om geen artikelen op te nemen waarin de rechtsbronnen en hun onderlinge verhouding werden geregeld. Een dergelijke regeling is voor de praktijk 'gemakkelijk te strak', 'van weinig waarde', en staat op gespannen voet met het stelsel van Boek 6 en de 'huidige rechtspraak'. Uitleg en toepassing van de wet werd aan de rechter overgelaten, daarin voorgelicht door de doctrine. De verhouding tussen de billijkheid enerzijds en dwingend en aanvullend recht anderzijds werd vrij gelaten.²³⁹

'Veel zal afhangen van de aard van de wettelijke bepaling en van de gewoonte die voor toepassing in aanmerking komen, alsmede van de aard van de rechtsverhouding van partijen, waarbinnen het tot deze toepassing zou moeten komen en de verwachtingen die partijen daaromtrent over en weer mochten hebben. *Daarbij komt dat tussen gewoonte en billijkheid, die vaak bepaald wordt door verkeersopvattingen, niet altijd een scherp onderscheid valt te maken.*' [cursivering PM]

Opmerking verdient allereerst dat het hier draait om de billijkheid als meta-norm of algemene notie van rechtvaardigheid, en niet om de concrete redelijkheid en billijkheid binnen een rechtsverhouding. De wetgever merkt op dat die 'billijkheid' vaak bepaald wordt door verkeersopvattingen. Volgens Rogmans is het andersom en kan de rechter een verkeersopvatting buiten werking stellen met een beroep op de redelijkheid en billijkheid (waarbij hij zal doelen op de metanorm).²⁴⁰ Van zo'n 'opzij zetten' van een verkeersopvatting op grond van de billijkheid is mij geen enkel voorbeeld bekend. Veeleer denk ik dat tussen de billijkheid als *metanorm* en verkeersopvattingen een nauwe band bestaat. Van een onbillijke verkeersopvatting zal niet snel sprake kunnen zijn, nu de verkeersopvatting steeds een opvatting omtrent behoren behelst. Wat al of niet in de praktijk *behoort* te gelden zal in hoge mate overeenkomen met wat men in de praktijk al of niet *billijk* acht. Net zo min als ongeschreven rechtsgewoonten snel op gespannen voet zullen staan met het geschreven recht,²⁴¹ zal de verkeersopvatting dus snel op gespannen voet staan met de redelijkheid en billijkheid (als *metanorm*).

Hiermee is tevens het antwoord op de derde vraag gegeven. Mits de verkeersopvatting juist wordt gehanteerd – ter kwalificatie van feiten en omstandigheden –, dreigt geen gevaar voor een cirkelredenering. Uit dogmatisch oogpunt is het uiteraard wenselijk dergelijke cirkelredeneringen te vermijden.

238 M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1020.

239 M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1020.

240 Rogmans 2007, nr. 11 en 51.

241 Zie De Schmidt 1954, p. xxxiii.

5.6 VERKEERSOPVATTINGEN EN GEWOONTERECHT

Verkeersopvattingen zijn in de literatuur niet alleen in verband gebracht met de in Nederland levende rechtsovertuigingen, de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid, maar vooral met gewoonterecht.²⁴² Sommigen menen dat zij 'nagenoeg de status van gewoonterecht' hebben.²⁴³ Veegens merkte in een annotatie eens op dat verkeersopvattingen deels moeten worden gerekend tot het *gewoonterecht* en deels tot het *overige ongeschreven recht*.²⁴⁴ Wery merkt op dat de gewoonte beschouwd kan worden als 'het daadwerkelijke getuigenis van een geldende verkeersopvatting'.²⁴⁵ Ook volgens Rogmans vertoont de verkeersopvatting grote verwantschap met de gewoonte, zijn de grenzen tussen beide begrippen niet altijd scherp en staat de verkeersopvatting als rechtsbegrip het dichtst bij de gewoonte.²⁴⁶ Hij merkt op:²⁴⁷

'Wat aanvankelijk wordt aangeduid als behorend tot het domein der verkeersopvattingen, kan uitgroeien tot gewoonte of tot een bestendig beding. Anderzijds wordt een bestendig beding soms als bewijs voor het ontstaan van een verkeersopvatting gezien.

VOG zijn te vergelijken met feitelijke gebruiken waaraan door wetsduiding juridische betekenis is toegekend. De verwijzing naar de in het verkeer geldende opvattingen in boek 6 (VOV) hebben een meer normerend karakter en zijn diensgevolge meer verwant aan regels van gewoonterecht. Zij verwijzen naar maatschappelijke opvattingen over de vraag, wie in een gegeven situatie het risico voor een daad of gebeurtenis dient te dragen. Dat kan leiden tot een regelmatig gevolgde gedragslijn, bijvoorbeeld onder assuradeuren die schades regelen.'

In dit citaat komen vele begrippen, die nadere toelichting behoeven, samen.

Allereerst iets over het begrip *bestendig gebruikelijk beding*. Ik zie af van een uitgebreide bespreking daarvan, nu de hantering van dit begrip beperkt is

242 Zie bijv. D.J. Veegens in zijn noot onder HR 15 november 1968, NJ 1969, 1 (*Eerste Rotterdamse Maatschappij van Verzekering/Het Hollandse Kruis*); Asser-Veegens 2005, nr. 105. Vergl. Zwolve 2002, p. 608 over de nauwe banden tussen redelijkheid en billijkheid, gewoonterecht en in Nederland levende rechtsovertuigingen en Reurich 2005, p. 92-96, over de verwevenheid van en de verschillen tussen gewoonterecht, redelijkheid en billijkheid en in Nederland levende rechtsovertuigingen.

243 Asser-Veegens 2005, nr. 105. Anders: Hijmans van den Bergh 1954, p. 309, die meent dat de hantering van een afzonderlijk begrip verkeersopvatting alleen zin heeft indien men dit begrip onderscheidt van gebruik en gewoonte. Gebruik en gewoonte zijn volgens hem normatieve begrippen die duiden op een geheel van regels, terwijl de verkeersopvatting, naar zijn mening, verwijst naar een feitelijk gegeven.

244 Zie D.J. Veegens in zijn noot onder HR 15 november 1968, NJ 1969, 1 (*Eerste Rotterdamse Maatschappij van Verzekering/Het Hollandse Kruis*).

245 Wery 1964, p. 23.

246 Rogmans 2007, nr. 9.

247 Rogmans 2007, nr. 9.

tot contractuele relaties en het begrip als zodanig bovendien in ons wetboek niet meer voorkomt.²⁴⁸ Relevant om te weten in het kader van dit proefschrift is slechts dat het *bestendig gebruikelijke beding* moet worden onderscheiden van de *gewoonten en gebruiken*. Een bestendig gebruikelijk beding bindt slechts *contracterende partijen* die wisten of hadden behoren te begrijpen dat het beding als bestendig gebruikelijk deel zou uitmaken van de overeenkomst.²⁴⁹ Een gewoonte kan partijen ook binden indien zij die gewoonte niet kennen of konden kennen.²⁵⁰ Essentieel aan bestendig gebruikelijke bedingen is kortom dat zij slechts kunnen gelden binnen een *contractuele relatie*. Gewoonten en gebruiken spelen (net als verkeersopvattingen) niet alleen een rol binnen het contractenrecht, maar daarnaast in goederenrechtelijke verhoudingen²⁵¹ en in het verbintenissenrecht in brede zin.²⁵²

Een tweede opmerking over het citaat van Rogmans betreft het onderscheid dat hij maakt tussen enerzijds *feitelijke gebruiken*, waarmee de verkeersopvatting in het goederenrecht te vergelijken zou zijn, en een verwantschap van verkeersopvattingen met – kennelijk meer algemene – *regels van gewoonterecht* in het verbintenissenrecht. Eerder heb ik laten zien dat veronderstelling dat de verkeersopvatting in het goederenrecht minder normatief van aard zou zijn, niet correct is.²⁵³ Verkeersopvattingen zijn in het goederenrecht niet feitelijk(er) van aard, terwijl zij evenmin steeds leven binnen een – lokaal of functioneel – afgebakende kring van personen.²⁵⁴ Andersom gaat het in het verbintenissenrecht niet steeds om algemene opvattingen in de brede(re) kring van het maatschappelijke verkeer, maar kan de relevante verkeersopvatting omtrent risicoverdeling juist ook leven binnen een kleinere kring van branche- en

248 Ten gevolge van de afschaffing van art. 1383 BW (oud). Vergl. M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1023: het ‘bestendig gebruikelijk beding’ van artikel 1383 moet geacht worden te zijn opgegaan in de vaststelling van de inhoud van de partijverklaringen.

249 HR 21 september 1990, *NJ* 1991, 799 m.nt. CJHB (*Van der Ven/Stevens*); Asser-Veegens 2005, nr. 82; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 294. Anders, Hondius 1992, p. 127-133. Hij onderscheidt tussen het (subjectieve) stilzwijgende partijbeding en het (objectieve) in een bedrijfstak bestendig gebruikelijke beding en beschouwt deze laatste vorm als ‘gewoonterecht’ dat binnen een bepaalde branche of bedrijfstak geldt. Voor zover dit ‘gewoonterecht’ voorziet in gedragsnormen tussen partijen zou ik het zelf benoemen met het begrip ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’, (zie § 5.4.2). Daarop wijst ook het feit dat de Hoge Raad oordeelt dat dergelijke gebruikelijke bedingen bijvoorbeeld kunnen voorkomen in godsdienstige of etnische kringen (r.o. 3.3). Hieruit blijkt overigens hoe dicht de in dit hoofdstuk besproken begrippen tegen elkaar aan liggen en hoe zij soms in elkaar overvloeien.

250 M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1023; Asser-Scholten 1974, p. 104; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293 en aldaar genoemde bronnen.

251 Zie bijv. art. 3:207 (vruchtgebruik), 5:42 en 5:49 (burenrecht) en 5:73 (erfdienstbaarheden) BW.

252 Zie bijv. art. 6:2, 6:6, 6:15, 6:17, 6:48, 6:111, 6:115, 6:121, 6:126, 6:140 BW. In het contractenrecht zijn verwijzingen naar gewoonterecht te vinden in art. 6:217, 6:248 BW en naar (plaatselijke) gebruiken in de bepalingen betreffende volmacht en arbeidsovereenkomsten.

253 Zie hoofdstuk 3, met name § 3.4.2.

254 Zie § 5.4.2.4.

beroepsgenoten. Het onderscheid dat Rogmans maakt, roept bovendien de vraag op wat het verschil is tussen *gebruik* en *gewoonten*. Wie de verkeersopvatting wil vergelijken met het gewoonterecht zal kortom duidelijk moeten maken wat hij onder dat laatste begrip verstaat. Die vraag en de vraag welke rol het gewoonterecht nog speelt in ons vermogensrecht, komt hierna aan de orde (§ 5.6.1).

Mijn derde opmerking betreft de observatie van Rogmans dat een verkeersopvatting kan leiden tot een *bestendige gedragslijn*, en zo kan verworden tot gewoonterecht. Volgens de heersende leer wordt algemeen aangenomen dat van gewoonterecht sprake is in geval van het bestaan van een bestendige feitelijke gedragslijn (*usus*) in combinatie met de overtuiging binnen de kring van betrokkenen dat die gedragsregel of gedragslijn bindend is (*opinio iuris* of *opinio necessitatis*).²⁵⁵ Het verschil tussen verkeersopvattingen en gewoonterecht wordt vooral gezocht in een beweerdelijk ontbreken van een algemene en bestendige gedragslijn (*usus*).²⁵⁶ Hierna zal blijken dat dit beweerdelijke verschil tussen verkeersopvattingen en gewoonterecht vaak minder groot is dan wel wordt verondersteld. Enerzijds zijn er vele verkeersopvattingen die berusten op of verbonden zijn met bestendige gedragslijnen binnen de samenleving, terwijl anderzijds ook ten aanzien van gewoonterecht wel getwijfeld wordt aan de vraag of daaraan steeds *usus* en een bij betrokkenen vóóraf bestaande en bewuste rechtsovertuiging (in algemene zin) vooraf gaan (§ 5.6.2).

Al met al wordt in het navolgende getracht te achterhalen of verkeersopvattingen zich wel onderscheiden van wat wij gewoonterecht noem(d)en (§ 5.6.3).

5.6.1 Wat moet worden verstaan onder gewoonterecht?

Hanteren wij nog gewoonterecht en wat verstaan wij daaronder eigenlijk? Rechtshistoricus Van den Bergh constateert dat het begrip *gewoonterecht* in ten minste vijf verschillende betekenissen wordt gebruikt.²⁵⁷ Wanneer ik spreek over gewoonterecht gaat het mij om dat deel van het recht waarvan de gelding wordt erkend, terwijl het niet te herleiden is tot een ‘wilstuiting van autoriteiten’ (een wetgevende of rechtsprekende daad van daartoe bevoegd gezag).²⁵⁸ Het gaat met andere woorden om – een vorm van ongeschreven – recht dat berust op een algemene opvatting van de justitiabelen omtrent een

255 Asser-Scholten 1974, p. 106-108; (in kritische zin) Van den Bergh 1982, p. 33; Algra 1992, p. 11; Haazen 2001, p. 81; Asser-Veegens 2005, nr. 83; Reurich 2005, p. 94.

256 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293; Asser-Veegens 2005, nr. 105. Vergl. t.a.v. in Nederland levende rechtsovertuigingen Reurich 2005, p. 94-95.

257 Van den Bergh 1982, p. 48. Zie ook Algra 1992, p. 18-30 (en met name voetnoot 73 op p. 30). Vergl. De Ly 1989, nr. 428.

258 Van den Berg 1982, p. 48 (sub a); Algra 1992, p. 10.

bestendig gedragslijn. Algra spreekt in dit verband van recht dat ‘van anderen op komt’.²⁵⁹

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de praktische betekenis van dit *gewoonterecht* voor het huidige rechtsleven nog maar zeer gering is.²⁶⁰ Rogmans meent dat dit het gevolg is van veranderingen in de samenleving en van meer gedetailleerde wetgeving.²⁶¹ Die conclusie lijkt op het eerste gezicht gerechtvaardigd. Wij kennen heden ten dage niet of nauwelijks nog plaatselijke gebruiken ten aanzien van bijvoorbeeld de ‘verhuis- en betaaldagen van boerenknechten en -meiden’.²⁶² Een ander voorbeeld van een zekere ‘centralisatie van recht’ is de afschaffing van de verschillende rolreglementen bij de rechtbanken en de vervanging door een ‘landelijk rolreglement’.²⁶³ Volgens sommigen strookt de erkenning van dergelijke plaatselijke gewoonten niet met de aan onze wetgeving ten grondslag liggende codificatiegedachte en met de wetwijziging van 1963, die de toepassing van gewoonterecht onder de controle van de – naar rechtseenheid strevende – cassatierechter plaatste.²⁶⁴

Daarnaast wordt echter algemeen opgemerkt dat gewoonterecht thans vooral beperkt zou zijn tot plaatselijke gebruiken en handels- en bedrijfsusances.²⁶⁵ Daarmee zou de rol van het gewoonterecht juist beperkt zijn tot *feitelijke gebruiken* die hetzij lokaal gelden, hetzij bedrijfstak- of beroepsgroepgebonden zijn. *Algemeen en landelijk geldend gewoonterecht* zou nog nauwelijks te vinden is.²⁶⁶ Het is de vraag of die laatste observatie juist is (zie hierna § 5.6.3).

5.6.1.1 Geen verschil tussen gewoonten en gebruiken

Uit het voorgaande blijkt dat gewoonterecht lijkt te bestaan in twee soorten. Enerzijds de *algemene regels van gewoonterecht* en anderzijds de al dan niet plaatselijke gebruiken en de *feitelijke gebruiken* binnen beroepsgroepen en bedrijfstakken. Die indruk is onjuist.

De vraag of ook plaatselijke of beroepsgroepgebonden gebruiken en gewoonten wel of niet tot het gewoonterecht moesten worden gerekend is vroeger onderwerp van geschil geweest. De grote rechtsgeleerden van de vorige eeuw, Meijers en Scholten, en zij die proefschriftonderzoek op dit gebied

²⁵⁹ Algra 1992, p. 10.

²⁶⁰ Asser-Scholten 1974, p. 116; Van den Bergh (1982, p. 44 en 47) spreekt van een ‘beperkte rol’ en een ‘marginaal verschijnsel’ in het moderne recht. Zie ook Algra 1992, p. 29-33; Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 3; W.D.H. Asser 2003, p. 38; Asser-Veegens 2005, nr. 80.

²⁶¹ Rogmans 2007, nr. 9.

²⁶² Zie De Schmidt 1954, hoofdstuk 9, met toelichtende kaarten over de verspreiding van die gebruiken.

²⁶³ Zie daarover uitgebreid Teuben 2004, p. 56-62.

²⁶⁴ Asser-Veegens 2005, nr. 80.

²⁶⁵ Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 3; Asser-Veegens 2005, nr. 80.

²⁶⁶ Asser-Veegens 2005, nr. 80.

verrichtten²⁶⁷ zijn daarover duidelijk. Zij maken *geen* onderscheid tussen *gewoonte* en *gebruik*.²⁶⁸ Scholten antwoordt op de vraag of de gewoonte ook plaatselijk kan zijn dan wel algemeen moet kunnen worden aangewezen:²⁶⁹

‘Het antwoord is niet twijfelachtig – gewoonte is geregeld handelen in zekere kring. Die kring kan kleiner en groter zijn, plaatselijk of naar bedrijf en vak zijn bepaald. Voor onderscheid is niet de minste reden.’

Meijers maakte evenmin onderscheid tussen de – algemene – *gewoonte* en het tot een kleinere kring beperkte *gebruik*. In artikel 6 lid 1 van de – nooit ingevoerde – inleidende titel schakelde hij de plaatselijke gewoonte en een beroeps- of bedrijfsgebruik gelijk aan de algemene gewoonte. De toelichting op het schrappen van de artikelen 1-6 laat aan duidelijkheid op dit punt evenmin iets te wensen over:²⁷⁰

‘Ook artikel 6 kan worden gemist. Het eerste lid is inmiddels overbodig geworden. In 1954 kon men de kwestie in hoeverre een plaatselijke en een algemene gewoonte gelijk moeten worden gesteld, wellicht nog als omstreden beschouwen, maar dat is thans niet meer het geval.’

De Schmidt wijst bovendien op het feit dat de officiële vertaling van *gewoonte* (in art. 3 A.B.) het Franse begrip *usage* is. Ook volgens hem heeft de wetgever met gewoonte niet iets anders bedoeld dan gebruik. Pabbruwe onderscheidt in zijn dissertatie de feitelijke gebruiken van de normatieve gebruiken en noemt het gewoonterecht een *species* van het *genus* normatief gebruik.²⁷¹

Gewoonterecht omvat met andere woorden gewoonten en gebruiken. De begrippen ‘gewoonterecht’ en ‘gewoonten en gebruiken’ worden hierna door mij dan ook als synoniemen gehanteerd. Dergelijke gewoonten en gebruiken kunnen blijken uit rechtspraak of beschreven worden binnen een bepaalde beroepsgroep of bedrijfstak. Scholten spreekt in dit verband over *beschreven gewoonterecht* en noemt als voorbeelden daarvan de door Amsterdamse en Rotterdamse assuradeuren opgetekende regels van gewoonterecht, de beschreven regels in de graan-, effecten- en koffiehandel, en de York-Antwerp-rules die het averijgrosse-recht beschreven.²⁷² Voor moderne varianten van beschreven gewoonterecht kan gedacht worden aan de ziekenhuisprotocollen, tuchtnormen, landelijke rolreglementen, het Reglement voor de Handel op de

267 Zie De Schmidt 1954 en Pabbruwe 1961.

268 Zo ook Asser-Vranken 2005, nr. 86 (noot 52).

269 Asser-Scholten 1974, p. 111. Vergl. p. 104: ‘Ik meen, dat het verschil niet bestaat; de grondslag der gebondenheid is bij gewoonte en verkeersgebruik beide het feitelijk handelen in soortgelijke gevallen (...)’

270 M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv.* Boek 3, p. 1023.

271 Pabbruwe 1961, p. 11-18.

272 Asser-Scholten 1974, p. 109.

Optiebeurs (RHO) inclusief de Nadere regeling gedragstoezicht 2002 en wellicht ook aan – delen van – de Corporate Governance code (ook wel Code Tabaksblat).²⁷³ De moderne naam voor deze beschreven gewoonten en gebruiken is ‘private regelgeving’ of ‘zelfregulering’.²⁷⁴

Niet alleen op nationaal niveau vindt dergelijke ‘private rechtsnormcreatie’ plaats.²⁷⁵ Dit verschijnsel doet zich ook voor op internationaal en transnationaal niveau, met name in het kader van de internationale handel. In dit verband wordt vaak gesproken over de *lex mercatoria*, die ‘een geheel van op transnationale handelstransacties afgestemde rechtsnormen’ zou inhouden.²⁷⁶ Over het algemeen worden – transnationale – gewoonten en handelsgebruiken gezien als de belangrijkste bron van de *lex mercatoria*.²⁷⁷

Zoals voor vele in dit boek besproken begrippen geldt echter ook ten aanzien van ‘de *lex mercatoria*’ dat dit begrip allesbehalve eenduidig is.²⁷⁸ Bovendien is zowel het bestaan als de noodzaak van een *lex mercatoria* in de literatuur omstreden.²⁷⁹ In zijn proefschrift uit 1989 kwam De Ly bijvoorbeeld tot de conclusie dat de leer van een ‘materieel of formeel-autonome’ *lex mercatoria* naar geldend recht nauwelijks kon worden aanvaard.²⁸⁰ De zogenaamde *lex mercatoria* kent volgens hem nauwelijks eigen bronnen en regels en bezit daardoor onvoldoende interne en externe autonomie. Het geringe aantal normen dat voor *lex mercatoria* zouden moeten doorgaan kon onvoldoende worden afgebakend van het internationaal privaatrecht, het toepassingsveld van de *lex mercatoria* bleek moeilijk aanwijsbaar en van een ‘transnationale rechtsorde’ met eigen dwingendrechtelijke bepalingen bleek evenmin sprake, zo concludeerde De Ly.

Sinds de verschijning van het proefschrift van De Ly, zijn verschillende pogingen ondernomen om te komen tot een ‘lichaam van transnationale regels en gewoonten’ die gelden – of kunnen gelden – voor de internationale handel.

273 Het rechtskarakter van de Code Tabaksblat lijkt vooralsnog omstreden. Enigszins onduidelijk – en door mij niet nader onderzocht – is in hoeverre de code een weergave vormt van ‘gewoonterecht’.

274 Asser-Vranken 2005, nr. 78-87. Opvallend is overigens dat Vranken (in nr. 86) deze private regelgeving in verband brengt met bijv. goed koopmanschap, verkeersopvattingen en gebruiken en met de veranderlijkheid van het burgerlijk recht. Volgens verschillende auteurs legt de Hoge Raad t.a.v. de Code Tabaksblat een – vergelijkbare – link, door de code aan te merken als bron van ‘de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging’. Zie S.M. Bartman in zijn noot onder HR 14 september 2007, *JOR* 2007, 239 (*Versatel*) en Berendsen en van Thiel 2007.

275 Zie uitgebreid De Ly 1989.

276 De Ly 1989, p. 2.

277 Zie daarover uitgebreid De Ly 1989, p. 257-302. Andere door hem (p. 255) genoemde en besproken bronnen zijn: contractuele bedingen en standaardvoorwaarden, autonormering door beroepsorganisaties, algemene rechtsbeginselen, de arbitrale rechtspraak en eenmakingsverdragen.

278 Berger (1999, p. 39-43) beschrijft drie mogelijke betekenissen van het begrip *lex mercatoria*.

279 Zie daarover uitgebreid De Ly 1989 en Berger 1999.

280 De Ly 1989, p. 361-368.

In dit kader worden zowel de *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts* (PICC) als de *Principles of European Contract Law* (PECL) wel aangeduid als ‘de moderne *lex mercatoria*’.²⁸¹ Over deze ‘nieuwe’ *lex mercatoria* lijken velen enthousiast.²⁸² Anderen menen echter dat deze *Principles* – vanwege de rechtsonzekerheid die zij met zich brengen – voorlopig een ‘vrij bescheiden emploi’ vinden en niet snel integraal van toepassing verklaard zullen worden op internationale contracten.²⁸³ Een interessante vraag, die hier helaas onbeantwoord moet blijven, is of deze ‘nieuwe *lex mercatoria*’ de toets van De Ly als ‘zelfstandig transnationaal rechtsstelsel’ zou doorstaan. Duidelijk is in ieder geval dat deze *Principles*, hoewel nog steeds regels van zeer algemene aard bevattend, een groter aantal concrete(re) materieelrechtelijke transnationale normen inhouden. In die zin zou men kunnen spreken van ‘beschreven principes en uitgangspunten’, of misschien zelfs van ‘beschreven gemeenschappelijk gewoonten en gebruiken’. Zij lijken echter vooralsnog alleen bindend indien en voor zover partijen ze van toepassing verklaren.²⁸⁴

Niet alleen *beschreven* ‘private regelgeving’ of gewoonterecht kunnen in internationale of transnationale context een rol spelen. De internationale koop wordt, op grond van artikel 9 van het Weens Koopverdrag (WK), mede geregeld door – niet beschreven – gewoonten en handelswijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn, terwijl daarnaast gewoonten en gebruiken die in de internationale handel op grote schaal bekend zijn, geacht worden onderdeel uit te maken van de koopovereenkomst.²⁸⁵ Ook voor deze bepaling geldt echter dat partijen haar werking, vanwege de rechtsonzekerheid die zij meebrengt, vaak uitsluiten. Een onderscheid tussen gewoonten en (handels)gebruiken lijkt in de transnationale context niet te worden gemaakt.

Over ‘beschreven gewoonterecht’ ten slotte nog de volgende observatie. Scholten merkte reeds op dat de beschrijving van gewoonterecht weer zelfstandige betekenis krijgt.²⁸⁶ Formulering van het gewoonterecht door de rechter of door private partijen vraagt zelf weer om interpretatie.²⁸⁷

281 Zie bijv. de Preambule bij de PICC; Wessels 1996; Berger 2004. De transnationale uitspraken in internationale arbitrages worden eveneens wel de nieuwe *lex mercatoria* genoemd, zie Berger 2004, p. 48 (voetnoot 36).

282 Zie nader Berger 2004 en de door hem genoemde auteurs.

283 Wessels 1996, p. 76-77. Helemaal negatief is Wessels echter niet. Hij wijst op het feit dat de *Principles* alleen al uit educatief oogpunt nuttig zijn, opgesteld zijn in helder en weinig juridisch jargon en de jurist inspiratie kunnen bieden bij het uitwerken van een concept-contract.

284 Zie Wessels 1996, p. 76.

285 Zie nader Deforce 2007.

286 Het komt mij voor dat de besproken *Principles* daarvan een illustratief voorbeeld bieden.

287 Asser-Scholten 1974, p. 110-111. Zie voor een illustratie van de juistheid van Scholtens opmerking bijv. de ontwikkelingen m.b.t. de Code Tabaksblat, zoals beschreven door Berendsen en van Thiel (2007).

‘Wat bedoeld was als vastlegging van feiten, krijgt tegenover de feiten zelfstandige betekenis.’

Naast *beschreven* gewoonten en gebruiken plaatst Scholten de *niet-beschreven* gewoonten en gebruiken. Van dergelijk niet-beschreven gewoonterecht is sprake:²⁸⁸

‘indien er een zodanige herhaling van handelen is, dat in het maatschappelijke leven op voortzetting daarvan wordt gerekend. De door de handelingen gewekte verwachting is daarbij beslissend.’

Gewoonterecht kan kortom bestaan binnen een grotere of kleinere kring van personen. Beslissend voor haar bestaan lijkt daarbij de verwachting dat op een bepaalde manier gehandeld zal worden.

5.6.1.2 Verwijzingen naar gewoonten en gebruiken in de wet

Is het inderdaad zo dat gewoonterecht nog slechts een marginale rol speelt in ons vermogensrecht? Het proefschrift van De Schmidt leert ons dat rechtsgewoonten onder het oude BW een rol speelden op specifieke terreinen. Hij besprak hun rol bij huwelijksvoorwaarden, de levering, binnen het burennrecht, de tienden, bij vruchtgebruik, overeenkomsten, verborgen gebreken, bij de bijzondere overeenkomsten huur, pacht en arbeidsovereenkomst. Ten slotte besprak hij de beklemming en de kerfstok. Een verwijzing naar gewoonte of gebruik kwam in het BW van 1838 voor in ruim 50 wetsartikelen.²⁸⁹

Dat aantal verwijzingen naar gewoonten en gebruiken is onder het nieuw BW van 1992 afgenomen tot 29. Ook thans nog spelen gewoonten en gebruiken met name een rol in het burennrecht,²⁹⁰ bij vruchtgebruik en erfdienstbaarheden²⁹¹ en bij bijzondere overeenkomsten als opdracht²⁹² en arbeidsovereenkomst.²⁹³ Uit het – vernieuwde – huur- en pachtrecht zijn verwijzingen naar gewoonten en gebruiken echter geheel verdwenen.²⁹⁴ Verwijzingen naar gewoonterecht zijn nog wel te vinden in de algemene artikelen over redelijkheid en billijkheid en bij de totstandkoming van de overeenkomst.²⁹⁵ Gebruiken spelen een rol in de bepalingen betreffende volmacht,²⁹⁶ terwijl we een verwij-

288 Asser-Scholten 1974, p. 111.

289 De Schmidt 1954, p. xii.

290 Art. 5:42 en 5:49 BW.

291 Art. 3:207 (vruchtgebruik) en 5:73 BW (erfdienstbaarheden).

292 Art. 7:400 lid 2 BW.

293 Art. 7:617, 7:620, 7:630 en 7:667 BW.

294 Zie voor de rol van plaatselijke gebruiken bij huur of pacht na het einde van vruchtgebruik of erfpacht echter wel art. 3:217 en 5:94 BW en zie art. 5:120 BW voor een soortgelijke bepaling na opheffing van een splitsing in appartementsrechten.

295 Art. 2:8, 6:2, 6:248 en 6:217 BW.

296 Art. 3:61, 3:64, 3:67, 3:71 BW.

zing naar de gewoonte verder tegenkomen in allerlei bepalingen omtrent verbintenissen tot betaling van een geldsom en verrekening.²⁹⁷

Geheel uitgespeeld lijkt de rol van gewoonten en gebruiken in ons moderne recht dus niet, hoewel die rol onder invloed van moderne wetgevingsprocessen wel vermindert. Vide bijvoorbeeld de verdwijning van verwijzingen naar gewoonten en gebruiken uit het huur- en pachtrecht. In de rechtspraak komt een beroep op het gewoonterecht in de door mij gebezigde klassieke zin slechts zeer sporadisch – en vaak tevergeefs – voor.²⁹⁸ Het beroep op een regel van gewoonterecht loopt in cassatie meestal stuk op het feit dat de regel van gewoonterecht waarop een beroep wordt gedaan niet kan worden afgeleid uit de vaststaande feiten.²⁹⁹

Algra wijst op het feit dat, waar de rol van het gewoonterecht de afgelopen 50 jaar nog slechts zeer bescheiden lijkt, in dezelfde periode de rol van het ongeschreven recht en de redelijkheid en billijkheid enorm is toegenomen.³⁰⁰ Hij stelt daarom de vraag of het *gewoonterecht* nog gehandhaafd moet worden als afzonderlijke rechtsbron en of deze rechtsbron niet vervangen moet worden door het *ongeschreven recht*.³⁰¹ Ik laat die vraag rusten en merk op dat in de afgelopen 50 jaar de rol van de verkeersopvatting eveneens is toegenomen in de jurisprudentie. Rogmans wijst erop dat hantering van het begrip verkeersopvatting als ‘kapstok voor autonome rechtsvinding’, sinds 1992 aan de Hoge Raad de mogelijkheid biedt om nieuwe rechtsregels te ontwikkelen, welke mogelijkheid hij ook heeft aangegrepen.³⁰² Deze constatering, van een toename van hantering van de verkeersopvatting en een afname van verwijzingen naar gewoonterecht maakt het interessant om te onderzoeken *of* en zo ja, *hoe* de verkeersopvatting verschilt van het gewoonterecht in klassieke zin.

5.6.2 Verkeersopvatting; *opinio iuris* zonder *usus*?

Over de verkeersopvatting is wel opgemerkt dat zij van het gewoonterecht moet worden onderscheiden omdat zij niet zou ontstaan uit een regelmatig

297 Zie art. 6:111, 6:115, 6:121 en 6:126 (betreffende de betaling van een geldsom) en art. 6:140 BW (verrekening). Zie ook art. 6:6 (hoofdelijke verbondenheid) en 6:15 (pluraliteit van schuldeisers), 6:17 (keuzebevoegdheid bij alternatieve verbintenissen), 6:48 (verplichting afgifte kwitantie) BW.

298 Zie bijv. HR 12 februari 1976, NJ 1977, 428 (*The Liverpool & London & Globe/Staat*) en HR 12 november 1982, NJ 1984, 251 (*Brasse/Gem. Enschede*). Zie voor andere voorbeelden Algra 1992, p. 30-33.

299 Zie bijv. de twee in de vorige voetnoot genoemde arresten.

300 Algra 1992, p. 30, 33-35.

301 Algra 1992, p. 33.

302 Rogmans 2007, nr. 18.

gevolgde gedragslijn (*usus*).³⁰³ Hetzelfde is opgemerkt ten aanzien van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.³⁰⁴

De geldingskracht van het gewoonterecht wordt gezocht in de combinatie van een bestendig gebruikelijke gedragslijn (*usus*) en een binnen – een relevant deel van – de maatschappij levende (rechts)overtuiging dat die gedragsregel of gedragslijn bindend is (*opinio iuris* of *opinio necessitatis*).³⁰⁵ Zoals in hoofdstuk 2 al is beschreven, twijfelde met name Scholten al aan de vraag of de gebondenheid aan de gewoonte en aan verkeersgebruiken is gelegen in een daaromtrent – vooraf – bestaande *rechtsovertuiging* (in algemene zin).³⁰⁶ Scholten zoekt de gebondenheid aan gewoonterecht in een constatering van ‘feitelijk handelen in soortgelijke gevallen’, en de daardoor opgeroepen ‘verwachtingen’ die dit bij de betrokkenen in het leven roept.³⁰⁷ Onduidelijkheid bestaat met andere woorden over het tweede vereiste, het bestaan van een *opinio iuris*. Daaromtrent wordt door Korthals Altes en Groen opgemerkt:³⁰⁸

‘Hoe men het tweede vereiste ook opvat, in ieder geval is het *feitelijke* gebeuren en de *betekenis* die de rechtsgenoten aan dat gebeuren toekennen, voor het ontstaan van gewoonterecht van beslissende betekenis.’

Het feitelijke gebeuren en de betekenis die daaraan – in juridische zin – wordt toegekend zijn doorslaggevend.

Volgens Algra is deze *opinio iuris* van doorslaggevend belang en kan juist het vereiste van *usus* gemist worden.³⁰⁹ Daarmee zou het gewoonterecht verdacht veel gaan lijken op wat wij tegenwoordig de verkeersopvatting noemen. Is wellicht sprake van een terugkeer in ons vermogensrecht van het gewoonterecht in het nieuwe jasje van de verkeersopvattingen? Alle reden om de beide vereisten voor het accepteren van een regel van gewoonterecht, *opinio iuris* en *usus*, aan een nader onderzoek te onderwerpen en te vergelijken met het modernere begrip verkeersopvatting.

303 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293.

304 Reurich 2005, p. 95-96. Hij doelt op de in Nederland levende rechtsovertuigingen in de zin van art. 3:12 BW.

305 Zie over die geldingskracht ook § 2.6.2.2 onder *i*).

306 Asser/Scholten 1974, p. 107. Eveneens in kritische zin over het aannemen van een *opinio iuris* als grondslag is Van den Bergh 1982, p. 33: ‘Maar verzeilt men daarmee niet in een perfecte tautologie: gewoonte schept recht als men vindt dat het recht is. En wie zijn die ‘men’: het hele volk, de meerderheid, de regeerders, de rechters, de rechtsgeleerden?’. Anders Algra 1992, p. 13, voetnoot 25.

307 Asser/Scholten 1974, p. 104-107. Zie hierover uitgebreider § 2.6.2.2 sub *i*).

308 Asser-Veegens 2005, nr. 83.

309 Algra 1992, p. 13-14.

5.6.2.1 Is de verkeersopvatting iets anders dan *opinio iuris*?

Het antwoord op de vraag of een verkeersopvatting iets anders is dan *opinio iuris* luidt in mijn ogen eenvoudigweg: neen. Verkeersopvattingen behelzen immers *opvattingen omtrent behoren*. Opmerking verdient dat zulks niet alleen geldt voor verkeersopvattingen, maar evenzeer voor de in Nederland levende rechtsovertuigingen in de zin van artikel 3:12 BW.³¹⁰ Beide begrippen zijn een *species* van het overkoepelende begrip *rechtsovertuigingen* in algemene zin. Het verschil tussen de beide deelbegrippen is gelegen in het feit dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen waarop in art. 3:12 BW gedoeld wordt, zien op *gedragsnormen*, terwijl verkeersopvatting *andere opvattingen omtrent behoren* behelzen en niet verwijzen naar gedragsnormen.³¹¹

De hier geponeerde stelling dat verkeersopvattingen (en in Nederland levende rechtsovertuigingen) niets anders zijn dan wat voorheen *opinio iuris* genoemd werd, laat zich op twee wijzen illustreren. Ten eerste zijn de door Scholten beschreven problemen rondom de *opinio iuris* vergelijkbaar met de problemen die wij kennen met de verkeersopvatting. Het betreft de problematiek rondom de vraag of eigenlijk wel sprake is van *consensus* over de opvatting omtrent behoren *voorafgaand* aan de handeling of de feiten. Ik spreek die problemen elders uitgebreid en laat dit punt hier verder rusten.³¹²

Een tweede – hiermee samenhangende – observatie is dat de bewijsproblemen rondom het gewoonterecht en de verkeersopvatting geheel op één lijn staan. Wat betreft het gewoonterecht heeft de wetgever in 1963 een oplossing voor die problemen gevonden met artikel 99 lid 2 RO (thans art. 79 lid 2 RO). Het oordeel over het geldende gewoonterecht is een *rechtsoordeel*, waarbij de rechter niet is gebonden aan de regels omtrent bewijslevering of de door partijen verdedigde standpunten.³¹³ Regels van gewoonterecht worden afgeleid uit de feiten en behoeven – als rechtsregel – geen nader bewijs. De Hoge Raad is niet bevoegd tot een feitelijk onderzoek naar het bestaan van gewoonterecht. Indien de feiten waaruit het bestaan van een regel van gewoonterecht kan worden afgeleid niet worden betwist, mag de Hoge Raad van de juistheid van die feiten echter uitgaan. Hij kan daarbij onderzoeken of op grond van feiten van algemene bekendheid en de toegankelijke literatuur, een gewoonterrechtelijke regel mag worden aangenomen.³¹⁴

Deze bewijssituatie lijkt zeer op situatie die zich voordoet bij het vinden van de verkeersopvatting. Het lijkt er op dat ook de verkeersopvatting wordt afgeleid uit de feiten,³¹⁵ waarbij de Hoge Raad geen onderzoek doet (en mag

310 Vergl. Reurich 2005, p. 94-94 en Asser-Hartkamp 4-II, nr. 293.

311 Zie § 5.4.2.7.

312 Zie § 6.4.2.1 e.v.

313 Zie bijv. HR 1 juli 1994, NJ 1995, 547 m.nt. WMK (*Meijer/Toxopeus of dertiende penning*), r.o. 3.3.4.

314 Asser-Veegens 2005, nr. 83; Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*), art. 79 RO, aant. 3.

315 Zie over deze verstrengeling met de feiten nader § 4.6.

doen) naar die feiten, maar zich, zonder nader bewijs daarvan, wel uitlaat over de rechtsregel die op de feiten van toepassing is.³¹⁶ Voor zover de feiten niet voldoende duidelijk zijn, zal de Hoge Raad – moeten – verwijzen naar de feitelijke rechter. Aldus geschiedde bijvoorbeeld in de zaken Beens/Albers en Offringa/Vinck & van Rosberg.³¹⁷ In het laatstgenoemde arrest blijft het niet bij een verwijzing, maar geeft de Hoge Raad daarnaast een aanwijzing voor de hernieuwde beoordeling.³¹⁸

‘Bij het beantwoorden van de vraag of een partij terzake van bepaalde relevante gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht heeft, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat zijn wederpartij (...), een onderzoek zal instellen en daardoor met meerbedeelde gegevens bekend zal worden, moet niet alleen worden gelet op alle bijzonderheden van het gegeven geval – die dan ook zo nauwkeurig mogelijk behoren te worden vastgesteld –, maar ook en vooral daarop dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige koper* bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens.’

De Hoge Raad verwees de zaak terug voor een nader onderzoek naar en beoordeling van de feiten en omstandigheden van het geval, met inachtneming van de strekking van de door hem genoemde regel (bescherming tegen de nadelige gevolgen van dwaling, ook van de onvoorzichtige koper). Van een soortgelijke terugverwijzing zal ook sprake moeten zijn indien de Hoge Raad de verkeersopvatting nader invult door *maatstaven* te formuleren en, met deze maatstaven in de hand, opnieuw beoordeling van de feiten zal dienen plaats te vinden.³¹⁹ De gelijkenis met het gewoonterecht laat zich ten slotte illustreren door het feit dat de Hoge Raad soms expliciet overweegt dat het bestaan van een algemene regel of verkeersopvatting, zoals door één der partijen aangevoerd, niet kan worden aangenomen.³²⁰

316 Voorbeelden daarvan zijn legio. Ik noem slechts enkele op dit punt baanbrekende arresten, bijv. HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Van Spronsen/Rabobank of Orchideeën-scheur-arrest*); HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 (*Dépex/Curatoren Bergel*) m.nt. WMK onder NJ 1993, 317; HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollanders/Raiffeisenbank of Kuikenbroederij*); HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar Autoverhuur*); HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

317 HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*) (zie daarover § 3.3.5 sub ii)) en HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & van Rosberg*).

318 R.o. 3.5, laatste alinea.

319 Zie bijv. HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*), waarin na verwijzing werd beslist door Hof Amsterdam 24 februari 1994, NJ 1994, 707.

320 Zie voor een nieuw voorbeeld HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272 (*Steiger-arrest*). Een oud – en inmiddels door het NBW achterhaald – voorbeeld biedt het arrest HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m.nt. GJS (*Fokker/Zentveld*): ‘daar het Nederlandse verbintenisrecht de algemene regel, dat de schuldenaar heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de zaken waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, niet inhoudt’.

Bewijsrechtelijk gezien staat de verkeersopvatting kortom zeer dicht bij het gewoonterecht. Men kan zich zelfs afvragen of de bewijsregel die in artikel 79 lid 2 RO is geformuleerd voor het gewoonterecht, door de Hoge Raad niet tevens *de facto* wordt gehanteerd ten aanzien van verkeersopvattingen. Het zijn de feiten waaruit de Hoge Raad de verkeersopvatting afleidt, en slechts die feiten behoeven bewijs. De verkeersopvatting geeft uiting aan de *opinio iuris* met betrekking tot die feiten.

5.6.2.2 Berusten verkeersopvattingen wellicht op *usus*?

Ten aanzien van het vereiste van *usus* spelen twee vragen een rol. Allereerst komt aan de orde de door Algra opgeworpen vraag of voor het bestaan of ontstaan van gewoonterecht *usus* noodzakelijk is. Daarna bezie ik de vraag of de in de literatuur geponeerde stelling dat verkeersopvattingen niet op *usus* zouden berusten, juist is.³²¹

i) Gewoonterecht en *usus*

Berust gewoonterecht wel steeds op *usus*? De vooronderstelling dat aan gewoonterecht steeds een bestendige gedragslijn vooraf gaat, wordt kritisch beoordeeld door Algra.³²² Hij is van mening dat gewoonterecht ook kan bestaan zonder bestendige gedragslijn, en meent daarom dat *usus* niet constitutief is voor het ontstaan van gewoonterecht en dit vereiste zonder bezwaar geschrapt zou kunnen worden. Volgens Algra is – slechts – de *opinio iuris* het fundament van het gewoonterecht. Het element *usus*, de bestendige gedragslijn, is volgens Algra slechts van bewijsrechtelijke aard.³²³

‘Het is bepaald niet zo dat toen de gedraging voor de eerste keer werd verricht, de handeling nog geen recht was, maar dat pas na de derde of vierde of honderdste herhaling werd. Vanaf de eerste keer dat iemand zich zo gedroeg, handelde hij conform het recht. Hij gedroeg zich op het moment dat de handeling voor de eerste maal werd verricht reeds conform het (gewoonte)recht. Daaruit volgt dat we ook van “verricht krachtens gewoonterecht” mogen spreken als een gedraging (nog) slechts eenmaal plaatsgevonden heeft. We hebben dan te maken met gewoonterecht zonder gewoonte. Naarmate een gewoonte evenwel vaker en langer wordt geaccepteerd als een norm voor het gedrag wordt het bewijs van het bestaan van een gewoonterecht verlicht. Maar ook de eerste maal dat de gedraging plaatsvond, wordt zij (in ieder geval achteraf) als conform het gewoonterecht geaccepteerd.’
[cursivering in origineel]

Waar Scholten twijfelde aan het bestaan van een aan de bestendige gedragslijn voorafgaande *opinio iuris*, twijfelt Algra kortom aan de noodzaak van *usus*

³²¹ Zie Hartkamp 4-II, nr. 293.

³²² Algra 1992, p. 11-13.

³²³ Algra 1992, p. 13-14.

voor het aannemen van het rechtskarakter van gewoonterecht.³²⁴ Hij trekt zijn redenering dat *usus* niet noodzakelijk is voor het ontstaan van ongeschreven rechtsregels door, en stelt voor om het ‘ongeschreven recht’ voortaan te beschouwen als ‘rechtsbron’,³²⁵ in plaats van de traditioneel als vierde genoemde rechtsbron ‘gewoonterecht’. De vraag of het gewoonterecht als rechtsbron vervangen zou moeten worden door het – bredere – ‘ongeschreven recht’ laat ik hier rusten. Van belang is om te constateren dat volgens de heersende leer *usus* en *opinio iuris* nog altijd tezamen worden beschouwd als constitutieve vereisten voor het aannemen van ‘gewoonterecht’.³²⁶

Ik deel echter Algra’s conclusie dat met name de *overtuiging over behoren* – de gerechtvaardigde normatieve verwachting dat op een bepaalde manier gehandeld zal worden – doorslaggevend is voor de vraag of die opvatting of overtuiging tot *recht* verwordt.³²⁷ Algemeen aanvaard is in Nederland immers de gedachte dat begrippen als redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid en goede zeden verwijzen naar *ongeschreven recht*, zonder dat gezegd wordt, of kan worden, dat het daarbij steeds *gewoonterecht* betreft.³²⁸ Bestendige gedragslijnen kunnen behulpzaam zijn bij het vaststellen van dergelijke overtuigingen en normatieve verwachtingen. *Usus* is voor het aannemen van het rechtskarakter van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid en de goede zeden echter niet steeds constitutief. Juist is mijns inziens dan ook de constatering dat *usus* niet steeds noodzakelijk is voor het aanvaarden van de rechtskracht van ongeschreven opvattingen omtrent behoren. Voor zover *usus* aanwezig is, zal het bestaan van een *opinio iuris* moeten leiden tot de constatering dat sprake is van wat ‘gewoonterecht’ genoemd pleegt te worden.³²⁹

ii) Verkeersopvattingen en *usus*

Door Hartkamp is gesuggereerd dat verkeersopvattingen niet op een bestendige gedragslijn (*usus*) zouden berusten. Dit is reden voor Hartkamp om de verkeersopvatting niet aan te merken als een bron van verbintenissen.³³⁰ Klopt deze terloopse observatie van Hartkamp? Naar mijn mening kan niet onverkort worden volgehouden dat de verkeersopvatting nooit gebaseerd zou zijn op een bestendige gedragslijn. In bepaalde gevallen vormen bestendige

324 Algra 1992, p. 44.

325 Naast de rechtsbronnen wet, het verdrag en jurisprudentie.

326 Zie bijv. Haazen 2001, p. 81; Asser-Veegens 2005, nr. 83; Reurich 2005, p. 94.

327 Zie ook § 2.6.2.2. sub *i*). Vergl. Reurich 2005, p. 95-96 en § 3.4.2.

328 Zie ook de rechtstreekse verwijzingen naar ‘ongeschreven recht’ in bijv. art. 5:1 lid 1 en 6:162 lid 2 BW.

329 Dit geldt niet alleen voor de verkeersopvatting die gebaseerd is op *usus*, maar *mutatis mutandis* ook – en misschien zelfs sterker – voor de in Nederland levende rechtsovertuigingen.

330 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 293. Zie hierover ook § 2.6.2.2. sub *i*).

gedraglijnen wel degelijk de grondslag voor het aannemen van een verbintenis op grond van de verkeersopvatting.³³¹

Met name de onmiddellijk kenbare en evidente verkeersopvattingen zijn mijns inziens nauw verbonden met – niet als zodanig herkende – vaste feitelijke gebruiken (*usus*). De voordeur en dakpannen van een huis zijn bestanddeel daarvan omdat het een vast gebruik is deze onderdelen van het huis in de overdracht daarvan te begrijpen, en de koper gerechtvaardigd mag en zal verwachten dat deze onderdelen in de koop en overdracht begrepen zijn. Evenzo bestaat een bestendige gedragslijn om de schuldenaar aan zijn betalingsverplichting te houden in geval van betalingsonmacht. Wie een verbintenis tot betaling van een geldsom aangaat, dient er voor in te staan dat hij het verschuldigde bedrag ook kan betalen. Ook het vaste gebruik om geleende bibliotheekboeken terug te brengen naar de bibliotheek na het verstrijken van de leentermijn is een vorm van *usus*, die het bewijs vergemakkelijkt van de regel dat het lenen van boeken leidt tot houderschap en niet tot bezit. Vele verkeersopvattingen bestaan met andere woorden bij de gratie van *vaste gebruiken* en *bestendige gedragslijnen*. Deze kenbare en evidente verkeersopvattingen zijn juist verkeersopvatting ‘omdat het nu eenmaal altijd zo gaat en omdat op die gang van zaken in het dagelijkse verkeer gerechtvaardigd vertrouwd mag worden’. Zelfs bij niet onmiddellijke kenbare verkeersopvattingen kunnen *gebruiken* een rol spelen bij het ‘vinden’ van de verkeersopvatting. Zo kan het feit dat een professionele autoverhuurder zich kan verzekeren tegen diefstal van de auto, maar dat niet gebruikelijk is dat hij zich verzekert tegen schade uit beslag op een verhuurde auto, meewegen bij een oordeel over de toerekening naar verkeersopvatting van een dergelijk risico aan de huurder.³³²

In dit verband is een opmerking over de verhouding tussen *usus*, gedrag-normen en verkeersopvattingen op zijn plaats. Hoe kan een verkeersopvatting gebaseerd zijn op *usus* maar zelf geen gedragsnorm inhouden? *Usus* wordt immers over het algemeen aangemerkt als een ‘bestendige gedragslijn’. De verklaring daarvoor is dat *usus* steeds een feitelijke gegeven en niet een normatief gegeven is. Andere schrijvers spreken daarom ter omschrijving van het begrip *usus* niet zozeer van een ‘bestendige gedragslijn’, maar van ‘een herhaling van feiten’,³³³ ‘een herhaling van handelen’,³³⁴ of van ‘herhaald gebruik’.³³⁵ *Usus* bestaat vooral uit een herhaling van feiten en niet zozeer uit een bestendig gevolgde gedragsnorm. De opvatting dat bepaalde feiten of bepaald gedrag ook *behoren*, is nu juist de *opinio iuris*. Het gebruikelijke gedrag waaruit *usus* bestaat is kortom een feitelijke gegeven en niet een normatief

331 De vraag of de verkeersopvatting verwijst naar ongeschreven *recht*, staat hiervan naar mijn mening overigens los. Ook indien *geen* sprake is van een bestendige gedragslijn, is de verkeersopvatting naar mijn stellige overtuiging een rechtsbegrip. Zie nader § 3.4.

332 Zie Rb. Haarlem 16 juli 2002, LJN AE5326 (*Diks Autoverhuur*).

333 Asser-Scholten 1974, p. 106; Asser-Veegens 2005, nr. 83.

334 Asser-Scholten 1974, p. 111; Van den Bergh 1982, p. 33.

335 Algra 1992, p. 44.

gegeven. Het antwoord op de vraag hoe *usus* een rol kan spelen terwijl de verkeersopvatting geen gedragsnorm inhoudt, is kortom dat de verkeersopvatting een *afgeleide* is van gebruikelijke feiten of van feitelijk gebruikelijk gedrag. De verkeersopvatting behelst de *verwachting omtrent de rechtsgevolgen* die moeten worden gekoppeld aan bepaalde feiten of gedragingen. Elders komen twee aspecten van de verkeersopvatting die haar verhouding tot gedrag duidelijk maken, uitgebreider aan de orde. In § 4.2.2 kwam het gegeven aan de orde dat het te beoordelen feitencomplex ook gedragingen kan omvatten, terwijl in § 7.2.2.4 het gedragsnormerende effect van verkeersopvattingen wordt besproken.

Net als het gewoonterecht ontleent de verkeersopvatting zijn ‘status’ mijns inziens voor een groot deel aan bestendige gedragslijnen of herhaalde feitelijke gebruiken in de praktijk en de daarop gebaseerde verwachtingen van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer.

5.6.3 Verkeersopvatting: gewoonterecht in een nieuw jasje?

Uit de vorige paragrafen blijkt dat het in de literatuur bestaande beeld dat het gewoonterecht nog slechts van geringe praktische betekenis is, bijstelling behoeft.³³⁶ Wie gewoonterecht definieert als recht dat in de maatschappij ‘van onderen opkomt’ (recht dat niet wordt vastgesteld of opgelegd door een bevoegde autoriteit) en dat gebaseerd is op een combinatie van *usus* en *opinio iuris*, kan niet anders dan constateren dat veel verkeersopvattingen – evenals hoogstwaarschijnlijk een deel van de in Nederland levende rechtsovertuigingen³³⁷ – behoren tot hetgeen voorheen werd aangeduid als ‘gewoonterecht’. Ik doel dan met name op evidente en onmiddellijk kenbare verkeersopvattingen, waarover in rechte weinig geprocedeerd zal worden.³³⁸

Aan de andere kant is duidelijk dat dit niet geldt voor alle verkeersopvattingen. Juist de jurisprudentie biedt immers legio voorbeelden van verkeersopvattingen die niet vooraf werden gegaan door bestendige gedragslijnen.³³⁹ In die gevallen, waarin het begrip verkeersopvatting vooral een aanknopingspunt vormt voor het vinden van ‘ongeschreven recht’, zal *usus* juist vaak

³³⁶ Dezelfde conclusie wordt getrokken binnen de *evolutionaire rechtseconomie*, een stroming die – kort door de bocht gezegd – het ontstaan van nieuwe sociale normen tracht te verklaren aan de hand van speltheoretische modellen. Zie Kerkmeester 1996.

³³⁷ Het ontbrak mij aan tijd om uitgebreid onderzoek te doen naar de vraag in hoeverre in Nederland levende rechtsovertuigingen gebaseerd zijn op *usus*. Het komt mij echter voor dat bijv. de Code Tabaksblat deels gebaseerd zal zijn op ‘best practices’, ofwel op reeds bestaand en gebruikelijk gedrag.

³³⁸ Zie § 3.5.1.

³³⁹ Ik denk aan arresten als HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Van Spronsen/Rabobank of Orchideeënscheur*-arrest); HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollanders/Raiffeisenbank of Kuikenbroederij*); HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar Autoverhuur*); HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

ontbreken. Wij kennen kortom naast gewoonterecht ook ‘ander ongeschreven recht’.³⁴⁰

Het lijkt erop dat de verkeersopvatting ten dele niets anders is dan gewoonterecht in een nieuw jasje. Vele – evidente en kenbare – verkeersopvattingen berusten niet alleen op een *opinio iuris* maar juist ook op *usus*, op feitelijke gebruiken. Het begrip kent bovendien dezelfde kenbaarheids- en bewijsproblemen en dezelfde problemen rondom haar geldingskracht. Een andere overeenkomst tussen het gewoonterecht en de verkeersopvatting is gelegen in het feit dat beide zowel algemeen kunnen gelden als in een kleine kring van personen.³⁴¹ Opmerkelijk is ten slotte dat zowel gewoonterecht als verkeersopvattingen zelden of nooit zullen derogeren aan de wet, en binnen het privaatrecht vooral een aanvullende functie vervullen.³⁴²

Helemaal aan elkaar gelijkgesteld kunnen de begrippen verkeersopvatting en gewoonterecht echter niet worden. Volgens de heersende leer is voor het ontstaan van gewoonterecht zowel *usus* als *opinio iuris* constitutief, terwijl we hebben gezien dat bij de beantwoording van ‘subtiële rechtsvragen’, zoals met betrekking tot de risicoverdeling tussen partijen, *usus* nogal eens pleegt te ontbreken. Een deel van de verkeersopvattingen behoort dan ook tot de categorie ‘ander ongeschreven recht’. Het begrip ‘gewoonterecht’ is bovendien in die zin breder dan de verkeersopvatting, omdat het ook allerlei gebruikelijke gedragsnormen in kleinere of grotere kring omvat. Vermoedelijk behoren de, wat wij tegenwoordig noemen ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ – in beperkte zin – eveneens deels tot het domein dat vroeger als gewoonterecht werd betiteld. Dat zal het geval zijn indien die rechtsovertuigingen inhouden dat het feitelijk vertoonde gedrag binnen een bepaalde kring van personen (*usus*), ook dat gedrag is wat binnen een specifieke rechtsverhouding behoort te worden vertoond (*opinio iuris*). De in de literatuur veelvuldig te lezen bewering dat het gewoonterecht in ons vermogensrechtelijke systeem nog slechts een marginale rol zou spelen en van geringe praktische betekenis zou zijn voor het huidige rechtsleven verdient daarom in mijn ogen enige bijstelling.

340 Hier past de opmerking dat vaak ook jurisprudentieel recht tot het ongeschreven recht wordt gerekend.

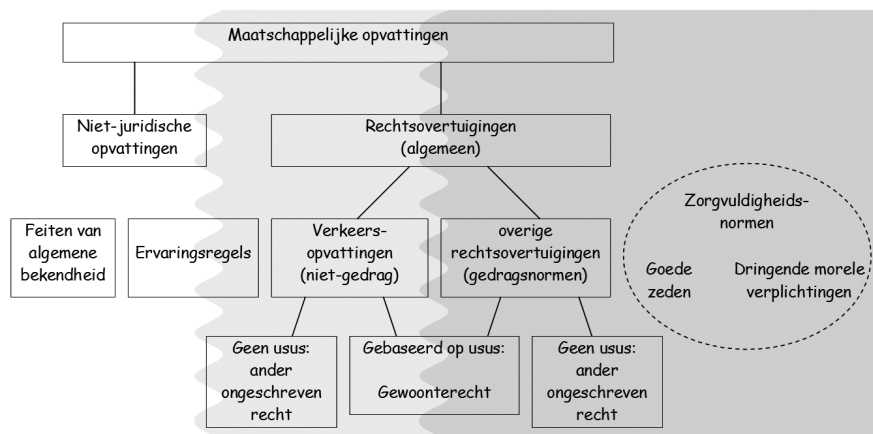
341 Hetzelfde geldt overigens voor de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de goede zeden.

342 T.M. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 920. Zie over de aanvullende functie van de verkeersopvatting nader § 6.4.3.

5.7 DE PLAATS VAN DE VERKEERSOPVATTING IN BEELD

Met dit gegeven, in combinatie met de eerdere constatering over de verhouding van de verkeersopvatting tot aanverwante begrippen, kan de figuur uit § 5.4.2.7 worden uitgebreid tot het onderstaande plaatje.

Figuur 5.2



De figuur toont de geleidelijke overgang van meer feitelijke begrippen als de ‘feiten van algemene bekendheid’ en ‘ervaringsregels’, naar het *enkel normatieve* begrip verkeersopvattingen (in het lichtgrijze gebied), en haar positie ten opzichte van de *dubbel normatieve* gedragsnormen (in het iets donkerder grijs gebied).

Zowel de verkeersopvattingen als de overige rechtsovertuigingen (gedragsnormen³⁴³) vormen een *species* van het begrip rechtsovertuigingen in algemene zin, dat weer een *species* vormt van het begrip maatschappelijke opvattingen. Beide vormen van rechtsovertuigingen zijn in sommige gevallen gebaseerd op *usus*, zodat in die gevallen gesproken kan worden van *gewoonterecht*, en verwijzen in de overige gevallen naar wat wel ‘ander ongeschreven recht’ wordt genoemd.

Omwille van de overzichtelijkheid ontbreekt in de figuur de redelijkheid en billijkheid. In haar rol van *gedragsnorm* en *maatstaf* voor gedrag bevindt de redelijkheid en billijkheid zich aan de dubbel normatieve zijde van de figuur. Zij is – als concrete norm – echter soms slechts enkel normatief van aard. In haar rol van *metanorm* doorschrijdt en overstijgt zij alle andere rechtsbegrippen. Het is dan ook ondoenlijk haar in dit plaatje te ‘vangen’.

³⁴³ Waaronder ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ in de zin van art. 3:12 BW, die nader invulling geven aan de redelijkheid en billijkheid binnen een rechtsverhouding.

5.8 CONCLUSIE

Het moge duidelijk zijn geworden hoe de verkeersopvatting zich verhoudt tot aanverwante begrippen. De verkeersopvatting vervult een middenpositie tussen enerzijds de 'notoire feiten' en – de meer feitelijke – ervaringsregels zonder enig normatief aspect, en anderzijds de gedragsnormen, die dubbel normatief van aard zijn.

Haar verhouding tot de redelijkheid en billijkheid bleek gecompliceerder, ten gevolge van het feit dat dit begrip verschillende rollen vervult in het rechtssysteem en nu eens enkel normatief, dan weer dubbel normatief van aard is. Niet alleen verstaan wij onder de redelijkheid en billijkheid *gedragsnormen* en vormt zij daarnaast de *maatstaf* voor de beoordeling van gedrag, daarnaast vervult dit begrip een rol als *metanorm*. Om de verhouding tussen verkeersopvatting en redelijkheid en billijkheid nader te kunnen bepalen, bezag ik allereerst de verhouding tussen verkeersopvattingen en maatschappelijke opvattingen en met name ook haar verhouding tot de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' waarnaar art. 3:12 BW verwijst. Geconcludeerd kan worden dat het begrip maatschappelijke opvattingen een zeer breed en vaag *genusbegrip* is. Onder deze brede noemer vallen zowel juridische als niet-juridische opvattingen, gedragsnormen als niet-gedragsnormen en rechtsvraaggebonden als niet-rechtsvraaggebonden opvattingen en overtuigingen. Voor zover maatschappelijke opvattingen rechtskarakter bezitten, kan in algemene zin gesproken worden van *rechtsovertuigingen*. Verkeersopvattingen en overige rechtsovertuigingen, waaronder de in Nederland levende rechtsovertuigingen zoals genoemd in artikel 3:12 BW, vormen een *species* van dit algemene begrip rechtsovertuigingen. De beide begrippen verschillen van elkaar doordat verkeersopvattingen geen gedragsnormen inhouden, terwijl de overige rechtsovertuigingen (waaronder de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' in de zin van art. 3:12 BW) juist inhoud geven aan gedragsnormen die gelden binnen een rechtsverhouding tussen partijen.

Zowel verkeersopvattingen als de in Nederland levende rechtsovertuigingen waaraan in artikel 3:12 BW wordt gerefereerd, kunnen leven in een kleine kring relevante personen dan wel algemeen gelden. Onjuist bleek dan ook de in de literatuur wel aangehangen veronderstelling dat de verkeersopvatting een *species* zou vormen van het begrip 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' in de zin van artikel 3:12 BW. De verkeersopvatting is naar haar aard een andersoortig begrip, dat *naast* deze 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' een eigen rol vervult binnen het rechtssysteem. De begrippen staan naast elkaar en overlappen niet.

Ten aanzien van de verhouding tussen verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid kon vervolgens geconcludeerd worden dat verkeersopvattingen *geen* rol spelen bij de concretisering van de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm en als maatstaf voor gedrag. Verkeersopvattingen behelzen immers geen gedragsnormen en vormen geen *species* van het begrip 'in

Nederland levende rechtsovertuigingen' zoals gebezigd in artikel 3:12 BW. Andersom is er wel een nauwe band tussen verkeersopvattingen en de redelijkheid en billijkheid als *metanorm*. Voor een discrepantie tussen de verkeersopvatting en deze metanorm behoeven we niet beducht te zijn. Een 'onbillijke' verkeersopvatting is onbestaanbaar, zij kan immers niet – langer – de 'opvatting omtrent behoren' behelzen.

Tot slot bezag ik de vraag of de verkeersopvatting wellicht een vorm van 'gewoonterecht' is, gestoken in een nieuw jasje. Allereerst bleek dat de verkeersopvatting niet iets fundamenteel anders is dan een *opinio iuris*, zoals de rechtsovertuigingen die een fundament vormen van wat wij wel 'gewoonterecht' noemen. Vervolgens bezag ik of de verkeersopvatting wellicht gebaseerd is op *usus*, zodat ook aan het andere constitutieve vereiste voor het aannemen van een regel van gewoonterecht voldaan wordt. Onjuist bleek de veronderstelling dat de verkeersopvatting *nooit* op *usus* zou berusten. Aan veel kenbare en onmiddellijk evidente verkeersopvattingen gaan bestendige gedragslijnen vooraf. In andere gevallen is zulks echter juist *niet* het geval, zodat de begrippen gewoonterecht en verkeersopvattingen geen synoniemen vormen. Enerzijds bestaan er verkeersopvattingen die wel of niet op *usus* berusten. Anderzijds omvat het gewoonterecht niet alleen een deel van de verkeersopvattingen, maar ook gewoonterechtelijke *gedragsnormen*.

Ik kan niet anders dan concluderen dat verkeersopvattingen *ten dele* niets anders zijn dan gewoonterecht in een nieuw jasje. Hetzelfde geldt voor een deel van de overige rechtsovertuigingen. De in de literatuur veelvuldig te lezen bewering dat het gewoonterecht in ons vermogensrechtelijke systeem nog slechts een marginale rol zou spelen in het huidige rechtsleven dient daarom enigszins bijgesteld te worden.

6 | Functies van de verkeersopvatting

6.1 INLEIDING

Nu de aard en kenmerken van de verkeersopvatting en haar plaats ten opzichte van andere begrippen in beeld zijn gebracht, wordt het tijd om te bezien welke functies de verkeersopvatting vervult binnen het vermogensrecht. Alle rechtsregels, geschreven of ongeschreven, vervullen een *verwachtingsfunctie*.¹ Deelnemers aan de samenleving stemmen hun gedrag af op het recht en koesteren omtrent dat recht – bewust of onbewust – bepaalde normatieve verwachtingen. Hoe concreter de rechtsnorm, hoe concreter de verwachting op grond van die norm. Met het noemen van deze zeer algemene functie van rechtsregels is echter nog niet veel gezegd.

We zagen dat de verkeersopvatting een onbepaald begrip is dat verwijst naar ongeschreven recht.² De verwijzing naar dit begrip – en naar andere onbepaalde begrippen – maakt de betreffende norm open (of abstract). Om toegepast te kunnen worden dient het begrip eerst nader geconcretiseerd te worden, waarbij de rechter een centrale rol vervult.³ De rol van de rechter bij de hantering en concretisering van het ongeschreven recht hangt samen met de functies die dit ongeschreven recht in het rechtssysteem vervult. Met name in Duitsland is grondig nagedacht over de functies die onbepaalde begrippen en *Generalklauseln* vervullen in het rechtssysteem.⁴ In de Duitse literatuur beperkt men zich daarbij veelal tot de meer dogmatische of ‘methodische functies’ van *Generalklauseln* en gaan de auteurs minder in op de ‘materiële functies’ die de verschillende begrippen vervullen in het rechtssysteem.

Terug naar de verkeersopvatting. Rogmans komt in zijn monografie tot de conclusie dat het begrip verkeersopvattingen drie functies vervult:⁵

‘het schrijft objectivering voor, het verwijst naar reële aanknopingspunten bij wat in de maatschappij aan opvattingen leeft, en het opent de weg voor autonome rechtsvinding door de rechter.’

1 De *verwachtingsfunctie* wordt ook wel de *voorspellingsfunctie* genoemd.

2 Zie § 2.3.2 en hoofdstuk 3 (met name § 3.4).

3 Zie ook § 2.2.5.

4 Zie over het verschil tussen onbepaalde begrippen en *Generalklauseln* § 2.3.2.

5 Rogmans 2007, nr. 16, 17 en 18.

De laatste twee door hem genoemde – methodische – functies worden in Duitsland de *Rezeptionsfunktion* en *Transformationsfunktion* genoemd. De verplichting om te *objectiveren* is een materiële functie, waarmee de specifieke functie van het begrip in concrete gevallen wordt aangegeven. Ik bespreek allereerst het verschil tussen formele en materiële functies en ga vervolgens in op de functies die het begrip verkeersopvatting vervult.

6.2 METHODISCHE EN MATERIËLE FUNCTIES

In navolging van Reurich⁶ maak ik onderscheid tussen de *methodische* en *materiële* functies van, wat ik noem, onbepaalde begrippen en open normen. De methodische functies zien op het methodologische belang van het onbepaalde begrip of de open norm voor het systeem van het vermogensrecht als zodanig. Bij de materiële functie gaat het om de meer specifieke functie van het onbepaalde begrip in het concrete geval. Reurich spreekt bijvoorbeeld met betrekking tot de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid over haar ‘betekenis bij de vaststelling van vermogensrechtelijke rechten en plichten’. Hij onderkent als materiële functies van de redelijkheid en billijkheid de aanvullende en beperkende rol van dit begrip voor concrete vermogensrechtelijke verhoudingen.⁷

Gezegd kan worden dat de methodische functies gelden voor alle open normen en onbepaalde begrippen, terwijl de materiële functies meer begrips-specifiek zijn.⁸ Zij geven aan waartoe het betreffende begrip wordt gehanteerd.

6.3 METHODISCHE FUNCTIES

In de Duitse literatuur worden – al dan niet in verband met *Generalklauseln* – vooral de drie door Teubner onderscheiden functies genoemd: de *Rezeptionsfunktion*, *Transformationsfunktion*, en *Delegationsfunktion*.⁹ Bij receptie gaat het kort gezegd om het door middel van een onbepaald begrip of een open term

6 Zie Reurich 2003, p. 93-95 en Reurich 2005, p. 173-176.

7 Reurich 2005, p. 173 en 176-179. Vergl. Hesselink 1999, p. 23, die drie functies onderscheidt: interpretatie, aanvulling en correctie.

8 Vergl. Röthel 2004, p. 31.

9 Het was Teubner die deze functies in het kader van zijn onderzoek naar *Gute Sitten* voor het eerst formuleerde (Teubner 1971, in het bijzonder p. 60-61 en 116-118). Met name Ohly heeft op de gedachten van Teubner voortgebouwd. Zijn systeem is echter iets anders. Hij onderscheidt de *Verweisungsfunktion*, *Flexibilitätsfunktion* en *Delegationsfunktion* (Ohly 2001, p. 6-7). Zie ook: Van den Brink 2002, p. 162-163; Reurich 2005, p. 174-176 en Röthel 2004, p. 30-33, met verdere verwijzingen naar indelingen door J. Esser, H. Heinrichs, H. Merz en R. Sack.

‘binnenhalen van buitenjuridische sociale normen’.¹⁰ Indien dergelijke buitenjuridische sociale normen niet gevonden kunnen worden, dan zal de rechter zelf de toepasselijke regel moeten formuleren. Teubner noemt dit de *Transformationfunktion*.¹¹ Uit deze beide functies volgt een derde methodische functie, door Teubner de *Delegationsfunktion* genoemd.¹² De open norm wordt door de wetgever bewust vaag gehouden, waardoor de rechter ‘gemachtigd’ wordt de norm, door middel van rechterlijke rechtsvorming, in te vullen (te concretiseren) voor het specifieke geval.

Bij receptie, transformatie en delegatie ontkomt de rechter niet aan het aanknopen bij datgene wat in de maatschappij aan opvattingen leeft en aan het volgen van de maatschappelijke ontwikkelingen. Sterker nog, het is bij de hantering van ongeschreven recht zijn primaire taak om rekening te houden met en invulling te geven aan die ontwikkelingen en opvattingen in de maatschappij. Röthel spreekt in dit verband over de *Anpassungsfähigkeit* und *Ausfüllungsbedürftigkeit* van *Generalklauseln* en ander onbepaalde begrippen.¹³ Zij meent dat flexibiliteit en delegatie algemene kenmerken zijn van ‘*unbestimmter Gesetzesredaktion*’, en merkt op dat alleen de receptiefunctie een specifieke inhoud heeft voor *Generalklauseln*.¹⁴

Ik bespreek de methodische functies kort en specifiek met het oog op verkeersopvattingen.

6.3.1 Receptie

Van de receptie- of verwijzingsfunctie is sprake indien de verkeersopvatting – of een andere open norm of onbepaald begrip – slechts fungeert als ‘doorgeefluik’ of ‘poort’ waardoor in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen het recht binnen gehaald worden. Open normen, of beslissingsregels, maken het kortom mogelijk om buitenjuridische waarden en normen te incorporeren in het vermogensrecht.¹⁵ Beslissingsregels, die verwijzen naar ongeschreven recht, komen zo tegemoet aan de wens tot ‘vermaatschappelij-

10 Teubner 1971, p. 29-36 en 61. In plaats van de *Rezeptionsfunktion* spreekt bijv. Ohly ook wel van de *Verweisungsfunktion* (Ohly 2001, p. 7).

11 Vergl. Reurich 2005, p. 175. Hesselink 1999, p. 43 spreekt over de open norm – meer specifiek de redelijkheid en billijkheid – als ‘doorgeefluik’ (receptie) of als ‘inspiratiebron’ (transformatie).

12 In dit verband wordt ook gesproken over de *Konkretisierungs-, Ergänzungs- of Ermächtigungsfunktion*, zie Röthel 2004, p. 31.

13 Vergl. Ohly 2001, p. 7, die in dit verband spreekt over de *Flexibilitätsfunktion* van *Generalklauseln*.

14 Röthel 2004, p. 31.

15 Barendrecht 1992, p. 9 spreekt over de vage norm als ‘doorgeefluik van de aan de rechtsorde ten grondslag liggende beginselen’ en van een ‘sluiproute naar een billijke oplossing’ (p. 8 en 182). Vergl. Hesselink 1999, p. 43. Asser-Vranken 2005, nr. 86 spreekt van ‘vensters op de maatschappelijke werkelijkheid’ (zie nader § 3.2)

king' van het recht, de wens om te trachten het recht te laten aansluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid. Rogmans spreekt voor wat betreft de verkeersopvatting over 'reële aanknopingspunten bij wat in de maatschappij aan opvattingen leeft'.¹⁶ Wichers noemt de verkeersopvatting in dit verband een *scharnier*.¹⁷

'Belangrijke uitzonderingen daargelaten, ligt de inhoud van de verkeersopvatting in het goederenrecht buiten het recht, in maatschappelijke normen. De "verkeersopvatting" functioneert hier als een scharnier. Door haar worden die maatschappelijke normen deel van het recht.'

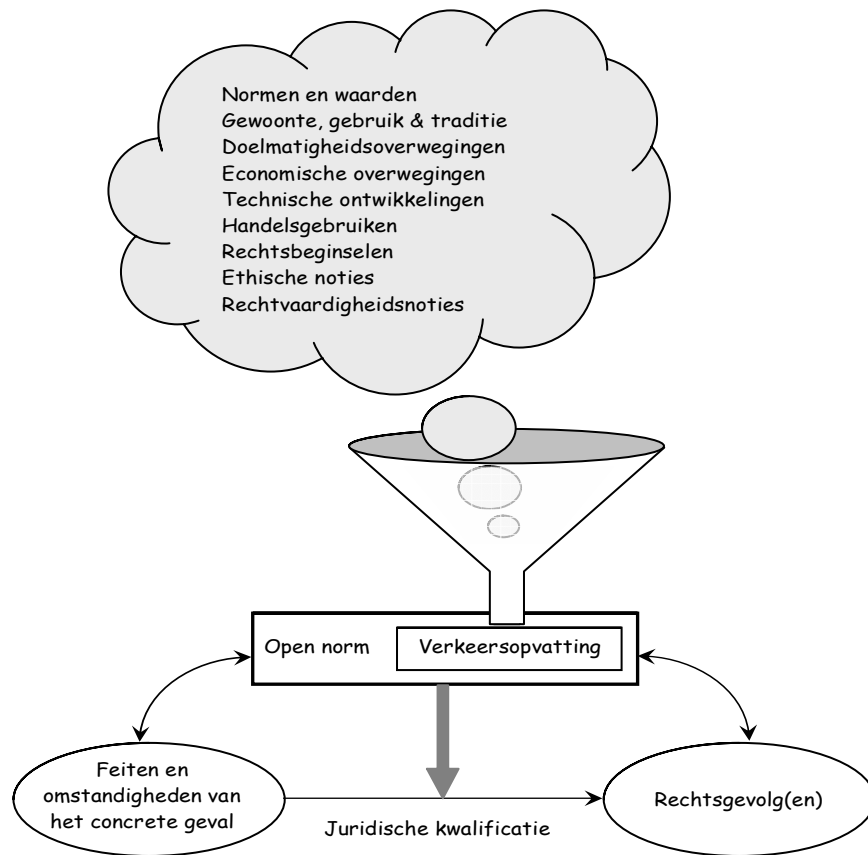
Bij het nadenken over de receptiefunctie van de verkeersopvatting rijzen twee vragen. Wat bepaalt de inhoud van die verkeersopvatting zoal, ofwel aan wat voor soort opvattingen moeten wij denken? En ten tweede: gaat het werkelijk om *buitenjuridische* normen?

Het antwoord op de eerste vraag is dat de verkeersopvatting door vele, heel verschillende invloeden wordt bepaald. De normatieve verwachting die bepaalt welk rechtsgevolg aan een specifiek complex van feiten en omstandigheden moet worden verbonden, laat zich beïnvloeden door zulke vage en ongrijpbare dingen als bijvoorbeeld: normen en waarden, ethische noties, opvattingen over rechtvaardigheid, rechtsbeginselen, handelsgebruiken, gewoonte, gebruik & traditie, doelmatigheidsoverwegingen, economische overwegingen en technische ontwikkelingen. Deze noties laten zich naar hun aard niet limitatief opsommen en niet goed beschrijven. Het meest instructief is wellicht een plaatje als hiernaast, waarin de relevante noties worden weergegeven door een wolk, waaruit de verschillende noties – via wat de 'trechter der verwachtingen' zou kunnen worden genoemd – als het ware 'condenseren' tot een concrete verkeersopvatting. In dit plaatje vormt de verkeersopvatting in het verticale vlak een schakel tussen de *opvattingen* binnen de maatschappij en de *rechtsbeslissing*.

¹⁶ Rogmans 2007, nr. 18, laatste alinea.

¹⁷ Wichers 2002, p. 32. Zie ook Wichers 2008, p. 70.

Figuur 6.1



De tweede vraag, of het gaat om *buitenjuridische* normen, is eveneens lastig te beantwoorden. De vraag leidt – opnieuw – tot dogmatische en rechtstheoretische problemen. Zowel Wichers als Reurich lijken er vanuit te gaan dat *buitenjuridische* normen het recht worden binnengebracht.¹⁸ Volgens Wichers gaan zij ‘via de verkeersopvatting’ deel uitmaken van het recht.¹⁹ Reurich spreekt over recht als ‘het resultaat van een juridische redenering’.²⁰ Beide gedachtengangen suggereren de verwording van *iets dat niet juridisch is* tot *iets juridisch*.

18 Zo ook Rogmans 2007, nr. 17. Hij meent dat een dergelijke opvatting bestaat in woordelijke betekenis en te achterhalen is d.m.v. getuigenverhoor, deskundigenbericht, eigen wetenschap of opinieonderzoek.

19 Wichers 2002, p. 32 en Wichers 2008, p. 70.

20 Reurich 2005, p. 1, 95-96, 190 en passim en stelling 1.

Een andere mogelijke gedachtegang is dat in de maatschappij ongeschreven *juridische* opvattingen leven, die via receptie kenbaar worden, en zo nodig 'gecorrigeerd' kunnen worden door de rechter.²¹ Volgens deze – in Duitsland inmiddels heersende – leer, wordt aangenomen dat *Generalklauseln* nog maar zelden verwijzen naar *buitenjuridische* normen.²² De heersende *Sozialmoral* in deze of gene situatie is moeilijk vast te stellen, soms zijn de opvattingen niet vast te stellen, andere keren liggen die opvattingen ver uit elkaar en is consensus onbereikbaar. Röthel wijst op het feit dat de eenduidige *Sozialmoral* is vervluchtigd in de moderne 'waardenpluriforme' maatschappij en vervolgt.²³

'Außerdem besteht heute weithin Einigkeit darüber, dass auch die ausserrechtlichen Maßstäbe nicht allein empirisch, sondern vielmehr normativ zu verstehen, also ihrerseits durch richterliche Wertung zu ergänzen und ggf. zu korrigieren sind. Die ursprüngliche, klassisch-liberale Verweisungsfunktion auf außerrechtliche, in gesellschaftlicher Selbstregulation entstandene Ordnungsgefüge ist daher allenfalls in Randbereichen erhalten geblieben (...).'

Als voorbeelden van begrippen die nog wel een pure verwijzings- of receptiefunctie vervullen, noemt zij de vaststelling van 'handelsgebruiken', en de 'stand van de techniek' of 'algemeen erkende regelen van de techniek'.²⁴ Bij andere open normen en onbepaalde begrippen gaat het niet zozeer om in de maatschappij bestaande en empirisch meetbare opvattingen, maar om de receptie van *ongeschreven recht*. Het moge duidelijk zijn dat deze Duitse benaderingswijze mij juist(er) voorkomt daar waar het gaat om de concretisering van verkeersopvattingen.

6.3.2 Transformatie

Voor zover buitenwettelijke waarden en normen ontbreken of geen uitsluitel geven over mogelijke oplossingen in het concrete geschil, vervult de beslissingsregel met daarin het onbepaalde begrip, een *transformatiefunctie*. De rechter, die gehouden is over het hem voorgelegde geschil te oordelen,²⁵ ontkomt er in dat geval niet aan om zelf een toepasselijke regel te formuleren. Het onbepaalde begrip in de beslissingsregel is dan niet zozeer een 'doorgeef-

21 Zie over deze 'correctie' d.m.v. een toets aan de '*Wertmaßstäben der Rechtsordnung*', Teubner 1971, p. 91 en Larenz 1991, p. 289.

22 Larenz 1991, p. 289; Röthel 1994, p. 32 met verdere bronvermeldingen.

23 Röthel 2004, p. 32.

24 Röthel 2004, p. 32.

25 Zie daarover ook § 3.2.

luik' als wel een 'inspiratiebron'.²⁶ In die zin vervult de beslissingsregel dan een functie voor de rechtsontwikkeling. Hierbij past volgens Reurich terughoudendheid.²⁷

'Bij deze functie past een grotere terughoudendheid, die niet zozeer materieel maar stylistisch van aard is. Het gaat hier om de bekende discussie of een rechter het recht vormt of vindt. De in de jurisprudentie gangbare objectiverende tournure "er bestaat een regel van geldend recht die meebrengt dat..." is niet verenigbaar met de gedachte dat de rechter de justitiabelen zou "programmeren".'

Volgens Teubner is de ruimte die de rechter bij de transformatie heeft 'dubbel begrensd'.²⁸ Enerzijds moet de rechter zich oriënteren op de *kollektiven Wertvorstellungen*, anderzijds is de rechter aangewezen op de toekomstige consensus van de betrokken aangewezen.²⁹

In Nederland wordt eveneens algemeen aangenomen dat de rechter in geval van 'rechtsvorming' zoveel mogelijk dient aan te knopen bij de in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen.³⁰ Hij moet dit doen juist *omdat* hij niet 'democratisch gelegitimeerd' is. Verder wordt aangenomen dat de rechter geen 'eigen' – politieke – doelstellingen mag nastreven.³¹ Daarvan zal bij concretisering van de verkeersopvatting vermoedelijk overigens niet snel sprake zijn. Daarvoor is de verkeersopvatting teveel een juridisch-technisch begrip. Daarnaast stelt het feit dat de rechtsvorming steeds plaats vindt in het kader van een beslissing in een concrete procedure grenzen aan de rechtsvorming.³² De rechter is gebonden aan de casus die hij krijgt voorgelegd. Andere grenzen waaraan de rechter gebonden is, worden gevormd door de verplichting om op rationele wijze recht te spreken, met inachtneming van wet en grondrechten. Rechterlijke uitspraken moeten voldoen aan de rationele eisen van continuïteit en herhaalbaarheid, innerlijke logica, rechtsgelijkheid en transparantie. Röthel merkt in dit verband op dat enerzijds sprake is van *Rechtsbildung*, maar anderzijds van *Rechtsbindung*. Zij komt tot de conclusie dat de concretisering van normen leidt tot *gebundener Rechtsbildung*.³³ Anders dan Teubner zoekt zij de grenzen aan de rechtsvorming niet zozeer in een aanknoping bij de collectieve opvattingen in de maatschappij en de werfkracht van de rechterlijke beslissing, maar in binding aan de (grond)wet en de op grond van rationaliteit te stellen eisen aan de uitspraak.³⁴

26 De terminologie is van Hesselink (1999, p. 43 en 409). Daarnaast spreekt hij wel van een 'dekmantel' voor rechtsvorming of een 'spreekbuis' van nieuwe rechtsregels.

27 Reurich 2005, p. 175.

28 Teubner 1971, p. 61.

29 Zie over deze idee van de 'werfkracht' van de beslissing achteraf § 6.4.2.3.

30 Asser-Vranken 1995, nr. 104; Haazen 2001, p. 291-293; Teuben 2004, p. 37.

31 Teuben 2004, p. 37. Vergl. Martens 2000.

32 Zie over de procesrechtelijke drempels en grenzen uitgebreid Asser-Vranken 1995, nr. 7-71.

33 Röthel 2004, p. 124-125.

34 Vergl. Asser-Vranken 1995, nr. 227-255 over 'een gedifferentieerde motiveringsplicht'.

Omwille van de noodzaak tot beperking laat ik uitgebreide beschouwingen over de vraag in hoeverre de rechter aan de hand van de verkeersopvatting ‘recht vindt’ of ‘recht vormt’ achterwege. Ik concentreer mij op de – voor de praktijk veel relevantere – vraag *hoe* de rechter de verkeersopvatting vindt of kan vinden,³⁵ onder de erkenning van het feit dat rechtsvinding ook rechtsvorming kan omvatten.

6.3.3 Delegatie

Dat open normen een delegatiefunctie vervullen is in Nederland algemeen aanvaard.³⁶ Het gaat immers om normen waarin de wetgever bewust onbepaalde begrippen hanteert of bewust verwijst naar ongeschreven recht. Zij leiden ertoe dat het niet de wetgever maar de rechter is die in het concrete geval de rechtsregel vaststelt.³⁷ De wetgever laat aan de rechter een zekere mate van vrijheid bij de beoordeling van concrete gevallen. Hij ‘delegeert’ daarmee in zekere zin – enige mate van – rechtsvormende bevoegdheid. Het is de rechter toegestaan om in het concrete geval de rechtsregel ter herleiden uit een combinatie van de beslissingsregel, de feiten en omstandigheden van het geval en het ongeschreven recht.³⁸ De wetgever ‘faciliteert’ zodoende de rechtsvinding door de rechter en geeft de rechter ‘uitdrukkelijke discretie’.³⁹ De open norm (beslissingsregel) vervult daarbij de functie van wegwijzer of reisgids,⁴⁰ in die zin dat de wetgever veelal aangeeft in welke richting de rechter de oplossing moet of kan zoeken. De rechter wordt verwezen naar de mogelijkheid of verplichting tot aanknoping bij bepaalde door de wetgever aangewezen bronnen (*topoi*) van ongeschreven recht, of andere vindplaatsen van argumenten.

Volgens Hesselink moet delegatie, of ‘uitdrukkelijk discretie’, worden onderscheiden van het geval waarin de wet een leemte bevat.⁴¹ In de Duitse literatuur wordt eveneens dit, door Hesselink aangestipte, onderscheid gemaakt tussen *wertausfüllungsbedürftigen* of *konkretisierungsbedürftige unbestimmte Begriffe* (onbepaalde begrippen) en *Gesetzeslücken* (wettelijke leemten).⁴² Een leemte in de wet wordt door Larenz en Röthel gedefinieerd als een ‘*planwidrige*

35 Zie hoofdstuk 7.

36 Barendrecht 1992, p. 8; Hesselink 1999, p. 39-40 en 406; Reurich 2005, p. 175.

37 Zo ook Haazen 2001, p. 251, die over de verkeersopvatting in dit verband opmerkt dat de wetgever ‘abdiceert’ van zijn normstellende functie.

38 Zie nader § 7.2.

39 Hesselink 1999, p. 40.

40 Zo ook Hijmans 1938, p. 177 en 196.

41 Hesselink 1999, p. 40 (voetnoot 143). Vergl. Rogmans 2007, nr. 67, die van mening is dat vermeden moet worden dat verkeersopvattingen worden ingeroepen ter opvulling van wettelijke leemten. Anders Barendrecht (1992, p. 244) die geen onderscheid lijkt te maken tussen rechtsvinding aan de hand van open normen en leemten.

42 Larenz 1991, p. 372 en Röthel 2004, p. 125-126, beiden met nadere bronverwijzingen.

Unvollständigkeit des Gesetzes;⁴³ een onbedoelde en niet opzettelijk door de wetgever gelaten leemte of openheid in de wet. Kenmerk van de wettelijke leemte is dat de wet in het geheel *geen* regeling geeft. Een dergelijke leemte wordt, volgens de Duitse rechtsgeleerden, vooral overbrugd door middel van een analogieredenering of met behulp van teleologische interpretatie.⁴⁴

Wetgeving door middel van onbepaalde begrippen biedt daarentegen wél een regeling, zij het dat de norm opzettelijk vaag is gehouden en nadere concretisering behoeft.⁴⁵ De redenering *per analogiam* en teleologische interpretatie zullen ons daarbij, volgens Röthel, niet kunnen helpen omdat de wetgever *bewust ruimte* laat voor rechtsvinding en de rechtspraak daarmee juist 'emancipeert' ten opzichte van de wet. Bovendien gaan beide rechtsvindingsmethoden uit van het bestaan van een 'concrete regel'. Een dergelijke concrete regel ontbreekt nu juist ten éne male daar waar de wetgever bewust heeft gekozen voor openheid van de wet.⁴⁶

Röthel komt – mijns inziens terecht – tot de conclusie dat bij dit soort 'bewuste onvolledigheid' *niet* gesproken kan worden van een leemte in de wet.⁴⁷ Veel meer verwantschap vertoont een onbepaald begrip als de verkeersopvatting met een *Rechtslücke*, terwijl de moeilijkheden bij de concretisering nog het meeste verwantschap vertoont met de problemen die rijzen bij uitleg in het algemeen.⁴⁸ De methoden waarmee deze problemen het hoofd geboden – kunnen – worden zijn onvermijdelijk pluriform.⁴⁹ Röthel ziet nog het meest in het aanknopen bij uitlegargumenten (grammaticische, teksthistorische en systematisch-teleologische interpretatie), in het benutten van de topiek en in zowel *Abwägungsargumente*, als *Argumente aus den Folgen*. Zij legt vooral grote nadruk op het belang van een grondige, rationele motivering.⁵⁰

43 Larenz 1991, p. 373; Röthel 2004, p. 126. Vergl. Asser-Vranken 1995, nr. 100 en 113.

44 Röthel 2004, p. 127, met nadere bronverwijzingen. Gelet op deze 'overbruggingsmethoden' is de opmerking in onze parlementaire geschiedenis dat een scherpe grens tussen aanvulling van leemten en analogische wetstoepassing moeilijk te trekken lijkt, niet verwonderlijk (M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1022).

45 Röthel (2004, p. 125) spreekt in dit verband van 'geplanten Unvollständigkeit des gesetzlichen Regelungsplanes'.

46 Röthel 2004, p. 127-129.

47 Anders kennelijk Barendrecht 1992, p. 244, die wel spreekt over opvulling van leemtes. Vergl. Vranken, die eveneens weinig waarde hecht aan het onderscheid tussen 'leemten' en 'onduidelijkheden', Asser-Vranken 1995, nr. 100 en 113.

48 Zie over *Rechtslücken*: Röthel 2004, p. 129-130 en Larenz 1991, p. 375-377, en over *Auslegung*: Röthel 2004, p. 130-139 en de aldaar genoemde bronnen.

49 Röthel (2004, p. 125) spreekt over *Methodenpluralismus*.

50 Röthel 2004, p. 130-160. Vergl. Asser-Vranken 1995, nr. 227 e.v.

6.3.4 Het fenomeen van de *Funktionswandel*

Dat open normen en onbepaalde begrippen bepaalde methodische functies vervullen is in Nederland inmiddels opgemerkt.⁵¹ Dat geldt niet voor het daarmee samenhangende, in Duitsland onderkende fenomeen van de *Funktionswandel*.⁵² In de Duitse dogmatiek wordt inmiddels vrij algemeen aanvaard dat de receptie- of verwijzingsfunctie ‘verbleekt’ en verandert ten gunste van de delegatie- of machtigingsfunctie.⁵³

‘Im Zuge dieses Funktionswandels sind die Generalklauseln schrittweise zu den zentralen Ermächtigungsnormen richterlicher Eigenwertung und Rechtsschöpfung avanciert. Wesentliche Folge dieser Entwicklung ist, dass die ursprüngliche spezifische Funktion solcher Klauseln wie “Treu und Glauben” oder den “guten Sitten” – ihre Verweisungsfunktion – nicht mehr als Ansatzpunkt für eine funktionsorientierte Abgrenzung der Generalklauseln von sonstigen normativ-unbestimmten Rechtsbegriffen taugt.’

Ten gevolge van *Funktionswandel* vervaagt met andere woorden het onderscheid tussen – puur verwijzende – onbepaalde begrippen en – de rechter machtigende – *Generalklauseln*.

Kan van een dergelijke *Funktionswandel* van onbepaalde begrippen en open normen ook in Nederland gesproken worden? Ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid is zulks – zij het in andere bewoordingen – zeker betoogd. Hesselink meent dat de redelijkheid en billijkheid niet langer een ‘doorgeefluik’ is, maar een ‘dekmantel’ voor rechterlijke rechtsvorming, een ‘spreekbuis’ voor nieuwe regels en zelfs een ‘schaamlap’.⁵⁴ Voor de goede zeden geldt iets soortgelijks. Net zo min als Hesselink ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid, slaagt Van den Brink ten aanzien van de goede zeden in een concrete positivering van hun inhoud.⁵⁵

Wat betreft de enkelvoudig normatieve verkeersopvattingen betoog ik in dit proefschrift hetzelfde. De ‘verkeersopvatting’ verwijst mijns inziens niet naar bestaande en empirisch te meten opvattingen, maar naar ongeschreven recht dat in de maatschappij leeft. Het begrip is, zoals Rogmans dat noemt, *abstract* van betekenis.⁵⁶ Rogmans lijkt bovendien gelijk te krijgen waar hij stelt dat de verkeersopvatting ruimer en anders wordt gehanteerd dan de

51 Zie bijv. Van den Brink 2002, p. 162-163; Reurich 2005, p. 174-176.

52 Zie reeds Teubner 1971, p. 52-59; Eckert 1999, p. 348-352; Röthel 2004, p. 32-33 met nadere bronverwijzingen.

53 Röthel 2004, p. 32-33.

54 Hesselink 1999, p. 409.

55 Van den Brink 2002, hoofdstuk 6 en p. 233-234, stelling 1, 2 en 7. Zie over deze conclusie Zwalve 2002, p. 608-609.

56 Rogmans 2007, nr. 18. Anders dan Rogmans ben ik van mening dat dit *steeds* het geval is.

wetgever wellicht voor ogen heeft gehad.⁵⁷ *Wat* de wetgever met het begrip precies voor ogen had wordt uit de parlementaire geschiedenis overigens niet duidelijk. De overtuiging dat het begrip verkeersopvatting abstract van aard is, niet letterlijk moet worden opgevat en verwijst naar ongeschreven recht, lijkt echter meer en meer voet aan de grond te krijgen.⁵⁸

Wat zijn de gevolgen van de hier geconstateerde *Funktionswandel*? Het lijkt er op dat wij op zijn minst – in navolging van Teubner ten aanzien van de *Guten Sitten* – gedwongen zijn iedere vorm van een ‘eenheidstheorie’ met betrekking tot de inhoud van dergelijke onbepaalde begrippen en *Generalklauseln* te laten varen.⁵⁹ De gevallen die door deze begrippen worden bestreken, zijn zo breed en divers dat er wellicht wel *Fallgruppen* onderscheiden kunnen worden,⁶⁰ maar dat een eenduidige theorie die alle gevallen bestrijkt zo abstract van aard zou zijn dat zij onbruikbaar en nietszeggend is.

Een tweede gevolg is dat het, in plaats van vast te houden aan de idee van het bestaan van *buitenjuridische maatstaven*, dienstiger is om te onderzoeken welke rechtsvindingsmethoden – moeten – worden gehanteerd, welke objectieve aanknopingspunten gehanteerd worden ter concretisering van verkeersopvattingen en hoe beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting dienen te worden gemotiveerd.⁶¹

6.4 MATERIËLE FUNCTIES

Veel interessanter dan de vraag hoe de verkeersopvatting – of een willekeurig andere open norm of onbepaald begrip – in abstracte zin een functie vervult in het vermogensrechtelijke systeem, is mijns inziens de vraag *wat* de rechter *concreet doet* bij hantering van het begrip. Over die materiële functie(s) van de verkeersopvatting is tot op heden weinig nagedacht.⁶² Rogmans is tot nu toe de enige geweest die een materiële functie van de verkeersopvatting onder woorden heeft gebracht, overigens zonder dit zelf zo te noemen. Hij merkt op dat dit begrip te allen tijde een *objectiverende functie* heeft.⁶³ Die observatie onderschrijf ik volledig. Deze objectiverende functie kent ook een *relativerend*

⁵⁷ Rogmans 2007, nr. 18 en 58.

⁵⁸ Zie bijv. Bloembergen in zijn noot onder HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*); Sieburgh 2000, p. 208; A-G. Hartkamp sub 13 in zijn conclusie voor HR 27 april 2002, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*). Zie ook § 3.3.4.3.

⁵⁹ Teubner 1971, p. 50-51.

⁶⁰ Hesselink (1999, p. 426-428) komt tot de conclusie dat het vormen van een subsysteem met *Fallgruppen* bij de redelijkheid en billijkheid niet goed mogelijk is. Van den Brink (2002, p. 213-220 en 234, stelling 5) slaagt er met betrekking tot de goede zeden in vier groepen van gevallen te noemen.

⁶¹ Zie daarover hoofdstuk 7.

⁶² Anders ligt het wat betreft de redelijkheid en billijkheid, zie bijv. Smits 1995, p. 93-94; Hesselink 1999, p. 58-64 en Reurich 2005, p. 172-179.

⁶³ Rogmans 2007, nr. 16.

aspect. Uit mijn eigen onderzoek concludeer ik verder dat de functie van de verkeersopvatting daarnaast is gelegen in de *juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden* en dat de verkeersopvatting *slechts aanvullend werking* heeft. Ik behandel in het navolgende allereerst de hoofdfunctie van het begrip – juridische kwalificatie – (§ 6.4.1) en vervolgens haar objectiverende en relativerende (§ 6.4.2) en aanvullende functie (§ 6.4.3).

6.4.1 Juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden

Hantering van de verkeersopvatting houdt vooral een *juridische kwalificatie* van feiten en omstandigheden in. De verkeersopvatting is de norm voor de juridische waardering van een feitelijke situatie.⁶⁴ Het gaat daarbij voornamelijk om drie grote groepen gevallen: de bepaling van de aard en omvang van zaken, de bepaling van de rechtsverhouding tussen personen en goederen (bezit of houderschap) en de beoordeling van risico's als toerekenbaar of juist niet toerekenbaar aan een bepaalde rechtsdeelnoot. In hoofdstuk 4 heb ik laten zien dat het daarbij *niet* gaat om de *waardering van gedrag*.⁶⁵ Niet aan de orde is de vraag of gedrag goed of fout, onrechtmatig of rechtmatig, dom of intelligent is. Wel kan sprake zijn van de *kwalificatie* van gedrag. Het gedrag maakt dan onderdeel uit van het te kwalificeren complex van feiten en omstandigheden.⁶⁶

De verkeersopvatting – een andere opvatting omtrent *behoren* dan een gedragsnorm – legt kortom een verband tussen een complex van feiten en omstandigheden en het al dan niet intreden van een rechtsgevolg. De verkeersopvatting vormt zodoende niet alleen een schakel tussen de opvattingen binnen de maatschappij en de rechtsbeslissing (een schakel in verticale richting in de afbeelding in § 6.3.1), maar ook een schakel tussen de feiten en omstandigheden van het concrete geval en de rechtsgevolgen (een schakel in het horizontale vlak van die afbeelding). De verkeersopvatting is een vertaling van de gerechtvaardigde verwachtingen van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer met betrekking tot het intreden van bepaalde rechtsgevolgen. Hoe krijgt deze kwalificatiefunctie van de verkeersopvatting zijn beslag? In hoofdstuk 4 heb ik niet alleen getracht aan te tonen dat de verkeersopvatting geen gedragsnorm inhoudt, maar ook dat zij rechtsvraag- en feitengebonden is.⁶⁷ Deze kenmerken van de verkeersopvatting bepalen mede hoe de juridische kwalificatie in zijn werk gaat. Van belang is duidelijk dat de rechtsvinder zich moet afvragen *welke kwalificatievraag* ter beoordeling voorligt en *welke feiten en omstandigheden* hij moet beoordelen.

64 Rossel 1994, p. 338; Wichers 2002, p. 32; Sieburgh 2000, p. 199.

65 § 4.2.1.

66 § 4.2.2.

67 § 4.2, 4.5.4.2 en 4.6.

6.4.1.1 Welke rechtsvraag?

Allereerst dient de rechtsvinder het concrete geval te situeren in het systeem van het vermogensrecht.⁶⁸ Hij moet aan de hand van de feiten en omstandigheden beslissen *welke kwalificatievraag* voorligt.⁶⁹ De jurist zal, met andere woorden, de passende – open – rechtsnorm zoeken bij de feiten en omstandigheden van het geval. Welke juridische vraag ligt ter beantwoording voor? Het zal afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval.

Vaak zal meteen duidelijk zijn wat de juridische vraag is die voorligt, en welke open norm of verkeersopvatting nadere concretisering behoeft. In sommige gevallen zal over die vraag twijfel kunnen bestaan. Zijn de kuikens uit eieren die machinaal worden uitgebroed het product van vruchttrekking of zaaksvorming? De Hoge Raad en lagere rechters adresseerden voor de zekerheid beide rechtsvragen, die beide aan de hand van de verkeersopvatting beantwoord dienen te worden.⁷⁰ De rechtsvinder dient daarbij bedacht te zijn op het feit dat ten aanzien van de verschillende vragen verschillende aanknopingspunten relevant kunnen zijn. Bovendien kunnen verschillende feiten relevant zijn voor de beantwoording van de verschillende rechtsvragen. En ten slotte kan de verkeersopvatting, zoals ik heb laten zien, meerdere malen binnen een leerstuk, bij vragen van verschillend niveau, een rol spelen.⁷¹

Ten aanzien van de relevante *feiten* geldt dat de civiele rechter in hoge mate afhankelijk is van wat de – tot op zekere hoogte autonome – partijen hem op dat gebied voorschotelen. De complicatie die zich daarbij voordoet is dat voor rechtzoekenden, hun advocaten en de rechter soms niet meteen duidelijk zal zijn *welke* feiten relevant zullen zijn.⁷² Selectie van de relevante feiten geschiedt immers in eerste instantie met het oog op een concrete rechtsregel. Tussen de feiten en de rechtsregel bestaat een wisselwerking, die de rechtsvinder dwingt heen en weer te kijken van feiten naar regels en vice versa. Zolang de verkeersopvatting nog niet geconcretiseerd is voor een bepaalde, specifieke situatie, kan onduidelijk zijn welke feiten relevant zijn voor de beoordeling. Zo was, voorafgaand aan het arrest *Dépex/Curatoren Bergel*,⁷³ niet duidelijk dat een feit als de ‘specifieke constructieve afstemming’ van de éne zaak op de andere juridisch relevant zou kunnen zijn.⁷⁴

68 H. Drion 1973, p. 60 spreekt in dit verband van de ‘situeringsfunctie’ van beslissingsregels.

69 Zo ook Wichers 2002, p. 36 en 38 en Wichers 2008, p. 71.

70 Zie HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollanders’ Kuikenbroederij*).

71 Zie daarover § 4.4.

72 Zie § 4.6.2.

73 HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 (*Dépex/Curatoren Bergel*) m.nt. WMK onder NJ 1993, 317.

74 Overigens is nog steeds niet geheel duidelijk of het gaat om een in constructief opzicht afgestemd zijn van *beide* zaken op elkaar (het gebouw *en* de roerende zaak) of om een constructieve afstemming van de éne zaak op de andere (hetzij afstemming van gebouw op roerende zaak, hetzij andersom). Men vergelijk de noot van Hijma (AA 1992, 284) onder

Onzekerheid kan kortom bestaan omtrent de vraag hoe de toepasselijke regel luidt *en* welke feiten relevant zijn. Daarmee lijkt de rechtsvinder ten aanzien van de juridische kwalificatie van die feiten in een impasse terecht te komen. Dat de problemen in de praktijk meevallen, is te danken aan het feit dat bij normen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen steeds sprake is van polaire beslissing en daarom van een 'gesloten concretisering'.

In hoofdstuk 2 onderzocht ik of open normen waarin wordt verwezen naar de verkeersopvatting open zijn aan de *feitenzijde*, aan de *rechtsgevolgenzijde*, of aan *beide zijden*.⁷⁵ Daar bleek dat de normen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen in het overgrote deel van de gevallen open zijn aan de feitenzijde. Dat was slechts anders bij de toerekening van schade en van eigen schuld en bij beoordeling van de vraag of sprake is van bezit. Alleen bij die vragen zou dan ook eventueel sprake kunnen zijn van een andere wijze van concretisering van de verkeersopvatting. Dat is in de praktijk echter *niet* het geval, zodat ten aanzien van de concretisering van verkeersopvattingen de gevolgen van de vorm van openheid gerelativeerd moeten worden.

Bij de toerekening van eigen schuld en bepaalde schadeposten laat zich dit als volgt verklaren. Hoewel de normen van artikel 6:98 en 6:101 BW open zijn aan de rechtsgevolgenzijde en – uiteindelijk – nopen tot een meer-of-minder-beslissing, is de vraag of een schadepost dan wel een bepaalde omstandigheid kan worden toegerekend steeds een ja-of-nee-beslissing. De vraag die aan de hand van de verkeersopvatting wordt beantwoord is als het ware een *voorvraag*.⁷⁶ Die voorvraag is open aan de feitenzijde.⁷⁷ Het betreft de vraag of de betreffende omstandigheid of kostenpost gekwalificeerd kan worden als toerekenbaar. Concretisering van de verkeersopvatting die meer licht kan werpen op het antwoord op deze vraag verschilt dan ook niet van concretisering van andere verkeersopvattingen.

Ten aanzien van normen die aan beide zijden open zijn, ten gevolge van de verstrengeling van feiten en rechtsgevolgen, geldt dat de concretisering daarvan eveneens geschiedt door middel van *geschlossene Konkretisierung*.⁷⁸ In geval van verwevenheid van het *Tatbestand* met de rechtsgevolgen is steeds structureel sprake van een ja-of-nee-beslissing. Met andere woorden, ook in

HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 (*Dépex/Curatoren Bergel*) met de opmerkingen omtrent constructieve afstemming van Wichers (2002, p. 87-88).

75 § 2.3.3.

76 Zo ook Keirse 2006, p. 191. Zij noemt de eerste twee stappen (causaal verband tussen schade en fout en toerekenbaarheid) '*voorwaarden* voor de vestiging van medeverantwoordelijkheid' en de laatste twee stappen (causale verdeling en billijkheidscorrectie) '*een tweeledige maatstaf voor de sanctionering*'.

77 In feite is ook in deze gevallen sprake van een norm die aan beide zijden open is. De feitenzijde en rechtsgevolgenzijde zijn echter minder met elkaar verstrengeld dan bij bezit. Zie Röthel 2004, p. 173-174.

78 Röthel 2004, p. 177-178.

deze gevallen geeft de verkeersopvatting antwoord op een ja-of-nee-vraag en is de beslissing polair van aard.⁷⁹

6.4.1.2 'Gesloten concretisering'

Hoe 'vinden' wij de correcte juridische kwalificatie in die gevallen waarin niet alleen de *maatstaf* aan de hand waarvan het rechtsgevolg moet worden bepaald – de verkeersopvatting – nog niet geconcretiseerd is, maar daardoor ook niet duidelijk is *welke feiten* relevant zijn?

Wat de jurist daarbij helpt is de duidelijkheid omtrent de mogelijke rechtsgevolgen. Bedacht moet worden dat juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden nooit een doel op zich is, maar altijd gebeurt met het oog op bepaalde rechtsgevolgen.⁸⁰ De invulling van juridische begrippen kan dan ook niet los worden gezien van de beoogde of juist niet beoogde rechtsgevolgen. Hiervoor heb ik laten zien dat de keuze die aan de rechter wordt voorgelegd is steeds polair van aard is. Dat wil zeggen dat de rechter steeds de keuze heeft uit toekenning van een – vooraf gegeven – rechtsgevolg of juist niet. Het gaat met andere woorden niet om vragen van 'meer of minder' maar om 'ja-of-nee-beslissingen'.⁸¹ De in jurisprudentie voorgelegde kwesties zien steeds op het constateren van het rechtsgevolg en niet op de kwalificatie op zich.⁸²

De oplossing voor de impasse waarin de rechtsvinder dreigt te belanden is dan ook gelegen in een oriëntering op de *rechtsgevolgen*. De rechtsvinder houdt met andere woorden één oog gericht op het complex van feiten en omstandigheden, en het andere op de (twee) mogelijke – en elkaar uitsluitende – rechtsgevolgen. Anders gezegd, het *Hin- und Herwandern des Blicks* vindt in deze gevallen niet zozeer plaats tussen feiten en rechtsnorm, maar tussen feiten en rechtsgevolgen.⁸³ De rechtsvinder zoekt wellicht in gevallen van openheid van de norm aan de feitenzijde niet zozeer naar de *rechtsnorm* ten aanzien van de gegeven feiten, maar andersom naar de *feiten* die behoren bij een bepaald rechtsgevolg. Hij concretiseert al doende de verkeersopvatting en definieert daarmee het *Tatbestand*; het complex van feiten en omstandigheden dat onder een bepaald juridisch begrip dat rechtsgevolgen heeft, kan worden geschaard. De concretisering van de verkeersopvatting bepaalt zo de grens van een juridisch begrip. Wat is nog wel bestanddeel, wat niet meer,

79 Een rechtsvindingsmethode die zich voor beantwoording van dergelijke vragen bij uitstek leent is de vergelijkingsmethode. Zie nader Nieuwenhuis 1976, p. 510-511 en § 7.6.

80 Vergl. Cahen 1975 en Van Schilfgaarde 2000, p. 228. De laatste schrijft dat 'recht werkzaamheid is, menselijke werkzaamheid die oefening, geduld, gedrevenheid en inzicht vraagt', en 'ten tweede dat zij een doel moet hebben, ergens op gericht moet zijn.' Dat doel noemt hij 'gerechtigheid'.

81 Nieuwenhuis (1976, p. 510-512) spreekt over de 'contradictionaire (óf-óf) benadering'.

82 Vergl. Cahen 1975, p. 12.

83 Vergl. Smith 1998, p. 179-182, die pleit voor een oriëntering op de billijke beslissing.

welke omstandigheden zijn toerekenbaar, welke niet, wat is houden voor zichzelf, wat is houden voor een ander. Die 'afbakening' van begrippen is vaak niet moeilijk als het gaat om feitencomplexen die behoren tot de *Begriffskern* en dus evident gekwalificeerd kunnen worden als bestanddeel (bijvoorbeeld de dakpannen van een huis), vrucht (bijvoorbeeld de appels van een boom), toerekenbaar (bijvoorbeeld niet nakoming door betalingsonmacht). Lastig wordt het pas bij kwalificaties in twijfelgevallen, in de periferie of de *Begriffshof* van een begrip.⁸⁴

De open norm of maatstaf, wordt bij openheid aan de *feitenzijde* kortom gevonden door middel van een 'gesloten concretisering'.⁸⁵ De rechtsvinder zoekt naar – objectieve – aanknopingspunten in het kader van een 'gesloten rechtsvraag': valt het te beoordelen complex van feiten en omstandigheden (waaronder soms ook gedrag) wel of niet onder het betreffende juridische begrip?

Bij de juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden hangen feiten, verkeersopvatting en rechtsgevolgen dan ook nauw samen. De verkeersopvatting vormt – in het horizontale vlak – de schakel tussen de feiten en omstandigheden van het geval en de rechtsgevolgen. Concretisering van die verkeersopvatting vindt plaats door heen en weer te kijken tussen *feiten* en *rechtsgevolgen* en te zoeken naar aanknopingspunten voor een beslissing die polair van aard is. Ten aanzien van de verkeersopvatting geldt in extreme mate dat regel, feiten en beslissing onverbrekkelijk met elkaar verbonden zijn.⁸⁶

6.4.2 Objectivering en relativering

Het begrip verkeersopvatting vervult vooral een objectiverende functie. Met deze objectiverende functie hangt de relativerende functie van de verkeersopvatting nauw samen. Het is vooral Rogmans geweest die deze objectiverende functie van de verkeersopvatting heeft onderkend en benadrukt.⁸⁷ Niet alleen het begrip verkeersopvatting vervult mijns inziens een dergelijke objectiverende functie. Dit geldt evenzeer voor andere onbepaalde begrippen en vage normen. Rogmans noemt in dit verband de redelijkheid en billijkheid en het gebruik van het begrip 'kennelijk'.⁸⁸ Hetzelfde geldt mijns inziens voor begrippen

84 Zie nader § 2.3.3.1 en 2.6.2.1 sub *ii*).

85 Zie ook Röthel 2004, p. 176.

86 Zie ook § 4.5.4.2 en 4.6. Vergl. Smith 1998, p. 148.

87 Rogmans 2007, nr. 16. Zie echter ook reeds Schut 1979, p. 404-405.

88 Rogmans 2007, nr. 16. Vergl. t.a.v. redelijkheid en billijkheid: Smith 1998, p. 155, die opmerkt dat we met redelijkheid en billijkheid iets anders bedoelen dat 'het oplossen van geschillen naar eigen inzicht'. De objectiverende functie van de redelijkheid en billijkheid ook door de wetgever benadrukt, zie: T.M., V.V. II, en M.v.A. II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032-1035. Anders t.a.v. de redelijkheid en billijkheid: Hesselink 1999, p. 404.

als de goede zeden, de maatschappelijke opvattingen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke betamelijkheid.⁸⁹

Ik beperk mij hier vanzelfsprekend tot bespreking van het begrip verkeersopvatting. Het gebruik van dit begrip schrijft een zekere mate van objectivering voor en biedt mogelijkheden voor aanpassingen aan ontwikkelingen in de maatschappij. Niet de wil van partijen of de persoonlijke overtuiging van de rechter geeft de doorslag, maar 'de opvatting in het verkeer' op een zeker moment. Bij de verkeersopvatting gaat het met andere woorden om wat *men* vindt dat het rechtsgevolg van een bepaalde concrete situatie zou moeten zijn.⁹⁰

'Niet wat partijen vinden van de inhoud van een begrip of de toedeling van een risico is maatgevend, maar wat *men* in de samenleving daarvan vindt.' [cursivering PM]

Bij de verkeersopvatting gaat het kortom om wat *men vindt dat behoort*. Duidelijk moge zijn dat het steeds gaat om de opvatting van meer dan één mens.⁹¹ Daarnaast gaat het steeds om rechtsvraaggebonden, juridisch relevante opvattingen,⁹² die op een gegeven tijdstip in de maatschappij leven. De vragen die ten aanzien van de noodzaak tot objectivering overblijven zijn *hoe* consensus kan worden vastgesteld, *wiens opvattingen* relevant zijn, en *op welk moment* consensus moet bestaan. Vervolgens komt het relativerende aspect kort aan bod.

6.4.2.1 Problemen rondom consensus vooraf

Het grootste probleem bij gezichtspunten van algemene aard zoals verkeersopvattingen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke opvattingen,⁹³ is gelegen in de vraag of en hoe consensus gemeten moet en kan worden.⁹⁴ Volgens Barendrecht zijn *wetgeving* en in het bijzonder *rechterlijke rechtsvorming* aanvaardbare en belangrijke meetinstrumenten van

89 Zie bijv. Schut 1979, p. 395-406 en Algra 1992, p. 13-14, voetnoot 27 (ten aanzien van de 'algemene rechtsovertuiging') en § 5.4. Vergl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 83-86.

90 Rogmans 2007, nr. 16.

91 Vergl. Asser-Scholten 1974, p. 126: 'we zoeken naar een 'gezamenlijk oordeel'. Zie ook § 4.5.3.

92 Zie § 5.4.2.7.

93 Zie over de afbakening van deze begrippen ten opzichte van elkaar § 5.4.

94 Zie over de meet- en bewijsproblemen t.av. verkeersopvattingen § 3.3.1 en 3.3.2. Zie over de problemen met het criterium van consensus ook: Teubner's kritiek op de theorie van Wieacker (Teubner 1971, p. 24-25); Hesselink 1993, p. 727-729; ten aanzien van de goede zeden en consensus Van den Brink 2002, p. 127-129; en over maatschappelijke opvattingen Van Mourik 2003, p. 94.

consensus ten aanzien van 'opvattingen over rechtvaardigheid'.⁹⁵ Haazen lijkt tot dezelfde conclusie te komen.⁹⁶ Anderzijds kennen deze zogenaamde 'instrumenten' gebreken. Beide 'methoden' moeten volgens Barendrecht 'met een eeuwig wantrouwen worden bezien'.⁹⁷ Regels en uitspraken zijn niet per definitie in overeenstemming met de maatschappelijke opvattingen over rechtvaardigheid, aldus Barendrecht. Dat deze observatie met betrekking tot de verkeersopvatting juist is, blijkt uit de reeds beschreven eigen dimensie van de normativiteit van dit begrip.⁹⁸

Ondanks de 'meetproblemen' hecht Barendrecht zeer aan het criterium van consensus. Het resultaat van de maatschappelijke discussie is, volgens hem, een algemene maatstaf aan de hand waarvan men bepaalt of recht ook rechtvaardig recht is.⁹⁹ Barendrecht gaat er daarbij veronderstellenderwijs vanuit *dat* consensus zal kunnen worden verworven voor de oplossing waarvoor de beste argumenten kunnen worden aangevoerd.¹⁰⁰ Hierop is kritiek gekomen van Hesselink.¹⁰¹ Hij wijst op het feit dat over veel juridische vragen geen maatschappelijke discussie wordt gevoerd, waardoor consensus ontbreekt, of dat juist een levendige discussie wordt gevoerd maar nooit consensus wordt bereikt, omdat het verschil van mening is gebaseerd op een verschil in levensovertuiging. Hesselink trekt bovendien het bestaan van een 'kenbare objectieve moraal' in twijfel.¹⁰² Voor maatschappelijke opvattingen geldt bovendien hetzelfde probleem als ten aanzien verkeersopvattingen. Onduidelijk is *wiens* opvattingen van belang zijn. Zijn dat de opvattingen van allen, de meesten of de verstandigsten binnen de samenleving?

Deze vraag is aan de orde geweest in het strafrecht ten aanzien van de maatschappelijke opvattingen die bepalend zijn voor de vraag of geschriften en gedragingen aanstotelijk voor de eerbaarheid zijn.¹⁰³ Volgens vaste juris-

95 Barendrecht 1992, p. 233-236. Ik maak de kanttekening dat mijns inziens niet alle maatschappelijke opvattingen steeds 'opvattingen over rechtvaardigheid' zijn. Dit begrip omvat meer dan alleen juridische opvattingen, zie § 5.4.1. Van belang zijn bijv. tevens opvattingen omtrent doelmatigheid, economische opvattingen, de rechtzekerheid en praktische overwegingen, zie: Asser-Vranken 1995, nr. 103.

96 Zie Haazen 2001, p. 246-255 en 294-295 over de rechter als 'meetinstrument' en p. 293-294 over de wetgever als 'meetinstrument'. Elders (p. 369-370) merkt hij echter op dat de maatschappelijke opvattingen *helemaal nooit* met *precisie* vast te stellen zijn [cursivering Haazen]. Toch houdt hij vast aan een zoekopdracht (p. 375-376). Zie voor een nadere bespreking van Haazen's opvattingen over het kenbaarheidsprobleem nader § 2.6.2.1 sub *i*).

97 Barendrecht 1992, p. 236.

98 Zie § 3.4.3.

99 Barendrecht 1992, p. 240.

100 Barendrecht 1992, p. 241.

101 Hesselink 1993, p. 727-729.

102 Hesselink 1993, p. 728. Hij wijst in dit verband op de hedendaagse wetenschapsfilosofie, met name op de ideeën van Rorty.

103 Art. 239 en 240 Sr.

prudentie uit de jaren '70 werd met het begrip 'eerbaarheid' het volgende bedoeld:¹⁰⁴

'In art. 240 Sr. wordt met eerbaarheid bedoeld de eerbaarheid als *algemeen begrip* zoals dat moet worden opgevat naar de hier te lande heersende zeden, welke worden bepaald door de bij een *belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk* op dit punt levende opvattingen.' [cursivering PM]

De *meerderheidsopvatting* gaf volgens de Hoge Raad de doorslag.¹⁰⁵ Een rechter-commissaris in Rotterdam zag in deze jurisprudentie aanleiding om in één van de lopende strafzaken opdracht te geven aan het Nederlands Instituut voor Sociaal Sexuologisch Onderzoek (Nisso), om wetenschappelijk onderzoek te verrichten naar de vraag of de in beslag genomen bescheiden volgens een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk inderdaad aanstotelijk voor de eerbaarheid waren. De rechtbank beëindigde het vooronderzoek voordat het rapport was uitgebracht. Zij meende dat het wetenschappelijke onderzoek niet door wet of jurisprudentie werd vereist, betwijfelde of de resultaten van het onderzoek in belangrijke mate zouden bijdragen tot de oordeelsvorming en meende dat het vooronderzoek daardoor nodeloos zou worden vertraagd. Die argumenten – nodeloze vertraging en twijfel over het nut – lijken niet alleen in strafrechtelijke kwesties gerechtvaardigd, maar evenzeer in civielrechtelijke zaken.¹⁰⁶

Het moge duidelijk zijn dat objectivering van de verkeersopvatting naar mijn mening niet steeds gebaseerd is op een *vooraf* bestaande en meetbare consensus, nog afgezien van de hierna opnieuw te adresseren vraag *wiens opvattingen* relevant zijn. Zowel aan de meetbaarheid als de bewijsbaarheid van die consensus moet getwijfeld worden. Niet alleen vanwege de methodologische problemen die opdoemen ten aanzien van het meten van consensus over dergelijke opvattingen, maar mede in verband met de normatieve aard van de verkeersopvatting.¹⁰⁷

6.4.2.2 Wiens opvattingen?

Net zoals ten aanzien van de maatschappelijke opvattingen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen genoemd in artikel 3:12 BW, speelt ook met betrekking tot de verkeersopvatting de vraag *tussen wie* consensus bereikt moet worden. Wiens opvattingen zijn van belang?¹⁰⁸ Zijn dat de opvattingen van

104 HR 17 nov. 1970, NJ 1971, 373 (*Chick*); HR 13 juni 1972, NJ 1973, 297; HR 19 december 1972, NJ 1974, 502.

105 Zo ook nog in: HR 19 november 1974, NJ 1975, 133 en HR 29 maart 1977, NJ 1978, 199.

106 Zie ook § 3.3.1.

107 § 3.3.1 en 3.3.2.

108 Vergl. Rogmans 2007, nr. 15.

allen, de meesten of de verstandigsten binnen de samenleving?¹⁰⁹ Zijn het de juristen, omdat zij degenen zijn die er een ‘gefundeerde’ mening op na kunnen houden?¹¹⁰ Dienen we te zoeken naar de opvattingen die op ‘de grootst mogelijk maatschappelijke consensus’ steunen,¹¹¹ of zoeken we naar een meerderheidsopvatting?¹¹² Gaat het om de opvatting binnen een beperkte, relevante kring van personen?¹¹³ Zoeken wij naar de rechtsopvatting van de gemiddelde rechtsgenoot, de niets met het te beslissen (soort) geval te maken hoeft te hebben?¹¹⁴ Of gaat het om:¹¹⁵

‘een hypothetisch oordeel van een redelijk lid der samenleving omtrent het risico in een concreet geval.’

De vraag is en blijft lastig te beantwoorden. Maatschappelijk verkeer is ‘beladen met behoren’.¹¹⁶ Het is echter lastig dit normatieve aspect van ons dagelijks bestaan in woorden te vangen.¹¹⁷ Sommige opvattingen over behoren zijn helder, kenbaar en eenduidig. Andere opvattingen zijn versluierd, en vaak is vooraf in het geheel geen concrete opvatting over behoren voorhanden. Vaak wordt pas in geschilsituaties die tot een juridische beslissing nopen de vraag naar de *normatieve* verkeersopvatting urgent. Daarbij geldt dat dit normatieve aspect de neiging heeft een eigen dimensie te krijgen.¹¹⁸

109 Zie bijv. Bloembergen in zijn noot onder HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 (*voorlopige belastingaanslagen*): ‘wiens opvattingen? Van ons hele volk, van de juristen, van de belastingbetalers?’. Vergl. Teubner 1971, p. 24, die wijst op de – problematische – verschillen in formulering bij Wieacker: ‘Heißt es auf der einen Seite bei ihm “der vernünftige praktische Konsens der meisten”, “die konkrete praktische Moral der Gesellschaft”, so spricht er andererseits vom “Konsens aller Rechtendenken”, aller “rechtlich denkende Rechtsgenossen” und an anderer Stelle vom Urteil der “meisten Berufenen”, als die er Juristen, Ärzte und Psychiater ansieht.’

110 Zie Rossel 1994, p. 341.

111 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 257. Vergl. Barendrecht 1992, p. 241. Barendrecht adresseert dit probleem niet en spreekt t.a.p. de éne keer over ‘allen’, de andere keer over ‘alle redelijk denkende mensen’. Overigens verwijst hij naar Habermas, die uitgang van de consensus die ontstaat na een openbaar maatschappelijk discours tussen vrije burgers die op onafhankelijke, kritische, rationele, goedgeïnformeerde en doelgerichte wijze discussiëren over zaken van algemeen belang (zie § 3.3.1).

112 Zie daarover bijv. Hesselink 1993, p. 728.

113 Zie Wichers 2008, p. 73. Zij meent dat een meerderheidsopvatting in het maatschappelijk verkeer niet beslissend behoeft te zijn. Zij koppelt de verkeersopvatting aan de ‘gevestigde opvatting binnen de kring van personen die zich bezighouden met zaken als waarom het in een gegeven geval gaat’.

114 Van der Wiel 2004, p. 205.

115 Wery 1964, p. 30.

116 Reurich 2005, p. 187.

117 Zo ook Reurich 2005, p. 57 ten aanzien van gedragsnormen.

118 Zie § 3.4.3.

Elders heb ik getracht te laten zien dat het ondoenlijk en onwenselijk is om het deelbegrip ‘verkeer’ af te bakenen.¹¹⁹ Iets soortgelijks geldt voor het stellen van de vraag ‘wiens opvattingen?’ Wie, zoals ik, uitgaat van de veronderstelling dat de verkeersopvatting verwijst naar ongeschreven recht moet, als logische consequentie daarvan, afstappen van de idee dat zij meetbaar is en dat wij haar inhoud *altijd* kunnen achterhalen door de mening te peilen van ‘allen, de meesten, de verstandigsten, of de juristen’ in een grotere of kleinere kring van de samenleving. Ongeschreven recht dat in de maatschappij leeft, kent – met elkaar samenhangende – problemen van kenbaarheid en geldingskracht, die niet volledig op te lossen en te verklaren zijn.¹²⁰

Dat betekent echter *niet* dat een nadere afbakening van de relevante kring van personen *nooit* van pas zal kunnen komen om de verkeersopvatting nader te concretiseren. Eén van de mogelijke oorzaken voor het niet-onmiddellijk evident en kenbaar zijn van de verkeersopvatting is dat zij wel bestaat, maar branche- of bedrijfstakspecifiek is en zodoende – voor anderen – niet onmiddellijk evident en algemeen kenbaar is.¹²¹ In die gevallen kan een nadere afbakening van de kring van relevante personen behulpzaam zijn voor de objectivering en concretisering van de verkeersopvatting.¹²² Voorwaarde voor de werking van deze ‘concretiseringstechniek’, is dat in de betreffende kring van relevante personen ook daadwerkelijk consensus vooraf bestaat over het antwoord op een bepaalde rechtsvraag.

Consensus *vooraf* lijkt kortom alleen aanwezig voor zover de verkeersopvatting of rechtsovertuiging onmiddellijk evident en kenbaar is. In die gevallen kan de rechter die normatieve opvatting zonder of na summier onderzoek zelf vaststellen.¹²³ In die gevallen zal ook duidelijk zijn *wiens* opvattingen het betreft. Het zal dan steeds gaan om hetzij een algemeen gedeelde opvatting of overtuiging, hetzij een binnen een kenbare relevante groep gedeelde opvatting of overtuiging. Voor zover de verkeersopvatting niet onmiddellijk evident en kenbaar is, zullen juristen naar mijn mening noodgedwongen terug moeten vallen op een – andersoortig – proces van concretisering.¹²⁴ In die gevallen zal afbakening van een relevante groep ons niet veel verder helpen, juist omdat een onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvatting niet bestaat en het begrip slechts aanknopingspunt vormt voor de rechtsvinding.¹²⁵

119 § 5.4.2.6.

120 Zie uitgebreider § 2.6.2.1 en 2.6.2.2.

121 § 3.5.2, onder *ten derde*.

122 Zie nader § 7.7.1 sub *iv*).

123 Zo ook Haazen 2001, p. 371-372. Vergl. Nieuwenhuis 2007a, p. 9 en 10.

124 In hoofdstuk 7 probeer ik daarvoor enige handvatten te bieden.

125 Zie § 3.5.2.

6.4.2.3 Consensus achteraf: werfkracht

Zowel Scholten als Schoordijk hebben gewezen op het feit dat de in de maatschappij levende opvattingen niet zozeer – als positief recht – achterhaald kunnen worden, maar voornamelijk een rol spelen als negatieve toets.¹²⁶ Scholten zegt dit het duidelijkst:

‘Wie recht zoekt, zoekt een gemeenschapsregel. Daaruit volgt niet, dat hij aan de gemeenschap heeft te vragen, wat de inhoud van die regel zal zijn, doch wel, of de gemeenschap die regel verdraagt en aanvaardt. Het rechtsbewustzijn is vooral een bewustzijn van *onrecht*.’ [cursief in origineel]

En:¹²⁷

‘Een regel waartegen een ruime kring zich als onrecht zou verzetten kan niet worden opgelegd. Dit is geheel iets anders dan een afleiden van de regel uit de algemene opvattingen.’

In zijn zoektocht naar – de objectivering van – een verkeersopvatting dient de rechtsvinder zich af te vragen of de verkeersopvatting die hij in gedachten heeft (niet on)aanvaardbaar is voor de gemeenschap. De gevonden verkeersopvatting moet, met andere woorden, in staat zijn om (later) consensus te verwerven.¹²⁸ In recentere literatuur wordt dit de *werfkracht* van de beslissing genoemd.¹²⁹ De rechtvaardiging van de beslissing aan de hand van bijvoorbeeld de verkeersopvatting wordt dan niet gezocht in reeds vooraf bestaande consensus, maar in de werfkracht van de beslissing achteraf.

Indien de verkeersopvatting of rechtsovertuiging niet onmiddellijk evident is en van consensus voorafgaand aan de beslissing geen sprake is, dan zal de rechter desondanks een beslissing moet nemen.¹³⁰ Volgens Haazen dient hij dan zijn eigen inzicht te volgen, ‘eventueel een nieuwe regel ponierend’.¹³¹ Daarbij moet hij:

‘zich laten leiden door een opvatting, waarvan hij in gemoede meent dat deze het dichtst aansluit bij de opvatting die de meeste werfkracht zal hebben en dus de grootste kans heeft door de maatschappelijk opvattingen te *zullen* worden gedragen.’ [cursivering in origineel]

126 Asser-Scholten 1974, p. 127; Schoordijk 1972, p. 11-13, 19, 30 en 48. Zie hierover ook § 3.3.1.

127 Asser-Scholten 1974, p. 128.

128 Vergl. Teubner 1971, p. 61.

129 Haazen 2001, p. 294 en 372; Van den Brink 2002, p. 129; Asser-Hartkamp 4-II, nr. 257; Nieuwenhuis 2007a, p. 6 en 11. Vergl. Barendrecht 1992, p. 223-225 en 230.

130 Zie ook § 3.2.

131 Haazen 2001, p. 372.

Erg concreet is deze aanwijzing tot objectivering of tot toetsing van de *werfkracht* niet, net zomin als de aanwijzing om te zoeken naar 'een uitgangspunt dat binnen de samenleving op ruime steun kan rekenen'.¹³² Iets concreter van aard is een aanwijzing als het 'zoeken naar objectieve aanknopingspunten'.¹³³ Wiarda propageert voor het vinden van deze objectieve aanknopingspunten bijvoorbeeld de topiek en de vergelijkingsmethode.¹³⁴ Vranken trekt een hele gereedschapskist aan methoden open.¹³⁵ Anders dan Haazen zoeken deze auteurs de oplossing niet zozeer in het achterhalen van 'de maatschappelijke opvattingen' maar in meer traditionele rechtsvindingsmethoden. In die – typisch juridische – werkwijze kan ik mij graag vinden. Enigszins vooruitlopend op het volgende hoofdstuk merk ik op dat daarbij van één specifieke rechtsvindingsmethode die gehanteerd kan worden om de verkeersopvatting in te vullen geen sprake zal zijn. Bij de rechtsvinding zal *methodenpluriformiteit* veeleer opgeld doen.¹³⁶

De objectiverende functie van de verkeersopvatting is er kortom in gelegen dat hetzij aansluiting wordt gezocht bij vooraf bestaande consensus, hetzij bij objectieve aanknopingspunten, waardoor de beslissing beschikt over werfkracht achteraf. Op deze wijzen kan gewaarborgd worden dat de verkeersopvatting verwijst naar wat *men* vindt en breder gedragen wordt dan alleen door de mening van de rechter of – één der – partijen.

6.4.2.4 Relativering

Nauw verbonden met de objectiverende functie van de verkeersopvatting is haar relativerende functie. De verwijzing naar de verkeersopvatting brengt belangrijke voordelen met zich. De verkeersopvatting maakt aanpassing van het recht aan de ontwikkelingen in de maatschappij mogelijk en zij biedt de mogelijkheid tot maatwerk en rechtsverfijning.¹³⁷ Zodoende kan recht worden gedaan aan de diversiteit van het maatschappelijk leven en de daarmee samenhangende juridische vragen.

De hoofdreden voor het opnemen van verwijzingen naar de verkeersopvatting in de wet was gelegen in het creëren van een *soepele of elastische* maatstaf.¹³⁸ Eerder liet ik zien dat de verkeersopvatting aan dit doel beant-

¹³² Nieuwenhuis 2007a, p. 11.

¹³³ Wiarda/Koopmans 1999, p. 83. Op het zoeken naar 'objectieve aanknopingspunten' wordt ook aangedrongen ter concretisering van bijv. de open zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 (de maatschappelijke betamelijkheid), zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 51*h*. Evenzo ten aanzien van de goede zeden Asser-Hartkamp 4-II, nr. 257.

¹³⁴ Wiarda/Koopmans 1999, hoofdstuk 10 en 12.

¹³⁵ Asser-Vranken 1995, nr. 112-115 en 116: 'Objectivering veronderstelt maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten'.

¹³⁶ Röthel 2004, p. 124-125.

¹³⁷ Zie uitgebreider § 2.4.2 en 2.4.3.

¹³⁸ § 2.4.3.

woordt doordat zij *intrinsiek veranderlijk* is.¹³⁹ Zij is opgenomen teneinde een ‘veranderingsmechanisme’ in de wet en het recht zelf te incorporeren. De verkeersopvatting is tijd-, maatschappij- en rechtsvraaggebonden en daarom relatief van aard.¹⁴⁰ Haar gebruik noopt dan ook steeds tot relativering. Het gaat niet alleen om de vraag wat *men* vindt, maar eveneens om de vraag of men dat *nog steeds* vindt en of men *hetzelfde* vindt ten aanzien van licht afwijkende situaties. De verkeersopvatting is relatief van betekenis. Zij kan zich door de tijd, naar plaats en groep en met betrekking tot een specifiek feitencomplex, wijzigen.

De vraag *hoe* de rechtsvinder recht kan doen aan de temporele, maatschappelijke en probleemgebonden context van het geval komt nader aan de orde in hoofdstuk 7.¹⁴¹

6.4.3 Slechts aanvullende werking

Anders dan bij de redelijkheid en billijkheid het geval is, komt aan de verkeersopvatting in mijn optiek in beginsel *geen aan de wet derogerende werking* toe.¹⁴² Binnen ons vermogensrechtelijk systeem vervult de verkeersopvatting slechts een *aanvullende functie* ten opzichte van het systeem van geschreven wettelijke regels.

Alvorens ik mijn mening onderbouw past een tweetal korte opmerkingen vooraf. De *aanvullende* werking van ongeschreven recht wordt over het algemeen afgezet tegen een mogelijk *derogerende* werking. Deze beide werkingsvormen zijn tegenwoordig onder andere verwoord in ons artikel 6:248 BW en lijken op het eerste gezicht beperkt tot de redelijkheid en billijkheid. De juistheid van die eerste indruk moet worden bestreden. Grondige lezing van het eerste lid toont ogenblikkelijk aan dat niet alleen de redelijkheid en billijkheid, maar ook de gewoonte aanvullend kan werken. Hetzelfde geldt voor de derogerende werking, die evenmin beperkt is tot de redelijkheid en billijkheid. Gewoonterecht kan eveneens derogierend werken, bijvoorbeeld ten aanzien van regelend (ook wel aanvullend) recht.¹⁴³

Dit brengt mij bij de tweede opmerking. De aanvullende en derogerende *werking* van ongeschreven recht (waarbij ik doel op zowel gewoonterecht als redelijkheid en billijkheid) worden veelal in verband gebracht met het onder-

139 § 4.3.

140 Zie § 4.5.4.

141 § 7.7.2.

142 Bedacht moet worden dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid vooral geldt binnen een rechtsverhouding en niet alleen een tussen partijen geldende *wettelijke regel* opzij kan zetten, maar ook een regel die krachtens *gewoonte* of *rechtshandeling* geldt (art. 6:2 lid 2 BW). Mij gaat het hier slechts om mogelijk derogerende werking van de verkeersopvatting ten opzichte van de *wet*.

143 Zie daarover reeds uitgebreid Scholten (Asser-Scholten 1974, p. 100-116).

scheid tussen aanvullend en dwingend *recht*.¹⁴⁴ De lezer hoedde zich, waar het om verkeersopvattingen gaat, echter voor verwarring van de begrippen *aanvullende werking* en *aanvullend recht*, of beter gezegd *regelend recht*. Het onderscheid tussen dwingend en regelend recht vervult vooral een rol in het overeenkomstenrecht en moet in het bijzonder geplaatst worden in de sleutel van de contractvrijheid.¹⁴⁵ Van aanvullend of regelend recht is sprake indien het partijen bij een rechtshandeling vrijstaat om van de wet af te wijken. Van voorschriften van dwingend recht mag door partijen niet worden afgeweken.¹⁴⁶

Met *aanvullend* of *regelend recht* heeft de verkeersopvatting weinig te maken. Zij speelt immers niet alleen een rol binnen het overeenkomstenrecht, maar ook in het goederen- en aansprakelijkheidsrecht. Zij heeft binnen het overeenkomstenrecht voorts niets te maken met de partijafspraken en vult hetgeen tussen partijen aan (gedrags)regels geldt binnen de rechtsverhouding niet aan. Zij komt slechts om de hoek kijken daar waar het de verdeling van bepaalde risico's tussen de contractspartijen betreft (indien de overeenkomst of rechtsverhouding daarover geen uitsluitel geeft). De verkeersopvatting is bovendien dwingendrechtelijk van aard. Voor zover de rechtsvinder zich genoodzaakt ziet te beslissen aan de hand van de verkeersopvatting, is zij imperatief.¹⁴⁷ Haar inhoud is juist *niet* afhankelijk van de wil van partijen, maar is of wordt steeds geobjectiveerd. Verkeersopvattingen behelzen naar mijn mening dan ook *ongeschreven dwingend recht*,¹⁴⁸ dat een *aanvullend functie* vervult ten opzichte van het stelsel van wettelijke regels.

In het vorige hoofdstuk heb ik betoogd dat verkeersopvattingen aan het gewoonterecht nauw verwant zijn en daarmee zelfs deels overlappen.¹⁴⁹ Voor de beantwoording van de vraag of de verkeersopvatting alleen aanvullende werking heeft, dan wel of zij aan de wet kan derogeren is het dan ook dienstig om te beginnen met een bespreking van de derogerende werking van ongeschreven recht in het algemeen (§ 6.4.3.1). Ik zie in dat verband onder andere het – beroemde – arrest *Assuradeuren/Maring*.¹⁵⁰ Pas daarna spitst het betoog zich meer toe op de verkeersopvatting en op mijn overtuiging dat zij niet *contra legem* werkt (§ 6.4.3.2). Ik illustreer haar aanvullende werking met behulp van jurisprudentie (§ 6.4.3.3). Vervolgens tracht ik daarvoor enige verklaringen te geven (§ 6.4.3.4) en ga ik kort in op de onwenselijkheid van verkeersopvattingen *contra legem* (§ 6.4.3.5).

144 Asser-Scholten 1974, p. 101 e.v.; Loth 2000, nr. 8.

145 Loth 2000, nr. 11.

146 Uitgebreider: Loth 2000, nr. 1.

147 Zie § 3.4.4.

148 Zie daarover Loth 2000, nr. 12B.

149 § 5.6.

150 HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 (*Assuradeuren/Maring*).

6.4.3.1 Ongeschreven recht en derogerende werking

Over derogerende werking wordt veel geschreven. In het bijzonder de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid mag zich verheugen in de warme belangstelling van veel juridische auteurs. Het gaat daarbij meestal om derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen een contractuele of verbintenissenrechtelijke relatie. Daarover ter inleiding enige korte opmerkingen.

Tussen partijen gelden niet alleen de afspraken gemaakt bij overeenkomst. Wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid vullen die tussen partijen concreet gemaakte afspraken aan.¹⁵¹ Van *derogerende werking* spreken wij indien een – in beginsel – tussen partijen op grond van de wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel, *niet* van toepassing is (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). Van de redelijkheid en billijkheid weten we dat zij alleen derogeert aan hetgeen tussen partijen geldt in die gevallen waarin een beroep op die geldende regel *onaanvaardbaar* is.¹⁵² Deze formulering brengt tot uitdrukking dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen. Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt met andere woorden slechts onder uitzonderlijke omstandigheden aangenomen en slechts voor zover het handhaven van de regel tussen partijen onaanvaardbaar is.

De werking van de gewoonte en redelijkheid en billijkheid blijft echter niet beperkt tot contractuele relaties. Gewoonte en redelijkheid en billijkheid vormen zelfstandige rechtsbronnen naast de wet, en wat mij – met het oog op een vergelijking met de verkeersopvatting – vooral interesseert is uiteraard de vraag of dit ongeschreven recht kan derogeren aan wettelijke bepalingen, ongeacht of dat gebeurt binnen een contractuele relatie of niet.

Meijers had daarover duidelijke opvattingen, die hij heeft neergelegd in de artikelen 1-7 van de – nooit ingevoerde – Inleidende titel van het BW. Deze zeven artikelen regelden de onderlinge verhouding tussen de rechtsbronnen wet, gewoonte en billijkheid.¹⁵³ Kort gezegd ging Meijers uit van het primaat van de dwingende wet.¹⁵⁴ Gewoonterecht en billijkheid konden volgens hem

151 Art. 6:248 lid 1 BW. T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 921.

152 Over de vraag of de redelijkheid en billijkheid wel derogerende werking kon hebben is in het verleden lang getwist. Over het algemeen wordt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid inmiddels als gegeven aanvaard. Zie nader Rijken 1994, nr. 23.

153 Daarnaast bevatte de titel een bepaling over misbruik van recht (art. 8) en een verbod op uitoefening van een bevoegdheid in strijd met het publiekrecht (art. 9). De artikelen 7, 8 en 9 van de inleidende titel werden verplaatst naar boek 3. Zie over de verplaatsing van art. 7 (thans art. 3:12 BW) uitgebreid § 5.4.2.1.

154 Uitgebreider Loth 2000, nr. 7.

wel derogeren aan regelend (aanvullend) recht, maar niet aan dwingend recht.¹⁵⁵

Op deze artikelen, die de onderlinge verhouding tussen de rechtsbronnen vastlegden, is veel kritiek gekomen.¹⁵⁶ Vrij algemeen werd ten aanzien van gewoonterecht bijvoorbeeld aangenomen dat dit niet alleen kon derogeren aan regelend recht, maar in voorkomende gevallen ook aan dwingende wetsbepalingen.¹⁵⁷ De wetgever heeft uiteindelijk afgezien van een algemene regeling van de onderlinge verhouding der rechtsbronnen en die materie aan de rechter overgelaten.¹⁵⁸ Het door Meijers voorgestane 'primaat van de wet' is in het burgerlijk recht dan ook niet zonder meer een gegeven.¹⁵⁹

Wat is de stand van zaken omtrent de derogerende werking van ongeschreven recht ten opzichte van de wet? Kunnen gewoonterecht en redelijkheid en billijkheid met andere woorden *contra legem* werken, en zo ja wanneer?

Het antwoord op de vraag vergt eerst nog een opmerking over zogenaamde beslissingen *contra legem*. Over de vraag wat een *contra legem* beslissing kan worden genoemd, verschillen de meningen in de literatuur.¹⁶⁰ Uitspraken die volgens de éne auteur *contra legem* zijn, worden door de andere niet zo genoemd.¹⁶¹ Anderen laten voor het gemak in het midden wat zij verstaan onder beslissingen *contra legem*.¹⁶² Snijders merkt een beslissing aan als *contra legem* indien de rechterlijke oplossing in strijd is met de geldende interpretatie van de wet naar normaal spraakgebruik.¹⁶³ Volgens Wiarda is deze omschrijving van de *contra legem* beslissing te ruim. Hij wijst op het feit dat de civiele rechter zich door de jaren heen een steeds grotere interpretatievrijheid heeft veroorloofd en de overheersende positie van de tekstuele interpretatie steeds

155 Dit blijkt nog steeds uit de toelichting bij art. 6:248 BW, alwaar Meijers schrijft: '(...) dat een overeenkomst niet de rechtsgevolgen heeft, die naar de aard van die overeenkomst uit een wetsbepaling van regelend recht voortvloeien, indien een met die wetsbepaling strijdig gewoonte bestaat. Voorts dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst die uit een regelende wet of een gewoonte voortvloeien niet intreden, als dit in het gegeven geval op grond van bijzondere omstandigheden kennelijk onbillijk zou zijn.' T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 921.

156 Zie: De Gaay Fortman 1961 en vooral Kisch 1955.

157 Zie daarover Pabbruwe 1961, 154-157; Asser-Scholten 1974, p. 112-116; Loth 2000, nr. 7B (met nadere vindplaatsen van jurisprudentie).

158 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1020-1021.

159 Anders ligt het in het strafrecht en het bestuursrecht, waarin de rechter is gebonden aan het legaliteitsbeginsel. Zie daarover bijv. C.P.M. Cleiren en M. Scheltema in: *Bundel Rechtsvinding* 1996.

160 Zie bijv. Leyten 1974, p. 710; Snijders 1978, p. 171. Vergl. Haazen 2001, p. 265-274, die spreekt van drie varianten van de *desuetudo-doctrine*, ofwel de omgang met in onbruik geraakte wetsartikelen.

161 A-G Moltmaker in zijn conclusie sub 4.3.4 voor HR 21 november 1984, *NJ* 1985, 172 (*Belastingontduiking*); Wiarda/Koopmans 1999, p. 38-41; Haazen 2001, p. 265-274. Voorbeeld van een arrest dat door sommigen *contra legem* wordt genoemd en door anderen niet, is HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 266 (*Catoochi*).

162 Zie bijv. Crombag, De Wijkerslooth, Cohen 1977, p. 89-91.

163 Snijders 1978, p. 171.

verder is ondergraven.¹⁶⁴ Volgens hem is van een *contra legem* beslissing slechts dan sprake indien de uitspraak niet alleen taalkundig in strijd is met de geschreven regel, maar bovendien evenmin in overeenstemming is met de geschiedenis, de strekking en het systeem van de wet. De beslissing moet kortom duidelijk ingaan tegen hetgeen de wetgever heeft gewild en tot uitdrukking heeft gebracht en de rechter moet blijk geven van het niet meer als bindend beschouwen van een voorschrift.

Wiarda raakt hier aan een punt dat ook Scholten reeds signaleert. Hij merkt op dat het slechts zelden voorkomt dat parlementaire geschiedenis en wettekst een ondubbelzinnig antwoord geven op een rechtsvraag, waarop volgens de gewoonte in tegengestelde zin zou moeten worden beslist.¹⁶⁵ Meestal bieden gewoonte en redelijkheid en billijkheid argumenten voor of tegen een bepaalde *interpretatie* van een wetsbepaling.

Vrij algemeen wordt in Nederland in ieder geval aangenomen dat de *contra legem* beslissing – wat daaronder dan ook precies door de verschillende auteurs precies wordt verstaan – uitzonderlijk is en ook behoort te zijn en dat de rechter in die gevallen openlijk en goed gemotiveerd te werk moet gaan.¹⁶⁶ Zoals reeds gememoreerd kan van derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts sprake zijn indien een beroep op de geldende regel *onaanvaardbaar* is. Aan het aannemen van derogerende werking ten opzichte van een regel van dwingend recht dienen volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad *zware eisen* te worden gesteld en afwijken van de wet is alleen in *uitzonderlijke gevallen* verdedigbaar.¹⁶⁷

Ten aanzien van de derogerende werking van gewoonterecht geldt iets soortgelijks. Als bekendste voorbeeld – tevens één van de weinige voorbeelden – van een beslissing waarin gewoonterecht dwingend recht opzij gezet zou hebben, geldt het arrest Assuradeuren/Maring.¹⁶⁸ De beslissing in die uitspraak om de gegroeide gewoonte (brandverzekeringen waarbij uitkering van de herbouwwaarde uitgangspunt is) te laten prevaleren boven de in onbruik geraakte artikelen 288 en 289 K, werd door de Hoge Raad echter uitdrukkelijk *niet alleen* op de gegroeide gewoonte gestoeld. Hij wijst op het gegeven dat, gelet op de invoering van artikel 29 Pachtwet (oud):

¹⁶⁴ Wiarda/Koopmans 1999, p. 39.

¹⁶⁵ Asser-Scholten 1974, p. 113.

¹⁶⁶ Asser-Scholten 1974, p. 112; Crombag, De Wijkerslooth, Cohen 1977, p. 89-91; Langemeijer 1979, p. 215-220; Wiarda/Koopmans 1999, p. 40-41; zie ook de noot van Hijmans van den Bergh onder HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 (*Assuradeuren/Maring*). Anders, Leyten 1974, p. 714, die – nog stilliger dan Wiarda – de rechterlijke uitspraak *contra legem* in beginsel afwijst.

¹⁶⁷ Zie bijv. HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431 m.nt. ARB onder NJ 2000, 431 (*Van Hese/Schelde en Rouwhof/Eternit*). Zie ook Rijken 1994, nr. 35, met verwijzing naar oudere jurisprudentie.

¹⁶⁸ HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 m.nt. HB (*Assuradeuren/Maring*).

‘niet alleen de praktijk, maar ook de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld, dat de artt. 288 en 289, (...), hun kracht hebben verloren’.

Van een aan de wet derogerende werking van gewoonterecht *sec* was in het arrest kortom geen sprake. De Hoge Raad baseerde zijn uitspraak daarnaast op het argument dat ook de wetgever zich, blijkens jongere wetgeving, op het standpunt stelde dat de betreffende artikelen door de maatschappelijke ontwikkeling achterhaald waren. Uit het arrest kunnen dan ook geen algemene conclusies worden getrokken ten aanzien van de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden de rechter een wettelijk voorschrift naast zich neer mag leggen op grond van een gewoonte.¹⁶⁹

Noch van het gewoonterecht, noch van de redelijkheid en billijkheid kan momenteel dan ook gezegd worden dat zij snel en zonder meer kunnen derogeren aan de wet.¹⁷⁰ Dat verwondert niet in een rechtssysteem waarin een nieuw Burgerlijk Wetboek is ingevoerd met het oog op het behoud van de codificatiegedachte.¹⁷¹ Noodzakelijke voorwaarde voor het behoud daarvan is immers de veronderstelling van – in beginsel – binding aan de wet, welke binding door de meeste auteurs dan ook wordt aangenomen.¹⁷² Nog altijd komt aan de wet bijzondere status toe,¹⁷³ al blijkt het primaat van de wet niet uit ons wetboek. Redelijkheid en billijkheid en gewoonterecht zullen alleen kunnen – en mogen – derogeren aan wettelijke bepalingen in uitzonderlijke gevallen, waarbij aan zware eisen wordt voldaan en waarin liefst verschillende argumenten en rechtsvindings technieken worden gehanteerd om de *contraire* beslissing te onderbouwen.¹⁷⁴ Uit het onderzoek van Snijders blijkt dat met name de combinatie van nieuwe wetsuitleg en de ouderdom van concrete wetgeving die ‘nauwelijks een oplossing voor de aan de orde zijnde kwestie biedt’, leidt tot rechtsvinding *contra legem*.¹⁷⁵

169 Wiarda/Koopmans 1999, p. 40. Zo ook annotator L.J. Hijmans van den Bergh onder het arrest *Assuradeuren/Maring*. Vergl. HR 16 februari 1973, *NJ* 1973, 463 m.nt. HB (*Tariefbeschikking*), waarin een aan de wet derogerende werking van een gegroeide gewoonte uitdrukkelijk *niet* werd aanvaard.

170 Dit is anders waar het gaat om internationale gewoonten en handelsgebruiken. Algemeen wordt bijv. aangenomen dat tussen partijen afgesproken of in een bepaalde branche geldende gewoonten en handelsgebruiken prevaleren boven de bepalingen van het Weens Koopverdrag, zie Deforche 2007, p. 138-139.

171 Zie daarover ook § 2.4.3.

172 Zie bijv.: Snijders 1996, p. 216 en de door hem genoemde auteurs Koopmans, M. Scheltema, Cleiren, Van Roermund en Vranken, allen in *Bundel Rechtsvinding* 1996; en bijv. Lokin 1992 en Reehuis 1992. Anders Barendrecht 1992. Vergl. echter Barendrecht's bijdrage in *Bundel Rechtsvinding* 1996, p. 40: 'Binding van de rechter aan wet en recht is traditioneel een fundamenteel uitgangspunt van het rechtssysteem.'

173 Zie ook § 7.5.4.

174 Asser-Vranken 1995, nr. 103 wijst bijv. op het belang van 'overwegingen van rechtzekerheid, doelmatigheid, hanteerbaarheid en praktikabiliteit', naast het 'rechtvaardigheidsargument'.

175 Snijders 1978, p. 161-162 en 171-172. Hij beschrijft bovendien een drietal criteria waaraan de beslissing *contra legem* moet voldoen (p. 172-177).

In nog sterkere mate geldt de terughoudendheid wat betreft derogerende werking naar mijn mening ten aanzien van de verkeersopvatting. Nog sterker, omdat ten aanzien van dat begrip de discussie over de vraag *of* zij kan derogeren aan de wet, *of* zij kan leiden tot beslissingen *contra legem*, nooit is gevoerd en de wetgever zich daarover op geen enkele wijze heeft uitgelaten.¹⁷⁶ Indien met betrekking tot een specifieke rechtsvraag een duidelijke en uitputtende wettelijke regeling is getroffen, komt de rechtsvinder, wat mij betreft, aan hantering van de verkeersopvatting niet toe. Van een verkeersopvatting die een – dwingende – wetsbepaling opzij zet, zal geen of slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake – mogen – zijn.

Dit zal, mijns inziens, slechts dan anders kunnen zijn indien niet alleen de verkeersopvatting in een andere richting wijst dan de wettelijke regel voorschrijft, maar er daarnaast andere zwaarwegende argumenten zijn om die regel buiten toepassing te laten. Vooral de ouderdom van de wettelijke regeling zal daarbij een rol (kunnen) spelen.¹⁷⁷ Minstens lijkt mij daarnaast noodzakelijk dat de redelijkheid en billijkheid (als *metanorm*) noopt tot het aannemen van een met de wettelijke regeling strijdige – wijziging in de – verkeersopvatting.¹⁷⁸ Aan die derogerende werking ten opzichte van de wet dienen bovendien *zware eisen* gesteld te worden, terwijl het moet gaan om een *uitzonderlijk geval* en *onaanvaardbaarheid* van de beslissing. De derogerende werking van de ongeschreven regel zal in die gevallen dan ook niet zozeer gelegen zijn in de verkeersopvatting *sec*, maar in de werking van de redelijkheid en billijkheid,¹⁷⁹ of andere zeer zwaarwegende argumenten.

6.4.3.2 Geen verkeersopvattingen *contra legem*

Ik spreek van een verkeersopvatting *contra legem* in die gevallen waarin de verkeersopvatting een wettelijke regel *buiten spel* zet; ofwel *contrair* is aan wat de wetgever heeft gewild en tot uitdrukking heeft gebracht. Naar mijn stellige overtuiging vervult de verkeersopvatting – op dit moment – slechts een aanvullende functie binnen ons vermogensrechtelijke systeem en kan zij niet een wettelijke regeling opzij zetten. Die overtuiging is onder andere gebaseerd op mijn eigen ervaringen tijdens het schrijven van dit proefschrift. In het kader van mijn onderzoek heb ik kennis genomen van vele uitspraken waarin de

176 De verhouding tussen de verkeersopvatting en het geschreven recht is blijkens de parlementaire geschiedenis geen onderwerp van overdenking geweest. Zie daarover § 2.6.2.3.

177 Zie Snijders 1978, p. 161-162 en 171-172.

178 Zie over de verhouding tussen verkeersopvatting en redelijkheid en billijkheid ook § 5.5.

179 Iets soortgelijks geldt hoogstwaarschijnlijk voor de goede zeden en de maatschappelijke betamelijkheid.

verkeersopvatting werd gehanteerd.¹⁸⁰ Daarbij ben ik slechts één uitspraak tegen gekomen waarbij een verkeersopvatting *contra legem* doorslaggevend werd geacht. In dit arrest boog het Hof Den Bosch¹⁸¹ zich over de vraag of een vliegtuigmotor al dan niet bestanddeel was van een vliegtuig. Het Hof beoordeelde de vraag naar Engels recht omdat de – gehuurde – vliegtuigmotor voor het eerst in London in contact kwam met het vliegtuigtoestel.¹⁸² Daarnaast overwoog het Hof dat de uitspraak naar Nederlands recht niet anders geluid zou hebben. Het Hof oordeelde – kennelijk op grond van artikel 3:4 BW – dat de vliegtuigmotor noch naar verkeersopvatting, noch door een hechte verbinding bestanddeel was geworden van het vliegtuig. Daarmee gaf het Hof uitdrukking aan een verkeersopvatting (een vliegtuigmotor is *geen* bestanddeel van het vliegtuig) *contra legem*. Artikel 8:3a lid 2 BW bepaalt immers uitdrukkelijk:

‘Het casco, de motoren, de luchtschroeven, de radiotoestellen en alle andere voorwerpen bestemd voor gebruik in of aan het toestel, onverschillig of zij daarin of daaraan zijn aangebracht dan wel tijdelijk ervan zijn gescheiden, zijn bestanddeel van het luchtvaartuig.’

De hoofdzaak, ‘het luchtvaartuig’,¹⁸³ trekt volgens de wet kortom de overige onderdelen na. De uitspraak van het Hof Den Bosch is mijns inziens dubieus, aangezien zowel het toepasselijke verdrag van Genève als artikel 8:3a lid 2 BW door het hof kennelijk geheel over het hoofd werden gezien. Van een openlijke en gemotiveerde uitspraak *contra legem* is in deze dan ook geen sprake. Dit arrest van het Hof Den Bosch dient mijns inziens eerder als een rechterlijke misslag dan als een uitspraak *contra legem* te worden beschouwd.

Naast een specifieke regeling voor de natrekking van onderdelen door een luchtvaartuig, kent boek 8 eveneens een specifieke regeling voor schepen. Bestanddeel van het schip zijn volgens de wet de ‘voortbewegingswerktuigen en andere machinerieën’ (art. 8:1 lid 3 BW).¹⁸⁴ Hoofdzaak is volgens de wet

180 Naar schatting ongeveer 180 uitspraken waarin de verkeersopvatting met zoveel woorden wordt genoemd en daarnaast vele tientallen uitspraken over vergelijkbare rechtsvragen, waarin de verkeersopvatting niet letterlijk voorkwam, of slechts door de advocaten of de Advocaat-Generaal genoemd werd.

181 Hof ‘s-Hertogenbosch 15 augustus 2002, LJN: AE8293 (*AAR Aircraft & Engine Group*) met zeer kritische noot van J.C. Hofland in *JOR* 2002, 184.

182 Op deze IPR-redenering valt volgens annotator Hofland wel wat af te dingen, nu volgens het Verdrag van Genève betreffende de erkenning van rechten op luchtvaartuigen van 1948, aangeknoopt moet worden bij het recht van de *Staat van registratie* van het vliegtuig.

183 Het luchtvaartuig wordt in lid 1 omschreven als een ‘toestel dat in de dampkring kan worden gehouden ten gevolge van krachten die de lucht daarop uitoefent’, met uitzondering overigens van luchtkussenvoertuigen. Het begrip ‘luchtvaartuig’ zal in dit verband moeten worden opgevat als een abstract concept, nu volgens de wet ook ‘het casco’ daarvan bestanddeel uitmaakt.

184 Boek 8 kent bovendien een specifieke regeling voor de ‘scheepstoebehoren’, zie art. 8:1 lid 4 en 5 BW en Wichers 2002, p. 75-76.

– het casco van – het schip; de genoemde zaken zijn bestanddelen.¹⁸⁵ Voor schepen en luchtvaartuigen geldt met andere woorden een nadere en specifieke regeling, naast de algemene natrekkingsregels in artikel 3:4 en 5:14 lid 3 BW. Wichers spreekt in dit verband over ‘verkeersopvattingen die in het recht liggen’.¹⁸⁶ Die aanduiding dient naar mijn mening vermeden te worden, omdat het begrip ‘verkeersopvatting’ in mijn optiek steeds verwijst naar *ongeschreven recht*. In de genoemde artikelen van boek 8 kunnen wij een gekristalliseerde en zelfs gecodificeerde opvatting terugvinden, die juist *niet* van ongeschreven aard is.¹⁸⁷ Het is zuiverder en methodisch juister om het begrip verkeersopvatting te reserveren voor ongeschreven recht en gecodificeerde (verkeers)opvattingen simpelweg aan te duiden als *wettelijke regels*.

De vraag die met betrekking tot bestanddelen van schepen en luchtvaartuigen gesteld kan worden, is of voor de algemene artikelen 3:4 lid 1 (bestanddeelvorming) en 5:14 lid 3 BW (bepaling hoofdzaak) en de daarin genoemde verkeersopvatting, nog een rol is weggelegd, gelet op de specifieke regeling in boek 8. De vraag wordt door Wiersma ten aanzien van schepen en door Wichers ten aanzien van schepen en luchtvaartuigen ontkennend beantwoord.¹⁸⁸ Ik kan mij daarin vinden. De gedetailleerde wettelijke regeling in de artikelen 8:1 en 8:3a BW laten weinig tot geen ruimte voor een zelfstandige rol voor de ‘algemene verkeersopvatting’ genoemd in artikel 3:4 lid 1 BW bij de afbakening van de begrippen scheepsbestanddeel, scheepstoebehoren en bestanddelen van luchtvaartuigen. Indien een uitputtende wettelijke regeling voor handen is dan komt de rechter aan de verkeersopvatting niet toe. De bijzondere bepalingen derogeren met andere woorden aan de algemene bepalingen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen.¹⁸⁹ Dit vloeit voort uit de gebondenheid van de rechter aan de wet.

In hoofdstuk 5 is gebleken dat de verkeersopvatting deels samenvalt met wat wij in het verleden ‘gewoonterecht’ noemden en voor het overige dit gewoonterecht zeer dicht benadert.¹⁹⁰ Voor het gewoonterecht geldt dat beslissingen *contra legem* zeer uitzonderlijk – moeten – zijn en weinig voorkomen. Voor de verkeersopvatting geldt mijns inziens hetzelfde. Behalve één overduidelijk onjuiste uitspraak zijn mij geen gevallen bekend van uitspraken waarin werd aangenomen dat de verkeersopvatting derogeert aan de wet.

185 Hetzelfde geldt indien het een schip in aanbouw betreft (art. 8:1 lid 6 BW). Daarbij is geen sprake van zaaksvorming, maar van natrekking van bestanddelen, zie art. 8:190 lid 2 en 8:780 lid 3 BW.

186 Wichers 2002, p. 36-37 en 127.

187 Op vergelijkbare wijze zijn vele ongeschreven regels van redelijkheid en billijkheid in de loop der jaren ‘uitgekristalliseerd’ en als geschreven regels in ons wetboek van 1992 beland. Zie Hartkamp 1981, p. 230 e.v.

188 Wiersma 1992, p. 819-821; Wichers 2002, p. 72-74, 104.

189 Zo ook W. Snijders 2007, nr. 36.

190 § 5.6.

Wij vallen terug op de opvatting in het verkeer juist in die (twijfel)gevallen waarin *geen* gedetailleerde wettelijke regeling voorhanden is. De verkeersopvatting werkt kortom aanvullend aan de wet.

6.4.3.3 Aanvullende hantering door de rechter

De aanvullende werking van verkeersopvattingen blijkt uit de wijze waarop de Hoge Raad en lagere rechters dit begrip hanteren in concrete gevallen. Uit bijvoorbeeld het – in dit proefschrift veelbesproken – arrest Spruijt/Tigche-laar,¹⁹¹ over de gestolen huurauto, blijkt duidelijk de aanvullende rol van de verkeersopvatting. De Hoge Raad beziet allereerst of de huurovereenkomst of wet uitsluitel geven over de vraag of de tekortkoming in de nakoming (het niet kunnen retourneren van de auto) aan de huurster (Spruijt) moet worden toegerekend (r.o. 3.4.2). Eerst *nadat* gebleken is dat het antwoord op de toerekeningsvraag noch in de wet, noch op grond van de rechtshandeling te vinden is, komt hij toe aan beoordeling van de – juistheid van – de verkeersopvatting (r.o. 3.4.3).

Het is deze benadering van de verkeersopvatting die waarschijnlijk aan Olthof de opmerking ontlokt dat ‘bij gebreke van aanwijzingen in wet en rechtshandeling’ acht zal moeten worden geslagen op de in de praktijk (in het algemeen of in een bepaalde branche) levende opvattingen omtrent de verdeling van risico’s.¹⁹² In de Asser-serie wordt eveneens uitgegaan van een dergelijke aanvullende rol van de verkeersopvatting bij de beoordeling van een beroep op overmacht, zij het dat Hartkamp, anders dan Olthof, een grotere nadruk legt op de toerekening op grond van de verkeersopvatting:¹⁹³

‘Het is duidelijk dat de schuldenaar zich niet op overmacht kan beroepen in gevallen, waarin hij krachtens een wetsbepalingen (bijvoorbeeld de art. 6:76 en 77, 7A:1649) of ingevolge de door de partijen aangegane overeenkomst aansprakelijk wordt gesteld voor het intreden van de gebeurtenis die de nakoming verhindert. (...)

Omdat in de meeste gevallen noch de wet, noch de overeenkomst uitkomst biedt, zullen wij onze toevlucht moeten nemen tot een vaag criterium: *de in het verkeer geldende opvattingen.*’

Hartkamp gaat, mijns inziens, uit van een aanvullende werking van de verkeersopvatting ten opzichte van de twee andere – duidelijkere – toerekeningsgronden (wet en rechtshandeling).¹⁹⁴

191 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 m.nt. P. Abas in NTBR 1998/3, p. 85-87.

192 Olthof 2007 (T&C BW), art. 6:75, aant. 4 sub c).

193 Asser-Hartkamp 4-1, nr. 324.

194 Opmerking verdient daarbij dat algemeen de (risico)toerekeningsgronden wet, rechtshandeling en verkeersopvattingen als subsidiair worden beschouwd t.o.v. de schuld (in de zin van verwijtbaarheid). Zie Asser-Hartkamp 4-I nr. 322.

Een andere mening toegedaan is Rogmans. Hij meent dat de drie 'kenbronnen' voor de risicoverdeling onderling een gelijk gewicht – behoren te – hebben en dat de wetgever niet heeft beoogd een voorrangsregel aan te geven.¹⁹⁵ Het laatste is ontegenzeggelijk waar. De wetgever heeft zich niet uitgelaten over een mogelijke rangorde van de in artikel 6:75 BW genoemde 'vindplaatsen van argumenten'.¹⁹⁶ Anders dan Rogmans, meen ik echter dat daaraan niet de conclusie verbonden kan worden dat de verkeersopvatting *sec 'dus'* kan prevaleren boven een regel van – zelfs maar – regelend recht. Rogmans geeft het voorbeeld van de schuldenaar die – op grond van een 'aangenomen verkeersopvatting' – niet aansprakelijk is voor tekortkomingen van hulppersoonen *wier inzet hem door de opdrachtgever zijn voorschreven*. Die 'verkeersopvatting' zal, naar de mening van Rogmans, het bepaalde in artikel 6:76 BW opzij mogen zetten. Het aannemen van een dergelijke derogerende werking van de verkeersopvatting komt mij ongelukkig voor, omdat enerzijds onduidelijk is of over de door Rogmans verwoorde 'verkeersopvatting' enige mate van consensus bestaat (dan wel of deze verkeersopvatting werfkracht bezit) en zij anderzijds het principe van binding aan de wet ondergraaft.

Veel eleganter vind ik de oplossing van de Hoge Raad in een dergelijk geval.¹⁹⁷ Hij zet in zijn oordeel over de vraag of de debiteur aansprakelijk is voor de fouten van een door de opdrachtgever aangewezen hulppersoon, de ratio achter artikel 6:76 BW voorop en oordeelt dat de omstandigheid dat de crediteur de werkzaamheden slechts door de aangewezen hulppersoon uitgevoerd wilde zien een grond kan opleveren 'voor de slotsom dat toepassing van de regel van art. 6:76 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.' De oplossing brengt het voordeel van 'de uitzondering op de regel' met zich, die de regel in beginsel in tact laat (en zelfs bevestigt) en de uitzondering afhankelijk maakt van de vraag of handhaving van de regel *onaanvaardbaar* is in dit *uitzonderlijke geval*.¹⁹⁸

Niet alleen in het hier genoemde geval houden rechters in beginsel vast aan hun gebondenheid aan de wettelijke regels. De Hoge Raad en de feitelijke rechters lijken er vanuit te gaan dat wettelijke regels de neerslag (kunnen) vormen van de in de maatschappij levende opvattingen. Voor zover een wettelijke regel bestaat, zal de rechter die regel – moeten – toepassen en voor de rechtsvinding vervolgens aan de invulling van de verkeersopvatting veelal niet meer toekomen.

195 Rogmans 2007, nr. 51.

196 Men bestudere *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 263-266.

197 HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 m.nt. JH (B./W.). Zie ook Asser-Hartkamp 4-1, nr. 328.

198 Overigens erkent ook Rogmans (2007, nr. 51) dat de redelijkheid en billijkheid bij iedere afweging van risicovragen een factor van betekenis zal zijn.

Deze handelwijze zien wij niet alleen terug in het verbintenissen- en aansprakelijkheidsrecht,¹⁹⁹ maar ook in goederenrechtelijke arresten van de Hoge Raad. Ten aanzien van de vraag of een afgebouwd schip een 'nieuwe zaak' vormt ten opzichte van het oorspronkelijke casco, – een vraag naar de identiteit van de zaak, die in zijn algemeenheid aan de hand van de van de verkeersopvatting wordt beantwoord – overwoog de Hoge Raad in het arrest *Hinck/Van der Werff & Visser*.²⁰⁰

'Uit het wettelijk stelsel met betrekking tot schepen, in het bijzonder uit de art. 309 (oud), 312 (oud), 318 (oud) en 318k (oud) K, volgt dat het casco van een schip, als schip in aanbouw, reeds moet worden aangemerkt als een schip en dat de identiteit van dit schip niet verandert doordat het wordt afgebouwd en wordt voorzien van voortbewegingswerktuigen en navigatie-apparatuur. Het door het middel daartegenover gedane beroep op de verkeersopvattingen faalt reeds omdat, naar voor de hand ligt, dit op het rechtsverkeer met betrekking tot schepen afgestemde stelsel mede een weerslag vormt van de verkeersopvattingen te dier zake.'

Aan invulling van de verkeersopvatting in de algemene regel komen wij in deze specifieke gevallen niet toe. De – voorheen ongeschreven – verkeersopvatting is in deze gevallen 'gekristalliseerd' tot geschreven wettelijke regels.²⁰¹

Een ander voorbeeld van een dergelijke tot wettelijke regel 'gekristalliseerde verkeersopvatting' is te vinden in artikel 3:4 lid 2 BW. Sinds jaar en dag nemen wij aan dat een zaak die met een andere zaak hecht materieel verbonden is, en daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, bestanddeel is van de hoofdzaak. In de literatuur is wel discussie gevoerd over de vraag naar de onderlinge verhouding tussen lid 1 en 2 van artikel 3:4 BW. Kan de rechter volstaan met een toetsing aan lid 2 indien hij een hechte materiële verbinding constateert tussen twee zaken, of dient hij dan eerst te toetsen aan de verkeersopvatting? De teneur in de literatuur is dat een onderzoek naar de verkeersopvatting niet nodig is indien tussen twee zaken een hechte materiële verbinding bestaat

199 Zie daarover Sieburgh 2000, p. 217. Zij kent aan de verkeersopvatting een tussenpositie toe tussen de toerekening naar schuld en de kwalitatieve aansprakelijkheden en schrijft: 'Privaatrechtelijke wetgeving kan gezien worden als de codificatie van de in de maatschappij aanwezige opvattingen. In regels met betrekking tot de kwalitatieve aansprakelijkheden zijn de in de maatschappij levende opvattingen over de verdeling van schade neergelegd.' Zie nader § 7.5.4.

200 HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Hinck/van der Werff & Visser*, of 'Love, Love').

201 Vergl. t.a.v. 'uitgekristalliseerde' of 'gekristalliseerde' billijkheid Hartkamp WPNR 1981, p. 230 en Van Schilfgaarde 1999, p. 813. Zoals gezegd vermijd ik het innerlijk tegenstrijdige begrip 'gecodificeerde verkeersopvattingen'. Het begrip verkeersopvatting verwijst immers steeds naar ongeschreven recht.

die niet zonder schade van betekenis aan één der zaken kan worden verboden.²⁰² Ploeger verwoordt de verhouding tussen de twee leden van artikel 3:4 BW het helderst:²⁰³

‘Het materiële criterium kan worden beschouwd als een (dwingende) invulling van de verkeersopvatting.’

Ik kan mij in deze benadering vinden en ben van mening dat de verkeersopvatting in lid 1 slechts een aanvullende functie vervult ten opzichte van lid 2. In de rechtspraak lijkt toetsing aan de verkeersopvatting inderdaad achterwege te blijven indien voldaan wordt aan het criterium van de hechte materiële verbinding. Zo oordeelde het Hof Leeuwarden in een zaak over met steenwolmatten vergroeide rozenstruiken:²⁰⁴

‘Vaststaat dat de rozenstruiken en de steenwolmatten zodanig met elkaar zijn verbonden dat zij niet zonder beschadiging kunnen worden gescheiden. Artikel 3:4 lid 2 BW bepaalt dat een zaak die met een hoofdzaak zodanig verbonden wordt dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, bestanddeel wordt van de hoofdzaak.’

Over de verkeersopvatting rept het Hof met geen woord. Bestanddeelvorming wordt aangenomen op grond van de hechte materiële verbinding tussen de twee zaken. Het Hof concentreert zich vervolgens op de vraag welke van de twee zaken als hoofdzaak dient te worden aangemerkt. Een soortgelijke aanpak zien we in de uiteindelijke uitspraak over de vraag of een zaaiinstallatie, en computer voor de voedingsvoorziening en een klimatologische computer al dan niet bestanddeel zijn van een bedrijfsgebouw (de tuinbouwkas en loods). Daarin wordt allereerst onderzocht of sprake is van een hechte materiële verbinding en daarna pas getoetst aan de verkeersopvatting.²⁰⁵ Deze volgorde van toetsing lijkt ook niet meer dan logisch.

Van een slechts aanvullende functie van de verkeersopvatting is ook sprake in die gevallen waarin zij wordt gehanteerd als hulpmiddel bij de uitleg van wettelijke bepalingen en begrippen.²⁰⁶ Een voorbeeld van die aanvullende

202 Van der Grinten 1971, p. 520; Wachter in zijn noot onder HR 24 september 1976, NJ 1978, 269 (*Zaanlandse/Werkspoor*); Kortmann 1983, p. 327; Kortmann 1994, p. 106; Snijders-Rank-Berenschot 2007, nr. 38: ‘Het ingemetselde ligbad is (anders dan een eenvoudige, mobiele badkuip) reeds gezien zijn materiële band met het huis een bestanddeel ervan.’ Vergl. Fikkers 1999, nr. 31.

203 Ploeger 1997, nr. 33.

204 Hof Leeuwarden 9 februari 2005, NJF 2005, 164 (*De Gruijl-Eblé/ Brinkman Agro*) r.o. 10 en 11.

205 Hof Amsterdam 24 februari 1994, NJ 1994, 707 (*vervolg Rabobank/Ontvanger*).

206 Zie nader § 4.4.2.1.

benadering is te vinden in het Grafzerken-arrest.²⁰⁷ In dat arrest bogen eerst de feitelijke rechters en vervolgens de Hoge Raad zich over de vraag of een grafteken duurzaam met de grond verenigd en dus een onroerende zaak is. Bij de beantwoording van die vraag speelt de verkeersopvatting een rol als maatstaf aan de hand waarvan kan worden bepaald 'wat in een gegeven geval als 'duurzaam', onderscheidenlijk 'verenigd' en in verband daarmee als 'bestemming' en als 'naar buiten kenbaar' heeft te gelden'.²⁰⁸ De rol die de verkeersopvatting daarbij kan spelen, is echter kennelijk maar bescheiden. Ten aanzien van de grafzerk oordeelt de Hoge Raad:

'Met juistheid heeft het Hof overwogen dat verkeersopvattingen in dit verband niet in aanmerking kunnen worden genomen nu *buiten twijfel* is dat de graftekens gezien hun voor een ieder naar buiten kenbare aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Dit *ontbreken van twijfel* is, anders dan met name in onderdeel III.3.4 wordt betoogd, geenszins onverenigbaar met de vaststelling van het Hof dat graftekens (...) doorgaans gemakkelijk kunnen worden verplaatst of weggenomen.' [cursivering PM]

De Hoge Raad oordeelt met andere woorden ten aanzien van het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken dat de verkeersopvatting alleen in gevallen van *twijfel* een rol kan spelen, en dat in het te beoordelen geval de kwestie – kennelijk – 'zonneklaar' was.²⁰⁹

De voorzichtige lijn die in de jurisprudentie te ontwaren is, duidt kortom op een hantering van de verkeersopvatting in aanvullende zin. De rechter valt terug op de verkeersopvatting voor zover de rechtshandeling, de geschreven wettelijke regels, of andere in de wet aangereikte aanknopingspunten (zoals bijvoorbeeld 'schuld') hem geen soelaas bieden.

6.4.3.4 Verklaringen voor de aanvullende werking

De aanvullende rol die het ongeschreven recht – de verkeersopvatting – hier speelt, laat zich op verschillende manieren verklaren. In een rechtsstelsel als het onze wordt algemeen aangenomen dat botsing van ongeschreven recht met een dwingende wetsebepaling hoge uitzondering is en ook behoort te zijn.²¹⁰

207 HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK (*Grafzerken of St. Barbara/Het aartsbisdom Utrecht*).

208 HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (*Portacabin*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann in AA 47 (1998), p. 101-105 en M.A.J.G. Janssen in JOR 1997, 152, zie in het bijzonder r.o. 3.3 sub d).

209 Alleen al het feit dat over de (on)roerende grafzerken in kwestie tot in hoogste instantie werd geprocedeerd en dat het een 'proefproces' betrof, doet naar mijn mening vermoeden dat de vraag meer twijfel opriep dan de Hoge Raad ons hier wil doen geloven. Zo ook H.D. Ploeger, 'De eigendom van grafmonumenten', *WPNR* (1999) 6359, p. 425. Hij betoogde t.a.p. dat bij de graftekens *juist* sprake was van een *twijfelgeval*.

210 Asser-Scholten 1974, p. 112. Zie ook § 6.4.3.1 en de daarin aangehaalde auteurs.

‘Het codificatie-systeem, de positie van onze rechter, de traditionele hoogschatting van de wet, alles leidt er toe het gewoonterecht in strijd met dwingende bepalingen te beperken. Niettemin, het is altijd onvermijdelijk en bestaat ook ten onzent.’

Deze observatie van Scholten geldt binnen ons gecodificeerde rechtssysteem nog steeds, en misschien zelfs sterker gelet op de omvangrijke codificatie-operatie die in 1992 werd afgerond. Een gecodificeerd systeem gedijt slecht indien gewoonterecht, redelijkheid en billijkheid en verkeersopvattingen daaraan op allerlei plaatsen en op gemakkelijke wijze kunnen derogeren. Dat geldt uiteraard de dwingendrechtelijke regels, maar – zij het in mindere mate – evenzeer voor het aanvullende recht.

Allereerst een paar voorbeelden met betrekking tot dwingend recht. Niet goed verenigbaar met ons goederenrechtelijk systeem is dat de verticale natrekking zoals neergelegd in het stelsel van de artikelen 3:3 en 5:20 BW kan worden doorbroken door een verkeersopvatting *contra legem*. Een wellicht in bepaalde kring levende opvatting dat het gebouw de grond natrekt, zal het afleggen tegen het dwingendrechtelijk systeem. Evenmin verenigbaar met het systeem is mijns inziens dat een verkeersopvatting kan prevaleren boven de regel dat de zaak die op zodanig hechte wijze is verbonden met een andere zaak dat afscheiding niet mogelijk is zonder schade van betekenis bestanddeel is van de zaak (art. 3:4 lid 2 BW).

Over de mogelijkheid van een dergelijke derogerende werking van de verkeersopvatting ten opzichte van dwingend recht heeft de wetgever zich bovendien nooit uitgelaten. Reeds om die reden mag een mogelijk derogerende werking van de verkeersopvatting mijns inziens niet zomaar worden aangenomen. *Contra legem* beslissen aan de hand van de verkeersopvatting, zonder aanwijzing van de wetgever, doet tezeer afbreuk aan de rechtszekerheid.²¹¹ Anders ligt de situatie ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid, waarvan een mogelijk derogerende werking door de wetgever uitdrukkelijk wordt erkend. Daarbij moet echter de – belangrijke – kanttekening worden geplaatst dat de redelijkheid en billijkheid kan derogeren aan wet, gewoonte en rechtshandeling *binnen de rechtsverhouding* tussen schuldenaar en schuldeiser en *tussen partijen* bij een overeenkomst (artikel 6:2 en 6:248 BW).²¹² In die zin kan gesteld worden dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in zekere zin ‘beperkt’ is, en niet zonder meer afbreuk kan doen aan het geschreven wettelijke systeem. Bovendien wordt de rechter door de wetgever tot *terughoudendheid* gemaand en worden aan de derogerende werking ten opzichte van dwingend recht *zware eisen* gesteld.

211 Volgens sommige auteurs staat die rechtszekerheid alleen al door de verwijzing naar de verkeersopvatting onder druk.

212 Zie over de verhouding tussen verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid nader § 5.3 en 5.5.

Eén en ander biedt nog geen sluitende verklaring voor de door mij gestelde aanvullende functie van de verkeersopvatting ten opzichte van *niet dwingende* wettelijke bepalingen (regelend recht). Wijken partijen af van een wettelijke regel, bijvoorbeeld door het opnemen van een exonerationclausule die een beroep op artikel 6:76 BW onmogelijk maakt, dan zal de partijafsprake in beginsel prevaleren. Een rol voor de verkeersopvatting – genoemd in artikel 6:75 BW – lijkt dan uitgespeeld. Wijken partijen niet af van de wettelijke regeling, dan geldt in beginsel de – aanvullende – wettelijke regel (art. 6:76 BW) en zal de verkeersopvatting daaraan niet derogeren.²¹³

Als verklaring voor deze slechts aanvullende werking wijs ik allereerst op het feit dat het Burgerlijk Wetboek van 1992 beduidend verschilt van dat van 1938. Het nieuwe BW ‘ritselt’ van de gemeenplaatsen, onbepaalde begrippen en vage normen.²¹⁴ Deze vorm van wetgevingstechniek leidt tot rechtsvinding *intra legem*. Ten tweede wijs ik op de relatief jonge leeftijd van ons wetboek.

i) *Verwijzing naar de verkeersopvatting leidt tot rechtsvinding intra legem*

Één van de formele functies van de verkeersopvatting – en van onbepaalde begrippen in het algemeen – is haar delegatiefunctie.²¹⁵ Van een onbewuste, of zoals de Duitsers zeggen *Planwidrige*, leemte in de wet is geen sprake.²¹⁶ De wetgever delegeert integendeel bewust een zekere mate van rechtsvormende bevoegdheid aan de rechter.

De ‘poorten in de wet’ die met en door de verkeersopvatting worden gecreëerd, zijn naar mijn mening aanvullend van aard. In hoofdstuk 2 heb ik laten zien dat in de wet vooral naar de verkeersopvatting wordt verwezen indien de mogelijke diversiteit aan gevallen een gedetailleerde wettelijke regeling onmogelijk maken of daar waar het recht zich volgens de wetgever moet kunnen aanpassen aan toekomstige ontwikkelingen binnen de maatschappij.²¹⁷ Hieruit volgt naar mijn mening dat de verkeersopvatting vooral aanvullend aan de geschreven normen werkt, waarbij de gevonden verkeersopvatting bovendien moet passen in het ‘stelsel van de wet’.

Sinds de invoering van het NBW, waarin op verschillende plekken met zoveel woorden naar de verkeersopvatting wordt verwezen, leidt dit onbepaalde begrip tot rechtsvinding *intra legem*. Niet gezegd kan worden dat de rechter die – bij gebreke van een toepasselijke gedetailleerde rechtsregel of duidelijkheid die blijkt uit de rechtshandeling of overeenkomst tussen partijen – recht spreekt aan de hand van de verkeersopvatting, *contraire* aan de wet oordeelt. Die wet *verwijst* hem immers naar de verkeersopvatting. Het betreft daarbij

213 De rechter zal dan gelet op de binding aan de wet in beginsel uitgaan van de gelding van dit artikel. Zie over dit voorbeeld ook § 6.4.3.3.

214 Nieuwenhuis 2007a, p. 87-88.

215 Zie hiervoor § 6.3.3.

216 Zie over het verschil tussen leemten en delegatie of ‘rechterlijke discretie’ § 6.3.3.

217 § 2.4.

een verwijzing naar ongeschreven recht dat het geschreven stelsel van normen aanvult.²¹⁸

ii) De jonge leeftijd van het BW

Hoe jonger een wetboek, des te minder reden is er voor uitspraken in strijd met de wettelijke regeling.²¹⁹ Vrij algemeen wordt aangenomen dat ons vermogensrecht – momenteel – een goede weerslag vormt van de in de maatschappij aanwezige opvattingen.²²⁰ Haazen merkt terecht op:²²¹

‘Het BW is in grote lijnen zelf een goede weerslag van de maatschappelijke opvattingen van deze tijd.’

Ons geschreven recht bestaat thans voor een groot deel uit gecodificeerde ongeschreven regels die onder het oude BW zijn gegroeid. Zo is het arrest *Lindenbaum/Cohen*²²² inspiratiebron geweest voor de redactie van artikel 6:162 BW, terwijl arresten als *Sleepboot Egbertha* en *Radio Holland*²²³ hebben geleid tot de nieuwe wettelijke regeling voor scheepsbestanddelen en scheepstoebehoren in artikel 8:1 BW. Dergelijke aanpassingen van het geschreven recht aan de ontwikkelingen binnen het ongeschreven recht zijn ook reeds zichtbaar in het ‘nieuwe’ BW dat sinds 1992 geldt. Ik wijs bijvoorbeeld op de toevoeging van een nieuw vijfde lid aan artikel 3:310 BW naar aanleiding van onder andere het arrest *Van Hese/De Schelde*.²²⁴ De wetgever tracht met andere woorden om het ‘normatieve raster dat de werkelijkheid omspant’²²⁵ daadwerkelijk te laten aansluiten bij de in de maatschappij levende opvattingen.

Van het Nederlandse geschreven burgerlijk recht kan kortom gezegd worden dat het tracht een weerslag te vormen van de maatschappelijke opvattingen die gelden binnen Nederland en dat het – gelet op de ouderdom ervan – *bij de tijd* is. Op dit moment is daarom aannemelijk dat de verkeersopvatting slechts een aanvullende rol speelt – zelfs ten opzichte van het aanvullende recht – en niet aan de wet derogeert.

Een en ander neemt niet weg dat door het verstrijken van de tijd de wettelijke regels langzaam kunnen vervreemden van de normatieve verwachtingen en daarop gebaseerde verkeersopvattingen in de samenleving. Denkbaar kan dan zijn dat, in bijzondere gevallen, aan de verkeersopvatting derogende

218 Zie over deze verhouding tussen het geschreven en ongeschreven recht nader § 7.2.

219 Uit het kwantitatieve onderzoek van Snijders blijkt dat de ouderdom van wetgeving inderdaad een significante rol speelt bij rechtsvinding contra legem (Snijders 1978, p. 161-162 en 171-172).

220 Sieburgh 2000, p. 217; Asser-Vranken 2005, nr. 56.

221 Haazen 2001, p. 272.

222 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 m.nt. Molengraaff.

223 HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS en HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 m.nt. B. Wachter.

224 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder NJ 2000, 431.

225 Asser-Vranken 2005, nr. 56.

werking wordt toegekend. Te dien aanzien zou ik willen pleiten voor zeer grote terughoudendheid en menen dat van derogerende werking slechts sprake zal kunnen zijn indien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een onverkorte toepassing van de – verouderde – wettelijke regel in het gegeven geval onaanvaardbaar is. Zolang de wetgever zich op dit punt niet heeft uitgesproken, is er geen reden om aan te nemen dat de verkeersopvatting gemakkelijker aan het geschreven recht zal kunnen derogeren dan de redelijkheid en billijkheid.

Mochten zich grote veranderingen en ingrijpende ontwikkelingen in de maatschappij voordoen, dan ligt ingrijpen door de wetgever mijns inziens meer voor de hand.

6.4.3.5 *Onwenselijkheid van verkeersopvattingen contra legem*

Elders zal blijken²²⁶ dat ik geen groot voorstander ben van wat wel ‘volledig vrije’ of ‘autonome’ rechtsvinding wordt genoemd en dat ik evenmin veel heil zie in het loslaten van de gebondenheid aan de wet.²²⁷ Integendeel, ik tracht in het volgende hoofdstuk juist wat handvatten te bieden die kunnen leiden tot een meer heteronome vorm van rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting.

De verwijzing naar de verkeersopvatting leidt tot een zekere mate van rechtsonzekerheid, met name omdat een onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvatting over een specifiek juridisch probleem vaak niet bestaat.²²⁸ De verkeersopvatting speelt immers vooral een rol in twijfelgevallen, bij de beantwoording van meer ‘subtiële rechtsvragen’.²²⁹ Deze – noodzakelijke – vorm van rechtsonzekerheid is te verzachten door zoveel mogelijk te zoeken naar objectieve aanknopingspunten voor de invulling van de verkeersopvatting en door een grondige en duidelijke motivering van de beslissing. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat één van de aanknopingspunten is gelegen in de context van de wet.²³⁰ De verkeersopvatting vervult haar rol niet ‘volledig autonoom’, maar juist binnen een samenhangend wettelijk systeem van geschreven rechtsnormen. Aanknopingspunten voor haar invulling kunnen dan ook bijvoorbeeld gevonden worden in de ratio van de wettelijke regeling, de samenhang tussen wetsartikelen en de verhouding van de verkeersopvatting tot andere wettelijke *topoi*.

Indien wij – zonder aanwijzing daartoe van de wetgever – aannemen dat de verkeersopvatting aan de wet kan derogeren, kunnen dergelijke aanknopingspunten niet langer dienst doen. Meer dan aan een loslaten van de binding

²²⁶ Zie § 7.3.2 en de conclusie van hoofdstuk 7.

²²⁷ § 7.6.5.

²²⁸ § 3.5.2.

²²⁹ Zie § 2.6.2.1 sub ii).

²³⁰ § 7.5.

aan de wet (bijvoorbeeld door erkenning van de mogelijkheid dat de verkeersopvatting aan wettelijke regels derogeert) hebben wij mijns inziens aan een duidelijk en scherp onderscheid tussen het geschreven en het ongeschreven recht en duidelijkheid over de verhouding tussen de verkeersopvatting en het geschreven vermogensrecht.²³¹ Die duidelijkheid bestaat indien – in beginsel – wordt vastgehouden aan binding aan de wet en aan de verkeersopvatting slechts een aanvullende rol wordt toebedeeld.

6.5 CONCLUSIE

Ten aanzien van de functies van verkeersopvattingen kan en moet onderscheiden worden tussen *methodische* en *materiële functies*. De methodische functies gelden voor onbepaalde begrippen in het algemeen, terwijl de materiële functies begripsspecifiek zijn en aangeven waartoe het betreffende begrip wordt gehanteerd.

Als methodische functies van onbepaalde begrippen – zoals de verkeersopvatting – en *Generalklauseln* worden vrij algemeen aangemerkt: de receptiefunctie, transformatiefunctie en delegatiefunctie. Van *receptie* spreekt men indien buitenwettelijke, of zelfs buitenjuridische normen, via het onbepaalde wettelijk begrip ‘het recht ingetrokken’ worden. Van *transformatie* is sprake indien dergelijk kenbare sociale normen ontbreken, maar de rechter desondanks tot een beslissing komt aan de hand van een onbepaald begrip. Zowel in het geval van receptie als van transformatie is sprake van *delegatie* van een zekere mate van rechtsvormende bevoegdheid aan de rechter. Dit is de derde methodische functie van onbepaalde begrippen. In navolging van een aantal Duitse auteurs wijs ik op het fenomeen van de *Funktionswandel*; de ontwikkeling in het recht die wijst op het verminderende belang van de receptiefunctie en de toename van het belang van de transformatiefunctie, ten gevolge van het veelal ontbreken van een eenduidige en kenbare maatschappelijke consensus omtrent het antwoord op rechtsvragen.

Vervolgens besprak ik de materiële functies van de verkeersopvatting, ofwel de vraag wat de rechter precies doet wanneer hij dit begrip hanteert en waartoe het begrip wordt gebruikt. De hoofdfunctie van de verkeersopvatting is gelegen in de *juridische kwalificatie van feiten en omstandigheden*. Van een – dubbel normatieve – beoordeling van gedrag is geen sprake. De verkeersopvatting vormt de schakel tussen een complex van feiten en omstandigheden en een rechtsgevolg. De beslissing is steeds ‘polair’ van aard en de juridische kwalificatie komt dan ook tot stand met behulp van een ‘gesloten concretisering’; een redenering waarbij het oog van de rechtsvinder heen en weer kijkt tussen de feiten en de twee mogelijke, elkaar uitsluitende, rechtsgevolgen.

²³¹ Zie ook § 2.6.2.3 en 7.2.

Een tweede materiële functie van de verkeersopvatting is haar *objectiverende en relativierende functie*. Oogmerk bij hantering van de verkeersopvatting is dat gezocht wordt naar wat *men* vindt (objectivering) en dat het recht zich daarbij kan aanpassen aan de maatschappelijke werkelijkheid (relativering). Met betrekking tot de objectivering besprak ik de problemen die rijzen ten aanzien van consensus. Van consensus *vooraf* en de mogelijkheid om de relevante kring van personen af te bakenen, blijkt vaak geen sprake. Belangrijk is in gevallen waarin consensus vooraf ontbreekt, dat de gevonden verkeersopvatting en beslissing *werfkracht achteraf* bezit. Deze werfkracht wordt bevorderd, niet zozeer door te pogen de in het verkeer levende opvattingen daadwerkelijk te achterhalen, maar door – met behulp van traditionele rechtsvindingsmethoden – te zoeken naar objectieve en toetsbare aanknopingspunten voor de beslissing en door die beslissing goed te motiveren. Objectivering noopt voorts steeds tot relativering. Het gaat niet alleen om de vraag wat *men* vindt, maar eveneens om de vraag of men dat *nog steeds* vindt en of men *hetzelfde* vindt ten aanzien van licht afwijkende situaties.

Ten slotte betoogde ik dat de verkeersopvatting naar mijn mening – slechts – aanvullende werking heeft en in beginsel ook zou moeten hebben. Ik beschreef, aan de hand van het gewoonterecht en de redelijkheid en billijkheid, het uitzonderlijke karakter van een mogelijk derogerende werking van ongeschreven recht. Gelet op het in Nederland gehanteerde uitgangspunt van *binding aan de wet* wordt aan de derogerende werking van ongeschreven recht zware eisen gesteld en zal zij slechts in uitzonderingsgevallen voorkomen en gedegen gemotiveerd moeten zijn. Ten aanzien van de verkeersopvatting merkte ik vervolgens op dat de wetgever zich over een mogelijk derogerende werking daarvan nooit heeft uitgelaten. Ik illustreerde aan de hand van jurisprudentie dat beslissingen *contra legem* aan de hand van de verkeersopvatting – behoudens één beschreven misslag – tot op heden niet voorkomen en gaf daarvoor een tweetal verklaringen. De eerste verklaring is gelegen in de bewuste keuze van de wetgever voor verwijzing naar het onbepaalde begrip verkeersopvatting. Een dergelijke verwijzing leidt tot rechtsvinding *intra legem*, waarbij het wettelijk stelsel mede de context vormt voor invulling van de verkeersopvatting. Ten tweede is een verklaring voor de aanvullende werking van de verkeersopvatting gelegen in het feit dat het BW een weerslag vormt van de opvattingen die gelden binnen Nederland en dat ons vermogensrecht *bij de tijd* is. Ten slotte betoogde ik dat de verkeersopvatting niet alleen – momenteel – slechts aanvullend werkt, maar dat dit, mijns inziens, ook zo dient te blijven. De – noodzakelijke – onzekerheid die dit begrip met zich brengt kan tot aanvaardbare proporties worden teruggebracht door uit te gaan van binding aan de wet en door slechts aanvullende werking van de verkeersopvatting aan te nemen. Van een derogerende werking van de verkeersopvatting zal geen sprake (mogen) zijn, behoudens zeer zwaarwegende argumenten (niet alleen de gewijzigde verkeersopvatting *sec*) en zeer bijzondere omstandigheden.

7 | Heuristiek en legitimatie

7.1 INLEIDING

In hoofdstuk 3 bleek dat het begrip verkeersopvatting verwijst naar ongeschreven recht en niet naar feitelijke bestaande verkeersopvattingen in de letterlijke zin van het woord. Vaak zijn de juridische vragen waarvoor aan de hand van de verkeersopvatting een oplossing gevonden moet worden zeer juridisch-technisch en ingewikkeld van aard.¹ Een juridisch relevante opvatting die uitsluitel geeft over die vragen ontbreekt dan in het maatschappelijk verkeer. In alle gevallen waarin de opvatting in het verkeer niet onmiddellijk evident is, vormt het begrip een aanknopingspunt voor de rechtsvinding en verwijst het naar ongeschreven recht voor het oplossen van typisch juridisch-technische vragen in het concrete geval.

In dit hoofdstuk tracht ik, met inachtneming van de geschetste theoretische achtergronden van de verkeersopvatting, een aanzet te geven voor de beantwoording van de vraag *hoe* haar inhoud achterhaald kan en moet worden. Wat zijn de methoden van rechtsvinding die moeten of kunnen worden gebezigd om te komen tot concretisering van de verkeersopvatting?² Kernvraag is kortom *hoe* rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting plaatsvindt. Aan de orde komt allereerst de verhouding tussen het geschreven en ongeschreven recht (§ 7.2). Daarna knoop ik, voor het vinden van bruikbare methoden van rechtsvinding, aan bij de specifieke kenmerken en functies van de verkeersopvatting (§ 7.3). Ik bespreek vervolgens een drietal contextgebonden handvatten voor methoden van rechtsvinding: de wet, het specifieke geval en de veranderende maatschappij (§ 7.4-7.7). Daarmee behandel ik de fase van de heuristiek. Over de legitimatie van de beslissing aan de hand van de verkeersopvatting gaat ten slotte § 7.9.

1 Zie nader § 3.5.2.

7.2 DE VERHOUDING TUSSEN GESCHREVEN EN ONGESCHREVEN RECHT

De verhouding tussen het geschreven en het ongeschreven recht is gecompliceerd en meervoudig. Ongeschreven recht speelt op meerdere wijzen en op verschillende niveaus een rol in het systeem van ons vermogensrecht.²

Aan de éne kant hanteert de rechter ongeschreven recht bij de *uitleg* van het geschreven recht. Ongeschreven recht bepaalt mede de uitleg van wetsbepalingen en hun reikwijdte. De rechter maakt dan gebruik van ongeschreven recht, zoals de redelijkheid en billijkheid, de goede zeden of de verkeersopvatting, als *hulpmiddel* bij de uitleg van wettelijke bepalingen en begrippen. De rechter *neemt* in dat geval ruimte bij de uitleg van wettelijke bepalingen, ook als die ruimte door de wetgever ogenschijnlijk niet geboden wordt.³

Aan de andere kant wordt ongeschreven recht in Nederland naast de wet erkend als zelfstandige rechtsbron bij het oplossen van gevallen die niet in de wet zijn geregeld.⁴ Ongeschreven recht wordt dan gehanteerd als *zelfstandig beslissingscriterium* bij het oplossen van rechtsvragen. Het ongeschreven recht is in die gevallen niet zozeer een 'hulpmiddel bij uitleg' of 'begrenzer van de reikwijdte' van een wettelijke bepaling, maar bepaalt – mede – de rechtsnorm zelf, en is aanknopingspunt voor rechtsvinding.

In deze laatste hoedanigheid van *beslissingscriterium* kan het ongeschreven recht op tweeërlei wijze opduiken. Ten eerste daar waar de wet expliciet of impliciet(er) naar het ongeschreven recht verwijst, zoals bijvoorbeeld in artikel 5:1 lid 2 en 6:162 lid 2 BW, of daar waar de wetgever verwijst naar bijvoorbeeld de verkeersopvatting, de redelijkheid en billijkheid of de gewoonte. De wetgever zal gebruik maken van beslissingscriteria in de vorm van onbepaalde begrippen die verwijzen naar ongeschreven recht, indien de te regelen materie te weerbarstig of divers is of indien hij ruimte wil laten aan de ontwikkelingen in maatschappij en recht.⁵ Ten tweede vervult het ongeschreven recht zijn rol als beslissingscriterium ook wel *zonder* wettelijke verwijzing. De rechter hanteert dan bijvoorbeeld de verkeersopvatting als beslissingscriterium zonder dat een wettelijke verwijzing hem daartoe aanzet op aanspoort.⁶

De grens tussen uitleg c.q. bepaling van de reikwijdte van de wet enerzijds en het gebruik van bijvoorbeeld de verkeersopvatting als beslissingscriterium

2 Zo ook Hartkamp 1992, p. 21-24 en 28, en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 26-27. Zie ook Brunner 1988, p. 454-460. Zie over de niveaus waarop de verkeersopvatting een rol speelt § 4.4.

3 Hartkamp 1992, p. 21-24, wijst m.i. terecht op het feit dat ongeschreven recht als rechtsbron wordt gebruikt ook bij de uitleg van wetsartikelen die geen onbepaalde begrippen bevatten. Hij benadrukt de – gecodificeerde – vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet en de mogelijkheid van het zoeken van een billijke oplossing in het concrete geval. Zie hierover M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1024.

4 Zo ook Hartkamp 1992, p. 21.

5 Zie § 2.4.1 en 2.4.3. Zo ook Reurich 2005, p. 175.

6 In zijn monografie (2007, nr. 28) bepleit Rogmans een restrictief gebruik van het begrip verkeersopvatting; te weten een beperking tot die gevallen waarin de wet naar de verkeersopvatting verwijst. Zie voor mijn opvatting § 2.6.2.2 sub ii).

of rechtsnorm anderzijds, is niet steeds gemakkelijk aan te geven en voornamelijk theoretisch van aard.⁷

In alle gevallen leidt hantering van ongeschreven recht tot *receptie* van buitenwettelijke waarden en normen⁸ of tot *transformatie*, de vorming van nieuwe concrete rechtsregels, indien dergelijke buitenwettelijke waarden en normen niet voorhanden zijn.⁹ Vaak – maar niet steeds¹⁰ – vindt deze receptie plaats via het geschreven recht, doordat de wetgever ‘open’ beslissingsregels heeft geformuleerd die de rechter de gewenste ruimte voor receptie of transformatie laten. Deze ruimte is echter niet grenzeloos. Het ongeschreven recht, en dus ook de verkeersopvatting, speelt niet een volledig zelfstandige rol, maar verhoudt zich steeds tot het systeem van de wet en de geschreven rechtsregels. Het betreft enerzijds een verhouding tot de beslissingsregel waarin de verwijzing naar het ongeschreven recht is opgenomen en anderzijds een verhouding tot het stelsel van de wet.¹¹

Thans meer over de eerstgenoemde verhouding tussen het geschreven en het ongeschreven recht en een poging tot verduidelijking van de wijze waarop receptie en transformatie plaats vindt. De tweede verhouding, die tussen de verkeersopvatting en andere wettelijke regels binnen het systeem van het vermogensrecht, is deels al eerder aan de orde gekomen¹² en ik zal daarop hierna terugkomen.¹³

De verkeersopvatting is een onbepaald begrip dat, zoals alle onbepaalde begrippen en vage normen, bij uitstek voorkomt in beslissingsregels. In kader daarvan allereerst een algemene paragraaf over beslissingsregels en de receptie van ongeschreven recht (§ 7.2.1). Vervolgens bespreek ik de wijze van receptie van ongeschreven gedragsnormen (§ 7.2.1.1) en andere opvattingen over behoren, zoals verkeersopvattingen (§ 7.2.1.2). Ik geef ten slotte aan waarom het onderscheid tussen beslissingsregels en andere – inhoudelijke – normen van belang is (§ 7.2.2).

7 Zie nader § 4.4.2.3, waar ik dit uit de doeken doe o.a. aan de hand van het arrest Donkers/Scholten.

8 Teubner (1971, p. 23-36) spreekt ten aanzien van de *guten Sitten* over receptie van *Sozialmoral*.

9 Zie over deze receptie- en transformatiefunctie nader § 6.3.1. en 6.3.2.

10 Anders is het indien ongeschreven recht voor de rechtsvinding wordt gehanteerd zonder expliciete verwijzing daarnaar in de wet. Zie m.b.t. de verkeersopvatting nader § 4.4.2.2. sub ii).

11 Reurich 2005, p. 83-90, wijst in navolging van Meijers in dit verband op de eis van coherentie van het vermogensrechtelijke systeem als geheel. De inpassing van civielrechtelijke instrumenten – zoals redelijkheid en billijkheid – in het systeem is één van de door hem genoemde methoden voor de ‘articulatie’ van vage normen.

12 § 4.5.5 en 6.4.3.

13 § 7.5.

7.2.1 Receptie via het geschreven recht

Het ongeschreven recht sijpelt met name door in het rechtssysteem via onbepaalde begrippen¹⁴ en zogenaamde *beslissingsregels*. Dit geldt stellig voor de verkeersopvatting, die steeds bij uitstek is opgenomen in beslissingsregels. Het verschil tussen beslissingsregels en andersoortige normen kan het beste worden uitgelegd door de *beslissingsregel* af te zetten tegen de *gedragsnorm*. Vervolgens betrek ik de verkeersopvatting in mijn betoog.

Het recht ordent voor de burger de samenleving en maakt duidelijk welke regels gelden en welk gedrag gewenst of ongewenst is.¹⁵ Zo bepaalt artikel 310 Sr. – kort gezegd – dat diefstal gestraft wordt.¹⁶

Het civiele recht is minder directief en richt zich minder met duidelijke gedragsnormen tot de burger. De gedragsnormen die in de wet zijn opgenomen, zijn vaak zo ruim dat zij veel meer een beslissingsfunctie vervullen dan een gedragsnormerende functie.¹⁷ Enerzijds is het civiele recht ordenend en gedragsnormerend van aard, anderzijds is het veelal een handleiding voor de rechter; een wegwijzer voor het vinden van de juiste beslissing in het concrete geval.¹⁸ Daartoe bevat het BW in plaats van duidelijke geschreven gedragsnormen veel beslissingsregels. De term *beslissingsregels* komt van Drion,¹⁹ die deze beslissingsregels afzet tegen *gedragsnormen*. Beslissingsregels zijn regels waarvan de primaire functie is aan te geven hoe in bepaalde conflictsituaties door de rechter moet worden beslist.²⁰ Ze richten zich tot de rechter en dienen als instrumentarium voor het oplossen van geschillen.²¹ Daarnaast geven deze regels aan hoe partijen elkaar moeten tegenspreken bij hun geschillen over bijvoorbeeld eigendom, overeenkomst en onrechtmatige daad.²²

14 Zo ook De Smidt 1954, p. xxxiv.

15 Zo ook Pels Rijcken 1979, p. 311.

16 Volledigheidshalve merk ik op dat ook in het strafrecht de gedragsnorm slechts impliciet uit de wet volgt. In art. 310 Sr. staat immers niet: 'U mag niet stelen'. Ook het strafrecht bevat in die zin slechts rechtsregels die aan de gedragsnorm een rechtsgevolg koppelen. Wel valt veelal voor de burger duidelijk(er) uit de delictomschrijving af te leiden wat onder het ongewenste (strafbare) gedrag moet worden verstaan. Zo bepaalt art. 310 Sr: 'Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt als schuldig aan diefstal gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.'

17 Bijv. de gedragsnorm in art. 6:2 lid 1 BW: 'Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid'.

18 Deze gedachte is niet nieuw. Zij werd reeds uitgesproken door Hijmans in 1938, in zijn bijdrage voor het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, p. 177. Hijmans verwijst t.a.p. op zijn beurt naar Hamaker, die in zijn boek *Recht en maatschappij* uit 1888 hetzelfde constateert.

19 H. Drion 1973, p. 56.

20 H. Drion 1973, p. 57.

21 H. Drion 1973, p. 56.

22 Nieuwenhuis 2007a, p. 2.

Betekent dit dat beslissingsregels in het geheel geen ordenende en gedragsregulerende functie hebben? Nee. Beslissingsregels of *open normen* vervullen, evenals receptregels en concrete of technische rechtsregels, een belangrijke ordenende functie in het rechtssysteem.²³ De formulering van dergelijke open normen suggereert vaak ook een gedragsnormerende functie. Met andere woorden; beslissingsregels richten zich niet alleen tot de rechter, maar ook tot de burger en vormen ordenend recht, naast de specifieke functie die zij vervullen voor de rechter.²⁴ Hun gedragsnormerende effect is het gevolg van de *verwachtingsfunctie* of *voorspellingsfunctie* die iedere rechtsregel bezit, of zij nu vaag is of expliciet.²⁵ Het is deze verwachtingsfunctie die tot op grote hoogte borg staat voor de rechtszekerheid binnen een samenleving.²⁶

De ordenende rol van het ongeschreven recht wordt vaak pas duidelijk op het moment dat een verstoring van de dagelijkse normale gang van zaken optreedt.²⁷ Ik geef een voorbeeld aan de hand van de verkeersopvatting. De koper van een huis die het pand van de verkoper geleverd krijgt zonder voordeur zal vreemd staan te kijken.²⁸ Hij wordt beschaamd in de *normatieve verwachtingen* die hij op grond van het – ongeschreven – recht mag koesteren.²⁹ Een voordeur is naar verkeersopvatting bestanddeel van een huis (art. 3:4 lid 1 BW), hoezeer de deur ook gemakkelijk en zonder schade verwijderbaar is. Levering van woonhuizen die over een voordeur beschikken zonder die voordeur, is op grond van dit ongeschreven recht, in samenhang met het geschreven recht (art. 5:3 jo. 3:84 jo. 3:89 BW), ongebruikelijk en tevens onacceptabel. Levering van huizen waarvan de voordeur ontbreekt, komt in Nederland weinig voor. Mij zijn althans geen gevallen bekend. De evidente verkeersopvatting dat een voordeur bestanddeel is van het huis leidt kennelijk tot normconform gedrag bij de levering van huizen (levering van de zaak ‘huis’ inclusief haar bestanddelen, waaronder ‘voordeur’). Aan het ordenende en regulerende vermogen van de verkeersopvatting komt in dit voorbeeld geen rechter te pas.³⁰

Dat ook vage normen en sommige onbepaalde begrippen een verwachtings- en voorspellingsfunctie vervullen en daardoor normerend en gedragsregule-

23 Zie voor een theorie over het gedragsregulerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid: Reurich 2005, *De articulatie van gedragsnormen*.

24 Zie bijv. over deze verschillende rollen van de open norm van art. 6:2 en 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) nader § 5.3.1.

25 Volgens Reurich (2005, p. 62-65 en 96) blijft de normatieve dimensie van het dagelijkse leven niet beperkt tot ‘in regels gearticuleerde normen’ die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven. De normatieve dimensie kan volgens hem ook in ‘een praktische gang van zaken besloten liggen’ zonder voorafgaande regel.

26 H. Drion 1973, p. 54-55 en 61.

27 Zo ook: Reurich 2005, p. 96 en 183. Vergl. Brunner 1996, p. 11.

28 Ik gebruikte dit voorbeeld eerder in § 3.5.1 om te illustreren dat de verkeersopvatting steeds naar ongeschreven recht verwijst.

29 Vergl. Reurich 2005, p. 95-96.

30 Zie over deze onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvattingen ook § 3.5.1.

rend werken is kortom helder.³¹ De mens is in staat om evident onbillijk gedrag en evident maatschappelijk onbetamelijk gedrag te herkennen zonder dat er een rechter aan te pas komt.³² Hetzelfde geldt voor evident redelijk en betamelijk gedrag en voor evidente verkeersopvattingen.³³ Beslissingsregels spelen dus een grotere rol dan alleen als hulpmiddel voor de rechter om het omslagpunt tussen redelijk en onredelijk, betamelijk en onbetamelijk of toerekenbaarheid en niet-toerekenbaarheid te bepalen.

Het onderscheid tussen gedragsnormen en beslissingsregels is niet scherp in die zin dat het zou gaan om twee geheel verschillende soorten (rechts)regels. Het gaat volgens Drion om een onderscheid tussen de verschillende functies van regels. De éne rechtsregel heeft voornamelijk een *gedragsregulerende functie*, terwijl in de andere rechtsregel de *beslissingsfunctie* centraal zal staan.³⁴ Veel regels zullen beide functies – in meer of mindere mate – in zich verenigen. Zo is de verkeersregel dat weggebruikers zoveel mogelijk rechts moeten houden een typische gedragsregel. In een proces over een verkeersongeval kan deze regel echter een – bescheiden – beslissingsfunctie gaan vervullen. Andersom kan een uitspraak aan de hand van een beslissingsregel gedragsregulerend werken.

Beslissingsregels ontlenen hun functie niet zozeer aan het ordenende vermogen dat zij hebben, maar meer in het bijzonder aan hun rol bij het bepalen van een juridisch relevant omslagpunt en bij de oplossing van geschillen ten gevolge van verstoring van de normatieve verwachting. In die zin zijn zij cruciaal voor de ontwikkeling van het recht en de ordening van de maatschappij. Iedere beslissing in concreto voegt immers iets toe aan het systeem.³⁵

7.2.1.1 Receptie van ongeschreven gedragsnormen via beslissingsregels

Beslissingsregels laten, als toe te passen instrumentarium voor rechter en partijen, vaak aan duidelijkheid te wensen over.³⁶ Ik geef een voorbeeld. Artikel 6:162 BW bepaalt dat handelen of nalaten in strijd met hetgeen in het maatschappelijke verkeer betaamt als onrechtmatige daad wordt aangemerkt en verplicht tot schadevergoeding. Erg duidelijk is deze regel op het eerste

31 Hoe dat precies gebeurt, blijft lastig te beschrijven en te verklaren; zie voor een theorie daarover bijvoorbeeld de dissertatie van Reurich (2005).

32 Scholten (Asser-Scholten 1974, p. 127) merkt in dit verband treffend op: 'Het rechtsbewustzijn is vooral een bewustzijn van *onrecht*.'

33 Zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 93-94; Nieuwenhuis 1976, p. 509-510 en voor wat voorbeelden van evidente verkeersopvattingen § 3.5.1.

34 Andere functies die Drion (1973) noemt zijn: de situeringsfunctie, de voorspellings- of verwachtingsfunctie en de regulatieve of receptfunctie.

35 Zo leert Scholten ons in zijn algemeen deel: Asser-Scholten 1974, p. 11-12.

36 Ik beoog hiermee slechts een feitelijke constatering en geen waardeoordeel, in die zin dat ik niet, zoals Barendrecht, pleit voor een stelsel met 'scherpere' normen en afschaffing van open normen.

gezicht niet. Wat '(on)betamelijk' is in het maatschappelijke verkeer moet blijken uit het 'ongeschreven recht' (art. 6:162 lid 2 BW).

Een voorbeeld van zo'n ongeschreven gedragsnorm is: 'laat in de halfduistere gang van een café geen kelderluiken openstaan'.³⁷ Het herleiden van de concrete gedragsregel gebeurt in het kader van de *open norm* van artikel 6:162 BW. De beslissingsregel is in dit voorbeeld de regel dat maatschappelijk onzorgvuldig gedrag gesanctioneerd wordt met de verplichting tot het betalen van schadevergoeding. Deze beslissingsregel verwijst de rechter naar het ongeschreven recht en noopt tot nadere uitleg van het onbepaalde begrip 'maatschappelijke betamelijkheid'. De – ongeschreven – gedragsnorm is dat de betrokkene in de gegeven omstandigheden het kelderluik in de donkere cafégang niet zomaar open had mogen laten staan. Aan dit maatschappelijk onzorgvuldige gedrag knoopt de beslissingsregel een rechtsgevolg vast, namelijk de verplichting tot het betalen van schadevergoeding. De *concrete rechtsregel* dat het open laten staan van een kelderluik in een donkere gang leidt tot een verplichting tot schadevergoeding, is alleen af te leiden uit de combinatie van het ongeschreven en het geschreven recht.

Terecht merkt Drion op dat gedragsnormen niet alleen door de wetgever in de wet worden opgenomen, maar juist vaak worden ontwikkeld binnen het kader van 'blanketnormen' (ook wel vage, blanco of open normen³⁸). In wettelijke beslissingsregels die onbepaalde begrippen bevatten gaan de beslissingsfunctie en de gedragsregulerende functie dan ook op een gecompliceerde manier samen.³⁹

Naast de belangrijke ordenende functie is de *primaire functie* van de beslissingsregel aangeven hoe in een conflictsituatie dient te worden beslist, bijvoorbeeld aan de hand van het ongeschreven recht, de redelijkheid en billijkheid of de goede zeden. *Secundaire functie* is dat de beslissing een gedragsnorm omvat. Zo zijn aan de hand van één van de beslissingsregels in artikel 6:162 lid 2 BW – als onrechtmatige daad wordt aangemerkt een doen of nalaten in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt – inmiddels verschillende duidelijke gedragsnormen geformuleerd. Wij weten dat we geen kelderluiken open mogen laten staan in donkere gangen van een café en dat we tijdens een potje voetbal niet mogen 'natrappen', maar dat het laten zwiepen van een tak tijdens een boswandeling of het achteruitstappen bij een bushalte waardoor een ander valt, niet per definitie onrechtmatig is.⁴⁰

Aan de hand van een ruime beslissingsregel worden dus concrete gedragsnormen geformuleerd. Deze gedragsnormen zijn niet direct terug te vinden

37 Het voorbeeld is uiteraard ontleend aan HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*).

38 Zie over de terminologie § 2.3.2.

39 Zo ook H. Drion 1973, p. 58.

40 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*); HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 m.nt. CJHB (*Dekker/Van der Heide of Natrappen*); HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (*Werink/Hudepohl of zwiepende tak*) en HR 11 december 1987, NJ 1988, 393 m.nt. G (*Bushalte*).

in het geschreven recht. Slechts uit de combinatie van de geschreven *beslissingsregel* en de ongeschreven *gedragsnorm* kan de *rechtsregel* voor het specifieke geval worden gedestilleerd. Hierin toont zich de verstrengeling van recht en maatschappij. De ongeschreven gedragsnorm die de rechtsregel in een concreet geval mede vormgeeft, geldt op een bepaald moment in een bepaalde samenleving.

7.2.1.2 Receptie van verkeersopvattingen via beslissingsregels

Hetzelfde geldt bij het gebruik in beslissingsregels van onbepaalde begrippen die niet onmiddellijk naar gedragsnormen verwijzen. De verkeersopvatting vormt daarvan een sprekend voorbeeld. Dit onbepaalde begrip verwijst niet naar een gedragsnorm maar naar *andere opvattingen over behoren*.⁴¹ Verkeersopvattingen zijn *normatieve niet-gedragsnormen*; het zijn de geldende opvattingen over het rechtsgevolg dat aan een bepaald complex van feiten en omstandigheden moet worden verbonden.

Ook in deze gevallen moet eerst de betekenis van het onbepaalde begrip in het concrete geval gevonden of vastgesteld worden, voordat een beslissing aan de hand van de beslissingsregel mogelijk is. Voorbeeld van zo'n beslissingsregel is te vinden in artikel 6:228 lid 2 BW. Een overeenkomst is – onder meer – niet vernietigbaar op grond van dwaling indien die dwaling in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

De aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de omstandigheden van het geval zullen door de rechter nader moeten worden vastgesteld en geconcretiseerd alvorens een beslissing over de vernietigbaarheid kan volgen.⁴² Ook in dit geval is de *rechtsregel* in het concrete geval slechts af te leiden uit een combinatie van de geschreven *beslissingsregel* en de ongeschreven *opvatting over behoren*.

Ik noem een voorbeeld van een verkeersopvatting die met behulp van analoge toepassing⁴³ van de beslissingsregel van artikel 6:228 lid 2 BW werd 'gevonden'. Uit verschillende arresten en uitspraken van zowel de Hoge Raad

41 Zie § 4.2 en 5.2.3.

42 Dat dit niet gemakkelijk is moge ten aanzien van het begrip 'aard van de overeenkomst' blijken uit de afscheidsrede van Mendel 2003, 'Motiveren met: "de aard van de overeenkomst" en "de aard van de rechtsregel"'.
 43 Van analoge toepassing is in dit geval sprake omdat de regel van 6:228 lid 2 BW, die in beginsel is geschreven voor dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten, van toepassing wordt geacht op de erkenning van aansprakelijkheid; een eenzijdige gerichte rechtshandeling. Zie hierover de annotatie van Mendel (sub 2) onder HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 (Gem. Maastricht/Taxi Centrale Cral).

als de Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf⁴⁴ blijkt dat de onjuistheid van de erkenning door een verzekeraar van aansprakelijkheid van zijn verzekerde op grond van een rapport van een deskundige, voor rekening en risico van de verzekeraar en diens verzekerde komt. Indien later door nader onderzoek blijkt dat de aansprakelijkheid of het causale verband tussen de verzekerde gebeurtenis en de schade minder vanzelfsprekend is dan deze deskundige eerder rapporteerde, kunnen de verzekeringsmaatschappij en verzekerde desondanks geen beroep doen op dwaling.⁴⁵

‘(...) de omstandigheid dat het rapport van de deskundige achteraf onjuist of ondeugdelijk wordt bevonden behoort krachtens de in het verkeer geldende opvattingen in de verhouding tot de derde voor rekening van de verzekeraar en diens verzekerde te komen.’

Ook waar het andere opvattingen over behoren dan gedragsnormen betreft, wordt dus aan de hand van een ruime beslissingsregel een concrete verkeersopvatting geformuleerd. Deze verkeersopvatting is niet direct terug te vinden in het geschreven recht. Slechts uit de combinatie van de geschreven beslissingsregel (dwaling behoort in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval soms voor rekening van de dwalende te blijven) en de verkeersopvatting (een achteraf onjuist blijvende erkenning van aansprakelijkheid behoort in de verhouding tot de derde voor rekening van de verzekeraar en diens verzekerde te komen), kan de *rechtsregel* voor het specifieke geval worden gedestilleerd (het beroep op dwaling wordt in dit geval niet gehonoreerd).

Net als bij de ongeschreven gedragsnormen toont zich hier de verstrengeling tussen recht en maatschappij. Wellicht nog meer dan voor de ongeschreven gedragsnorm geldt bovendien voor de verkeersopvatting dat deze geldt op een bepaald moment in een bepaalde samenleving.⁴⁶

7.2.1.3 Voordelen van hantering van beslissingsregels

Bij de hantering van beslissingsregels dient de *rechtsregel* in het concrete geval door de rechter eerst ‘gevonden’ te worden met behulp van het ongeschreven recht en aan de hand van de geschreven beslissingsregel. Een voordeel daarvan

44 Zie: HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 m.nt. MMM (Gem. Maastricht/Taxi Centrale Crals) en Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf I-92/39, VR 1993, 141, gezamenlijk besproken door M.M.C.J.M. de Nerée tot Babberich, ‘Mag verzekeraar terugkomen op een éénmaal gedane erkenning van aansprakelijkheid?’, Vrb 1992/12, p. 88-89. Zie ook HR 19 september 2003, NJ 2003, 619 (R/ Stichting Ziekenhuisvoorzieningen Gelderse Vallei) en P. Clausing, TvC 1989/4, p. 291-294.

45 HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 m.nt. MMM (Gem. Maastricht/Taxi Centrale Crals), r.o. 3.4, laatste alinea.

46 Zie over deze ‘temporele werking’ § 4.3, 4.5.4.1 en 7.7.2 sub ii).

is dat de ongeschreven opvattingen over *behoren* – gedragsnormen en andere opvattingen over behoren – kunnen wijzigen zonder dat de beslissingsregels (het geschreven recht) aangepast behoeft te worden.⁴⁷ Het recht volgt als het ware de ontwikkelingen en veranderende opvattingen in de maatschappij, zonder dat daarvoor een wetwijziging noodzakelijk is. Het gevolg van veel wettelijke regels met in overwegende mate een beslissingsfunctie is dan ook een gecompliceerde wisselwerking tussen recht en maatschappij.

Het ongeschreven recht beweegt mee met de ontwikkelingen in de maatschappij en met de daarin veranderende opvattingen, terwijl de – ruim geformuleerde – geschreven beslissingsregel onveranderd blijft.⁴⁸ Bovendien bieden de ruim geformuleerde beslissingsregels ruimte voor de beoordeling van ‘nieuwe’ gevallen en situaties, die zich niet eerder hebben voorgedaan.⁴⁹ Het aantal concrete gedragsnormen en verkeersopvattingen dat in het kader van een open norm gevonden kan worden is daarnaast schier oneindig, zodat het mogelijk is binnen het kader van een beslissingsregel een genuanceerd netwerk van subregels te ontwikkelen.⁵⁰ In het kader van de open norm in artikel 6:162 lid 2 – de maatschappelijke (on)betamelijkheid – kennen wij bijvoorbeeld aparte subregels voor sport- en spelsituaties, huis- tuin- en keukenongevallen, milieuverontreiniging, gevaarstelling, profiteren van andermans wanprestatie etc.

Verskillende soorten gevallen zijn als het ware tot categorieën gegroepeerd en *Fallgruppen* geworden.⁵¹ Anders dan Barendrecht stelt,⁵² bieden beslissingsregels dan ook mogelijkheden tot rechtsverfijning en nuancering. De rechtsontwikkeling stopt door hantering van open normen niet zozeer, maar vertakt en verfijnt zich.⁵³

7.2.2 Belang van het onderscheid tussen beslissingsregels en meer concrete rechtsnormen

Het onderscheid tussen de verschillende functies van rechtsregels is van belang voor de wijze waarop deze regels een rol vervullen binnen het rechtssysteem. Beslissingsregels die verwijzen naar ongeschreven recht, zoals rechtsnormen

47 Ook Hijmans wijst op het statische karakter van de wettelijke regel, tegenover het dynamische karakter van de regel die kan worden afgeleid uit de op grond van de feiten gevonden beslissing, zie Hijmans 1938, p. 170.

48 Vergl. Hijmans 1938, p. 170.

49 Zie hierover § 2.4.1 en 2.4.3.

50 Hesselink 1999, p. 49 en 57-58, spreekt in navolging van Duitse schrijvers over een ‘binnensysteem’ of ‘subsysteem’. Hij verwerpt de vorming van een dergelijk binnensysteem ter invulling van de redelijkheid en billijkheid (p. 426-433), maar meent dat dit wel bruikbaar is bij andere open normen, zoals in het hier gegeven voorbeeld (p. 428).

51 Zie nader § 7.6.2 sub iii).

52 Barendrecht 1992, p. 71-73 en 280.

53 Dit neemt overigens niet weg dat open normen de jurist voor aanzienlijke rechtsvindingsproblemen kunnen plaatsen.

met een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid, goede zeden, verkeersopvatting, in Nederland levende rechts-overtuigingen etc., leiden onherroepelijk tot een vorm van – meer of minder – autonome rechtsvinding door de rechter.

Dat een juridische vraag moet worden opgelost aan de hand van een min of meer open beslissingsregel en met behulp van ongeschreven recht, heeft gevolgen voor zowel de heuristische fase – het daadwerkelijk ‘vinden’ van het recht – als de fase waarin het gevonden oordeel in het concrete geval gelegitimeerd – gemotiveerd – wordt. Kernvraag in dit hoofdstuk is uiteraard *hoe* rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting nu eigenlijk zijn beslag krijgt.⁵⁴

Allereerst schets ik echter nog een viertal eigenschappen die beslissings-regels onderscheiden van andere – meer concrete – rechtsnormen. Het zijn deze eigenschappen die mijns inziens de aard van beslissingsregels en hun werking binnen het rechtssysteem bepalen. Ik noem het verschil in geadresseerde, in formulering, in gedragsnormerend effect en in moment van activering.

7.2.2.1 *Vershil in geadresseerde*

Een eerste verschil tussen beslissingsregels en andersoortige rechtsregels is de geadresseerde van de rechtsnorm. Gedragsnormen richten zich primair tot de burger en vervullen daarnaast een rol in juridische procedures. Beslissingsregels richten zich primair tot de jurist, in het bijzonder tot de rechter en vervullen alleen in secundaire zin een gedragsnormerende rol. Receptregels, die een voornamelijk imperatieve functie hebben, richten zich tot zowel de burger als de jurist. De vraag wie geadresseerde is van een rechtsnorm heeft invloed op de formulering van de regel.

7.2.2.2 *Vershil in formulering*

Het spreekt voor zich dat gedragsregels duidelijk, bevattelijk en ondubbelzinnig moeten zijn voor niet-juristen. Ook de juridische leek moet kunnen begrijpen welk gedrag voorgeschreven, toegestaan of juist verboden is, zodat hij zijn gedrag op deze regels kan afstemmen. Dit is van belang met het oog op de rechtszekerheid. Voor beslissingsregels geldt het vereiste van ondubbelzinnigheid en bevattelijkheid voor leken in veel mindere mate. Deze regels moeten technisch-juridisch duidelijk zijn voor juristen. Of zij begrijpelijk zijn voor niet-

54 Zie § 7.4-7.8. De legitimatie van de beslissing komt aan de orde in § 7.9. Daar zal blijken dat aan de motivering van een beslissing genomen aan de hand van een beslissingsregel andere eisen kunnen en moeten worden gesteld dan bij subsumptie van een geval onder een gedragsnorm of ‘scherpe’ norm.

juristen is minder relevant. In dit verband merkt regeringscommissaris W. Snijders op:⁵⁵

‘Er zijn beslissingsregels en er zijn gedragsregels. Die moeten alle duidelijk zijn. Daarover kan geen twijfel bestaan.

Echter, de mate van duidelijkheid en vooral het soort van duidelijkheid is bij gedragsregels anders dan bij de beslissingsregels, regels waarmee de praktijk pas te maken krijgt, wanneer er iets mis is gegaan: daarbij ligt het accent sterk op de ondubbelzinnigheid, die meestal, slechter [bedoeld zal zijn: slechts, *PM*] kan worden verkregen door een duidelijke technische terminologie. Bij de gedragsregels ligt het accent meer op de bevattelijkheid. Daarmee moet men rekening houden, evenals met de kring van justitiabelen, waartoe de gedragsregels zich richten.’

En:

‘Wanneer het gaat om regels die de mensen zelf rechtstreeks moeten toepassen, moet men aan de begrijpelijkheid voor een ieder hogere eisen stellen dan wanneer het gaat om regels die in de praktijk vooral toegepast worden door de advocaten en rechters die bij het berechten van ontstane geschillen betrokken zijn. Zo zullen verkeersregels voor ieder onmiddellijk duidelijk moeten zijn, omdat men daar zijn verkeersgedrag op moet afstemmen, maar het ligt anders bij de ook voor juristen moeilijke regels betreffende causaal verband, van belang voor de aansprakelijkheid voor de schade die door een eventuele aanrijding is ontstaan.’⁵⁶

De regeringscommissaris merkt op dat in de boeken 3, 5 en 6 veel regels van min of meer ‘abstracte aard’ voorkomen. Hij signaleert in dat verband nog een andere oorzaak voor de abstractere formuleringen, namelijk de beoordelingsvrijheid van de rechter door hetzij ‘nuancering in de regel zelf’, hetzij ‘door algemene verwijzingen naar redelijkheid en billijkheid’. Waar aan de rechter beoordelingsvrijheid is verleend betekent dat, dat de burger ‘op die punten zijn rechten en verplichtingen niet met zoveel woorden in de wet vindt.’⁵⁷

Met andere woorden; beslissingsregels zoals die waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen, bieden de burger weinig concreet houvast. Het begrip ‘verkeersopvatting’ moet dan niet zozeer letterlijk worden opgevat maar is in die bepalingen een ‘abstract begrip’.⁵⁸

55 Handelingen I, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 48 en p. 55.

56 Zie over deze kwestie ook Polak 1983, p. 80-81.

57 Handelingen I, *Parl. gesch. Boek 3*, p. 49.

58 Rogmans 2007, nr. 18 en Sieburgh 2000, p. 208. Zie ook § 3.5.2.

7.2.2.3 Verschil in moment van activering

Beslissingsregels sturen of reguleren niet zozeer gedrag door een vooraf gegeven concrete gedragsnorm.⁵⁹ Zij normeren het maatschappelijk leven en reguleren gedrag op een veel subtielere, bijna onmerkbare en impliciete manier.

Beslissingsregels worden pas expliciet relevant en actief in geschilsituaties of in situaties waarin twijfel bestaat of ontstaat over de inhoud van de ongeschreven gedragsnorm of de opvatting over *behoren*.⁶⁰ De hantering van beslissingsregels wordt pas actueel in het juridische discours en vindt plaats door juristen, *nadat* iets is misgegaan of aan bepaalde verwachtingen niet wordt voldaan.⁶¹ In het dagelijks leven van de justitiabele spelen zij – vooraf – niet of nauwelijks een rechtstreekse rol. Reurich gaat zelfs nog verder dan de opmerking dat de bestaande regels weinig of geen gedragsnormerend effect hebben.⁶² Hij meent dat vooraf gegeven regels die in het dagelijks leven eenvoudig worden toegepast niet – steeds – bestaan. In de praktijk van het handelen en redeneren ligt, volgens hem, een normatieve dimensie besloten. Leren hoe men zich moet gedragen (en wat men mag verwachten) is in deze visie niet het gevolg van ‘het toepassen van regels’, maar een ‘praktische vaardigheid’.⁶³

Jurisprudentie waarin wordt geoordeeld over de concrete inhoud van gedragsnormen en andere opvattingen over *behoren*, ontstaat steeds aan de hand van een concreet geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd en waarover hij zal moeten beslissen. Juist omdat er onduidelijkheid bestaat over de exacte inhoud van de verkeersopvatting of gedragsnorm vormt zich jurisprudentie.⁶⁴ Beslissingsregels geven dus alleen *achteraf* en niet *voorafgaand* aan menselijk handelen klaarheid, behoudens voor zover men handelt conform een onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvatting of gedragsnorm die in de samenleving leeft of conform reeds in rechte ‘gevonden’ verkeersopvattingen en gedragsnormen (de resultanten van een eerder proces van rechtsvinding).

59 Zo ook Reurich 2005, hoofdstuk 4.

60 Zie hierover ook § 3.5.2, waarin ik opmerk dat juridisch onderzoek naar de verkeersopvatting pas interessant en relevant wordt voor zover die verkeersopvatting *niet* onmiddellijk evident en kenbaar is.

61 Zie: Handelingen I, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 48 en p. 55 en Reurich 2005, p. 96 en 183. Vergl. Brunner 1996, p. 11.

62 Reurich 2005, zie met name hoofdstuk 4.

63 Reurich 2005, p. 65.

64 Zie ook § 2.6.2.1 sub *ii*) en § 3.5.3.

7.2.2.4 *Vershil in gedragsnormerend effect*

De gedragsnormerende invloed van het civiele recht is door een gebrek aan concrete gedragsnormen over het algemeen gering, althans niet goed aanwijsbaar.⁶⁵ Die invloed beperkt zich tot gedrag dat wordt afgestemd op wettelijke regels die, met het oog op de rechtszekerheid, bepaald gedrag verplicht voorschrijven, bijvoorbeeld de levering van een onroerende zaak door middel van een notariële akte en inschrijving in de openbare registers (art. 3:89 BW).⁶⁶

Daarnaast stemt de burger zijn gedrag hoogstens af op de concrete gedragsregels die af te leiden zijn uit rechterlijke beslissingen. Aan dit gedragsnormerende effect kan bovendien getwijfeld worden, nu deze 'zwakke echo' van beslissingsregels over het algemeen vrijwel alleen door juristen wordt gehoord.⁶⁷ Beslissingsregels richten zich immers primair tot juristen en dan met name tot de rechter.⁶⁸ De rechter bedient zich voor de invulling van een beslissing aan de hand van deze regels mede van het ongeschreven recht. Hij beoordeelt het complex van feiten en omstandigheden van het geval en het gedrag mede aan de hand van de op dat moment geldende opvattingen omtrent *behoren* in de maatschappij (ongeacht of die opvattingen omtrent behoren zien op *gedragsnormen* of andere regels van ongeschreven recht, zoals *verkeersopvattingen*).

De concrete beslissing van de rechter heeft vaak wel een gedragsregulerend effect, in die zin dat burgers zich – mede – richten naar in de rechtspraak gevonden gedragsregels en (verkeers)opvattingen.⁶⁹ Anders gezegd; de burger houdt rekening met de uitspraken van de rechter, waaruit hij de geldende gedragsnormen en verkeersopvattingen kan afleiden, terwijl de rechter bij het vinden van de specifieke rechtsnorm of gedragsnorm in een bepaald geval rekening houdt met de (rechts)opvattingen van de burger.

Ik geef ter illustratie één voorbeeld. Onder burgers en juristen is lange tijd onduidelijk geweest of het mogelijk was een retentierecht uit te oefenen op een onroerende zaak. Kernvraag bij de beantwoording van deze rechtsvraag is of en hoe bijvoorbeeld een aannemer met een openstaande en opeisbare vordering, feitelijke macht over de onroerende zaak kon uitoefenen en hoe

⁶⁵ Zo ook H. Drion 1973, p. 59 en 60 en Reurich 2005, p. 73, 80-81, en *passim*.

⁶⁶ Deze regels worden wel aangeduid als 'receptregels' met een meer imperatieve functie, zie H. Drion 1973, p. 55-56.

⁶⁷ H. Drion 1973, p. 59.

⁶⁸ Zie § 2.2.5 en 7.2.2.1.

⁶⁹ Volgens Barendrecht (1992, p. 44) kan dit 'regelconform gedrag' weer tot gevolg hebben dat de 'opvattingen over rechtvaardigheid' zich in de richting van de regel gaan ontwikkelen.

‘afgifte’ van een onroerende zaak plaatsvindt. Het antwoord op die vraag werd door de Hoge Raad gegeven in de uitspraak Agema/WUH.⁷⁰

‘Vooropgesteld moet worden dat retentierecht op onroerend goed mogelijk is, (...). Een zodanig retentierecht – dat niet kenbaar is uit de openbare registers, en derhalve een bron van onzekerheid kan opleveren voor derden die deze registers met het oog op de rechtstoestand van het onroerend goed hebben geraadpleegd – dient echter te worden beperkt tot het geval waarin de schuldeiser die het retentierecht uitoefent, op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over het goed uitoefent, zodat feitelijke afgifte, veelal ontruiming, nodig is om deze macht weer op de rechthebbende (...) te doen overgaan.’

Deze overwegingen van de Hoge Raad hebben geleid tot een praktijk waarin hekken worden aangebracht om de toegang tot de onroerend zaak waarop het retentierecht wordt uitgeoefend te belemmeren, met een bord op het hek waarop wordt aangegeven dat een retentierecht wordt uitgeoefend. De rechterlijke uitspraak leidt, met andere woorden, tot feitelijke gedragingen van een bepaalde aard in vergelijkbare gevallen. De gevonden rechtsregel stuurt kortom het gedrag van de burger.⁷¹

7.2.3 Tussenconclusie

Tussen het geschreven en het ongeschreven recht bestaat een ingewikkelde wisselwerking. Het ongeschreven recht vervult zijn functies voornamelijk via beslissingsregels. Slechts uit de *combinatie* van de geschreven beslissingsregel en het ongeschreven recht, de verkeersopvatting of gedragsnorm, kan de *rechtsregel* voor het specifieke geval worden gedestilleerd. De regel van ongeschreven recht zal eerst gevonden moeten worden om de rechtsregel in het concrete geval te kunnen formuleren. Daardoor heeft conflictoplossing aan de hand van beslissingsregels gevolgen voor de wijze van motivering van de beslissing.⁷²

Beslissingsregels onderscheiden zich van concrete gedragsnormen doordat zij zich richten tot een andere geadresseerde (de rechter), een bij uitstek technisch-juridische formulering kennen, op een ander moment geactiveerd worden (nadat een geschil is ontstaan) en op andere wijze gedrag normeren.

70 HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 628, m.nt. WMK, r.o. 3.2. Zie ook: HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, 216 m.nt. WMK (*Deen/Van der Drift*); HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters bouwbedrijf/Kantoor van de Toekomst*) en HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 340 m.nt. WMK (*Rabobank Graafschap-West/Fleuren c.s.*).

71 Zie over dit aspect van de innige band tussen recht en maatschappij eveneens § 2.2.1.

72 Zie nader § 7.9.

7.3 HEURISTIEK; HET 'VINDEN' VAN DE VERKEERSOPVATTING

Hantering van het begrip verkeersopvatting daar waar geen evidente en onmiddellijke verkeersopvatting voorhanden is, leidt onherroepelijk tot een proces van rechtsvinding. Scherper geformuleerd gaat het om het vinden van de *ongeschreven opvatting over behoren* (anders dan een gedragsnorm) die geldt voor een specifiek geval. De rechtsregel voor het concrete geval is immers alleen te destilleren uit een combinatie van de geschreven beslissingsregel en de ongeschreven opvatting over behoren.

Kernvraag in dit hoofdstuk is *hoe* rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting plaatsvindt of zou moeten plaatsvinden. Wat zijn de rechtsvindingsmethoden die de rechter – of de jurist in het algemeen – hanteert bij het 'vinden' van een verkeersopvatting die niet onmiddellijk kenbaar en evident is? Hoe verzekert de jurist zich ervan dat het gaat om een opvatting die breder wordt gedragen dan alleen door een partij of door hem of haar zelf? En hoe controleert de jurist of een eerder 'gevonden' en uit precedenten kenbare verkeersopvatting nog steeds gelding heeft? Wichers spreekt van een 'methodisch invullen' van de verkeersopvatting en geeft een eerste aanzet door verschillende stappen in het rechtsvindingsproces te onderscheiden.⁷³ Zij werkt haar 'methode' echter niet uit.

Ik sta kort stil bij de ons bekende rechtsvindingsmethoden en concentreer mij vervolgens op methoden die behulpzaam kunnen zijn bij het vinden van de verkeersopvatting.

7.3.1 Rechtsvindingsmethoden in het algemeen

Over rechtsvinding en methoden voor rechtsvinding zijn boekenkasten vol geschreven in binnen- en buitenland. Vranken spreekt over een 'gereedschapskist' vol methoden om het recht te vinden.⁷⁴ Hij bespreekt in zijn eerste Algemeen deel zeven verschillende hulpmiddelen bij de rechtsvinding: het systeem, de rechtsbeginselen, de wetsgeschiedenis, anticipatie, raadpleging van rechtspraak en literatuur, de interne en de externe rechtsvergelijking. Door anderen is terecht opgemerkt dat de kist daarmee lang niet alle methoden bevat.⁷⁵ Onbesproken – of beter 'onderbelicht', want Vranken pretendeert geen uitputtendheid – blijven bijvoorbeeld: de analogie- en a contrariorenering, rechtsverfijning, de rechtshistorische interpretatie, de taalkundige en grammaticale

73 Wichers 2002, p. 35 en 38. De door haar (p. 38) genoemde stappen zijn; het formuleren van de juridische vraag, het zoeken naar antwoorden en aanknopingspunten in de wet, voorlichting door getuigen of deskundigen, onderzoek naar de geldende normen in een bepaalde verkeerskring, het zich vertrouwd maken met de omstandigheden en verhoudingen en ten slotte het objectiveren van zijn ('s rechters) oordeel.

74 Asser-Vranken 1995, p. 75-140.

75 Bloembergen 1996b, p. 297-298; Snijders 1996, p. 218.

interpretatiemethoden, de teleologische interpretatie, de constructie en de fictie, een beroep op precedentes en de vergelijkingsmethode van Wiarda.⁷⁶ Om nog maar te zwijgen over andere dan deze van oudsher bekende methoden, zoals de door Snijders beschreven retrocipatie⁷⁷ of de belangenafweging door de rechter⁷⁸ en zelfs nieuw ontwikkelde rechtsvindingsmethoden, zoals de door Haazen voorgestane 'democratische rechtsvindingsleer'⁷⁹ en de door Reurich ontwikkelde methode van 'het bijhouden van de normatieve score tussen partijen'.⁸⁰

Waar te beginnen bij het ontwikkelen van een methode of – iets minder ambitieus – het bieden van enige handvatten voor het vinden van de verkeersopvatting? Nastrevenswaardig is uiteraard de ontwikkeling van een rechtsvindingsmethode die het hoofd biedt aan de mogelijke bezwaren tegen het gebruik van de verkeersopvatting.⁸¹ Ik bespreek daarom allereerst de wens voor een methode die het hoofd biedt aan de bezwaren en knoop vervolgens aan bij de kenmerken en functies van het specifieke begrip verkeersopvatting. Op die manier tracht ik handvatten te bieden voor de rechtsvinding bij hantering van de verkeersopvatting.

7.3.2 Een methode die het hoofd biedt aan de bezwaren

Recht spreken aan de hand van de verkeersopvatting vindt steeds plaats in het spanningsveld tussen enerzijds het verlangen naar een flexibel of elastisch rechtssysteem, dat zich aanpast aan de ontwikkelingen en veranderingen in de maatschappij en anderzijds de behoefte aan voorspelbaarheid en rechtszekerheid en onze angst voor willekeur.⁸² Hantering van een onbepaald begrip als de verkeersopvatting komt tegemoet aan onze wens om het recht de ontwikkelingen in de maatschappij te laten volgen. Aan de andere kant brengt hantering van het begrip het gevaar met zich dat zij een niet nader gemotiveerd machtswoord, een stoplap of een dooddoener wordt.⁸³ Nastrevenswaardig is daarom het zoeken naar rechtsvindingsmethoden die het hoofd bieden aan de bezwaren tegen het werken met een onbepaald begrip als de

76 Ontwikkeld in zijn beroemde *'Drie typen van rechtsvinding'*.

77 Snijders 1995, *Retrocipatie*. Deze methode is niet nieuw, maar nuanceert (n.a.v. de invoering van het NBW) de methode van rechtsvinding aan de hand van precedentes voor die gevallen waarin een tussentijdse wetwijziging heeft plaatsgevonden.

78 Zie hierover het themanummer *RM Themis* 2006/4.

79 Haazen 2001, p. 275 e.v.

80 Zie voor de laatste methode, specifiek ontwikkeld voor de invulling van vage gedragsnormen als de redelijkheid en billijkheid: Reurich 2005, hoofdstuk 5.

81 Zie § 2.6.2 e.v.

82 Zelfs in het goederenrecht willen wij 'flexibiliteit met behoud van zekerheid', zie Bartels en Milo 2000. Zie over dit spanningsveld ook Ohly 2001, p. 18-19.

83 § 2.6.2.

verkeersopvatting. Een methode bijvoorbeeld waardoor gelijke gevallen gelijk beoordeeld worden en ongelijke gevallen ongelijk.

Noodzakelijk om willekeur tegen te gaan en rechtszekerheid te bevorderen is, in mijn ogen, een analyse van de – objectieve – aanknopingspunten aan de hand waarvan de inhoud van de verkeersopvatting bij de verschillende rechtsvragen wordt vastgesteld. Kennis van die aanknopingspunten zal de voorspelbaarheid van uitspraken, de kenbaarheid van het recht, de controleerbaarheid van uitspraken en daarmee de rechtszekerheid ten goede komen.⁸⁴ Kennis van die aanknopingspunten maakt bovendien de motivering van beslissingen eenvoudiger en dat geeft – voor zover die aanknopingspunten in de uitspraak worden vermeld – meer inzicht in de totstandkoming van de beslissing in het concrete geval.

Een onherroepelijk gevolg van de kenbaarheid van de verschillende aanknopingspunten leidt tot een verschuiving bij deze vorm van ‘vrije rechtsvinding’ van volledig autonoom⁸⁵ naar meer heteronoom. De rechtsvinder zal met name bij de toepassing van open rechtsnormen (moeten) streven naar objectivering of een transsubjectieve inslag van zijn oordeel.⁸⁶ Hij zal met andere woorden niet – alleen – moeten zoeken naar ‘de oplossing in het specifieke geval’, maar naar de regel die geldt ‘voor gevallen als het onderhavige’.⁸⁷

7.3.3 Oriëntatie op de specifieke kenmerken en functies van de verkeersopvatting

Niet alle bekende rechtsvindings technieken zijn geschikt voor het ‘vinden’ van de verkeersopvatting. De verkeersopvatting verwijst naar een bron van ongeschreven recht met eigen kenmerken en functies. Zij verwijst niet naar gedragsnormen maar wordt gehanteerd voor de *juridische kwalificatie* van een complex van feiten en omstandigheden (§ 4.2 en 6.4.1). Daarmee valt een rechtsvindingsmethode die specifiek ziet op de articulatie van gedragsnormen en de beoordeling van partijgedrag, zoals het ‘bijhouden van de normatieve score tussen partijen’, af ter concretisering van de verkeersopvatting. Een puur taalkundige of grammaticale benadering voor de invulling van een begrip als

84 Vergl. Hesselink 1992, p. 47 t.a.v. de redelijkheid en billijkheid. Hij noemt als eisen: ‘voorspelbaar, rationeel, gebaseerd op objectieve maatstaven en controleerbaar’. Zie ook Röthel 2004, p. 139-158, die grote nadruk legt op de *rationale Begründbarkeit* van normconcretisering en Beater 1994, p. 88-89, die daartoe de Fallgruppentheorie propageert. Vergl. ook Weber 1992 (die veel minder enthousiast is over de Fallgruppenmethode) en Ohly 2001 & Kamann 2002 (die t.o.v. Beater en Weber een tussenpositie lijken in te nemen).

85 Van ‘volledig autonome rechtsvinding’ is overigens zelden of nooit sprake. De rechterlijke autonomie wordt in ieder geval steeds begrensd door enerzijds het ‘systeem van het geldende recht’ en anderzijds door ‘het uitgangspunt van de democratische legitimiteit’, zie nader Smith 2007, p. 43 e.v. en hoofdstuk 5.

86 Wiarda/Koopmans 1999, p. 83-86.

87 Asser-Scholten 1974, p. 123; Brunner 1988, p. 460.

de verkeersopvatting zal ons evenmin heel ver brengen. Het begrip zelf is immers onbepaald, weinig informatief en onder niet-juristen bovendien vrijwel onbekend.⁸⁸ Verder zagen we reeds dat het bij onbepaalde begrippen niet zozeer gaat om een onbewuste leemte in de wet, maar om bewust gecreëerde openheid, die de rechter verwijst naar buitenwettelijke normatieve opvattingen.⁸⁹ Dit brengt mee dat de analogieredenering en teleologische interpretatiemethoden *sec* ons evenmin veel zullen baten.

De verwijzing naar dit onbepaalde begrip beoogt aanknoping te waarborgen bij hetgeen in de maatschappij aan normatieve opvattingen leeft en deze opvattingen via receptie het recht 'in te trekken'. Deze functie, de receptie van buitenwettelijke normen ten behoeve van de juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden, biedt een eerste oriëntatiepunt. Het gaat daarbij om receptie van andere opvattingen over behoren dan gedragsnormen.

Wij zagen dat de verkeersopvatting *normatief van aard* is (§ 3.4.2). Van belang daarbij is dat het niet gaat om de willekeurige opvatting die één persoon aanhangt of hanteert, maar om wat *men* vindt dat het rechtsgevolg van een bepaalde concrete situatie zou moeten zijn. De noodzaak om de verkeersopvatting te objectiveren of om een *objectiveringscontrole* in te bouwen is daarom een belangrijk tweede oriëntatiepunt. Deze noodzaak maakt rechtsvinding aan de hand van een belangenafweging (en dan met name partijbelangen) bijvoorbeeld minder geschikt. Naast het oriëntatiepunt van de objectivering speelt de temporele dimensie, ofwel de *intrinsieke veranderlijkheid* van de verkeersopvatting een rol. Niet alleen moet worden onderzocht wat 'men' in de maatschappij de opvatting over behoren vindt (of vond), maar ook of 'men dat nog altijd vindt'. Objectivering en relativering is een belangrijke, zonet *de* belangrijkste functie van de verkeersopvatting (§ 6.4.2).⁹⁰

Een derde oriëntatiepunt hangt samen met drie kenmerken van de verkeersopvatting die wijzen op haar sterk *probleemgebonden karakter*. Verkeersopvattingen spelen een rol binnen verschillende leerstukken en daarbinnen vaak ook weer op verschillende niveaus (§ 4.4). De aanknopingspunten voor invulling van de verkeersopvatting zullen per leerstuk en per niveau verschillen. De verkeersopvatting is topisch van karakter en verwijst naar een vindplaats voor argumenten omtrent een bepaalde rechtsvraag (§ 4.5). *Topoi*, of catalogi van *topoi*, zijn steeds rechtsvraaggebonden. Een derde kenmerk van de verkeersopvatting dat wijst op haar probleemgebondenheid is de verstrengeling tussen feit en rechtsregel die we bij haar toepassing zien (§ 4.6). De verkeersopvatting

88 Het is mijn persoonlijke ervaring dat niet-juristen (en overigens ook veel niet-civilisten) het begrip 'verkeersopvatting' vooral associëren met 'verkeersregels'. Daarmee heeft het juridische begrip nu juist niets gemeen, omdat verkeersregels vaak bij uitstek concrete gedragsnormen inhouden.

89 Zie § 6.3.3 over het verschil tussen delegatie en wettelijke leemten.

90 Vergl. Rogmans 2007, nr. 16.

vervult een schakelfunctie (§ 6.4.1). De juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden maakt dat de normatieve opvatting die aan de feiten een bepaald rechtsgevolg vastknoopt in extreme mate gebonden aan *dat* specifieke complex van feiten en omstandigheden. De verkeersopvatting kan kortom van geval tot geval verschillen, en moet van geval tot geval worden ingevuld. Het is daarom niet verwonderlijk dat Wichers als eerste stap noemt in haar alinea over de wijze van invulling van de verkeersopvatting: de formulering van het juridische probleem (de rechtsvraag).⁹¹ Welke (deel)vraag ligt eigenlijk voor?

Een laatste oriëntatiepunt is de constatering dat de verkeersopvatting slechts een *aanvullende werking* heeft (§ 6.4.3). Voor zover wettelijke bepalingen ons concrete(re) regels bieden waarmee wij juridische vragen op adequate wijze kunnen beantwoorden, bestaat geen noodzaak om terug te vallen op de verkeersopvatting.⁹² Het is daarom uit rechtsvindingsoogpunt efficiënt om eerst te bezien of een wettelijke bepaling, of een samenstel van wettelijke bepalingen, uitkomst biedt, voordat op we zoek gaan naar zoiets moeilijks en ongrijpbaars als de verkeersopvatting. Indien het invullen van een concrete verkeersopvatting onvermijdelijk is in het kader van een juridische kwalificatie, is het samenstel van – overige – wettelijke regels eveneens ‘referentiekader bij uitstek’.⁹³ De verkeersopvatting is kortom probleemgebonden, maar absoluut niet systeemongebonden (§ 4.5.5). Kenmerk van een *topos* is immers dat dit zich steeds verhoudt tot andere *topoi* en tot het systeem van de wet.

Al met al kan op grond van de genoemde oriëntatiepunten geconstateerd worden dat de invulling van concrete verkeersopvattingen steeds plaatsvindt binnen een drievoudige context:

- De context van de wet
- De context van het specifieke geval
- De context van de veranderende maatschappij

De eerste en de tweede context vormen tezamen de context van het – geschreven en ongeschreven – recht. Geschreven en ongeschreven recht vloeien in elkaar over, vullen elkaar aan en vormen één geheel. Het uit elkaar trekken van de twee geschiedt door mij slechts om de verschillende rechtsvindingsmethoden en -technieken duidelijker naast elkaar te kunnen beschrijven en zodoende hun verhouding helderder in kaart te kunnen brengen. De derde context voegt de bredere context toe van de – veranderende – maatschappij waarin het recht moet functioneren. Onderkenning van deze drievoudige context van de verkeersopvatting leidt ons naar verschillende concretere handvatten en methoden die het vinden van de verkeersopvatting kunnen vergemakkelijken.

⁹¹ Wichers 2002, p. 38

⁹² Een voorbeeld biedt de regeling van de scheepsbestanddelen in art. 8:3a BW. In deze zin ook Wichers 2002, p. 36-37.

⁹³ Zo ook Wichers 2002, p. 36.

7.4 CONTEXTGEBONDEN HANDVATTEN VOOR DE RECHTSVINDING

De belangrijkste functie van beslissingsregels is gelegen in hun vermogen en opdracht om concrete gevallen en beslissingen te *situëren* tussen andere gevallen en beslissingen.⁹⁴ Het gaat daarbij om situering van beslissingsregel *en* beslissing in haar context. Beslissingsregels dwingen de rechter tot situering van het concrete geval tussen andere gevallen en tot situering van zijn concrete beslissing tussen andere gegeven of voorzienbaar nog te geven beslissingen. Anders dan zuivere gedragsnormen, die vaak zelfstandig en naar eigen strekking toepasbaar zijn,⁹⁵ is de beslissingsregel dus steeds – meervoudig – contextgebonden. Bij open rechtsnormen die verwijzen naar de verkeersopvatting is die context mijns inziens drievoudig. Ik onderscheid de wettelijke context, de context van het specifieke geval (of het ongeschreven recht) en de maatschappelijke context. Iedere context biedt eigen handvatten en technieken voor de rechtsvinding.

7.5 DE CONTEXT VAN DE WET

Scholten wees reeds op het belang van de contextuele uitleg van begrippen, zinnen en wetsvoorschriften. Het rechtssysteem kan en moet als eenheid begrepen worden en ‘uit die eenheid volgt ook, dat iedere wetsbepaling steeds in verband met andere moet worden uitgelegd’.⁹⁶ Deze *coherentiebenadering* van het civiele recht zien we ook terug bij andere schrijvers.⁹⁷ Beslissingen moeten in het systeem van (de wet en) het recht passen.⁹⁸ Ons verlangen naar coherentie van dit systeem leidt ons naar verschillende rechtsvindingsmethoden die aan dit verlangen tegemoet komen. Wij hanteren bijvoorbeeld analogieën a contrario-redeneringen, kennen adagia als ‘lex specialis derogat legi generali’ (de bijzondere regel gaat voor de algemene), ‘lex posterior derogat legi priori’ (de jongere regel gaat voor de oudere),⁹⁹ we kennen betekenis

94 H. Drion 1973, p. 60.

95 Zo ook H. Drion, 1973, p. 60.

96 Asser-Scholten 1974, p. 45.

97 Asser-Vranken 1995, nr. 118-130; Snijders 1995, p. 16; Smith 1998, p. 85-98, met nadere bronnen en bespreking van de rechtsfilosofische achtergronden; Van Schilfgaarde 1999, p. 813 ten aanzien van concretisering van de redelijkheid en billijkheid; Van der Wiel 2004, p. 209-210 (specifiek over de verhouding tussen ‘het systeem van de wet’ en ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’); Reurich 2005, p. 86-92 (die naar E.M. Meijers verwijst als voorstander van ‘coherente rechtsvinding’); Nieuwenhuis 2006, p. 33-62; Smith 2007, p. 159; Meijer 2007, p. 213-214 en 245. Zie voor kwantitatief onderzoek naar wetssystematische argumenten ten slotte Snijders 1978, p. 50-67.

98 Beroemd arrest in dit verband is uiteraard HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (*Quint/Te Poel*); Schoordijk 1972, p. 15 en 27, spreekt over ‘het inpassen van waardeoordelen in een – open – systeem’ en verwijst naar Esser’s *Vorverständnis*.

99 Adagia die overigens niet steeds en onverkort gelden.

toe aan de onderlinge samenhang tussen wettelijke regels en ontleen rechtsvindingsargumenten aan bijvoorbeeld de plaats van bepalingen en het opschrift boven de titel. Ik concentreer mij op die rechtsvindingsmethoden die van belang kunnen zijn bij de invulling van de verkeersopvatting.¹⁰⁰

De auteurs Wichers en Sieburgh, die zich hebben gebogen over de invulling van de verkeersopvatting op deelgebieden van het goederenrecht respectievelijk het onrechtmatige daadsrecht, benadrukken beiden het belang van inpassing van de verkeersopvatting in het wettelijk systeem en van rechtsvinding in het perspectief van de wet.¹⁰¹ Wichers wijst op het feit dat de verkeersopvatting wordt gehanteerd ter nadere invulling van juridische begrippen:¹⁰²

‘Wanneer in het goederenrecht voor een nadere invulling van een begrip wordt verwezen naar de verkeersopvatting, blijft het begrip een juridisch concept waarvan de interpretatie niet los kan worden gezien van de wettelijke regeling waarin het begrip is opgenomen. Een verwijzing naar de “verkeersopvatting” bij de uitleg van een begrip moet derhalve ook in het perspectief van de wet worden geplaatst.’

In het verbintenissenrecht is het niet anders. Het onderzoek van Sieburgh wijst uit dat toerekening van een onrechtmatige daad krachtens verkeersopvatting verbonden is met enerzijds toerekening van eigen onrechtmatig gedrag krachtens schuld en wet en anderzijds toerekening buiten eigen onrechtmatig gedrag krachtens een kwalitatieve aansprakelijkheid.¹⁰³

‘De reikwijdte en inhoud van de regels binnen dit stelsel geven richting aan het toepassingsbereik en de inhoud van de verkeersopvattingen. Zij vormen het begin van de zoektocht naar de aanknopingspunten aan de hand waarvan verkeersopvattingen in een concreet geval ingevuld kunnen worden.’

Het in relatie brengen van de toerekening naar verkeersopvatting met het systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid leidt er, volgens Sieburgh, toe dat die verkeersopvatting wordt ingevuld aan de hand van min of meer abstracte normen. De verkeersopvatting fungeert dan niet slechts als een ‘kapstok of dekmantel’ voor door de rechter nieuw gecreëerde regels.¹⁰⁴ Het wettelijke systeem waarin de verkeersopvatting functioneert kan kortom niet

100 Een opsomming van alle wetssystematische subregels en argumenten is te vinden bij Snijders 1978, p. 50-67.

101 Van der Wiel (2004, p. 209-210) komt tot dezelfde conclusie waar het de concretisering de open norm ‘de goede procesorde’ betreft in het burgerlijk procesrecht. Zo ook Hartkamp waar het de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid betreft (Asser-Hartkamp 4-II, nr. 308 laatste alinea).

102 Wichers 2002, p. 35.

103 Sieburgh 2000, p. 217.

104 Sieburgh 2000, p. 218.

genegeerd worden. Het wettelijk systeem bevat, ook naar mijn mening, aanwijzingen voor de invulling van de verkeersopvatting.¹⁰⁵

De wettelijke context waarbinnen verkeersopvattingen hun rol vervullen leidt ons naar een aantal verschillende rechtsvindingsmethoden. Allereerst dient de jurist het concrete geval te situeren in het wettelijke systeem. Hij beslist aan de hand van de feiten en omstandigheden *welke kwalificatievraag* voorligt.¹⁰⁶ Vervolgens zal de jurist nagaan of in het kader van die betreffende kwalificatievraag de verkeersopvatting een rol speelt. Indien een specifieke wettelijke regeling de kwalificatie bepaalt, komt hij aan invulling van de verkeersopvatting niet toe (§ 7.5.1).¹⁰⁷ De verkeersopvatting werkt immers aanvullend aan de wet.¹⁰⁸ Voor de invulling van de verkeersopvatting kan de rechtsvinder aanknopen bij de strekking van de wettelijke bepaling (§ 7.5.2) en de onderlinge samenhang tussen wettelijke bepalingen (§ 7.5.3). Daarnaast kan hij aanknopingspunten ontleen aan de verhouding van de verkeersopvatting tot andere wettelijke *topoi* (§ 7.5.4).

7.5.1 Bijzondere wettelijke regelingen gaan voor

Lex specialis derogat legi generali; de bijzondere wettelijke regeling gaat voor de algemene en de uitzondering op de regel gaat boven de algemene regel. Dit adagium geldt mijns inziens steeds daar waar de invulling van de algemene regel geschiedt met behulp van de verkeersopvatting.¹⁰⁹ De verkeersopvatting heeft immers – slechts – een aanvullende functie.¹¹⁰ Zij wordt gehanteerd daar waar het voor de wetgever onmogelijk was om specifieke regels te geven voor alle voorzienbare en onvoorzienbare gevallen en daar waar de wetgever ruimte wil bieden voor rechtsontwikkeling die de ontwikkelingen in de maatschappij volgt.¹¹¹ Naast deze algemene regels ontwerpt de wetgever bijzondere regels voor specifieke – wel – voorzienbare gevallen. Deze wettelijke regels

105 Hesselink 1999, p. 416 spreekt over wettelijke regels als ‘manifestaties van de billijkheid’. Vergl. Van Schilfgaarde 1999, p. 813, die vermogensrechtelijke regels aanmerkt als ‘gekrystaliseerde billijkheid’ en Van der Wiel 2004, p. 209, die meent dat in Nederland levende rechtsovertuigingen spreken uit (het systeem van) wettelijke regels.

106 Barendrecht 1992, p. 162 spreekt over het zoeken van een regel bij de feiten; Wiarda/Koopmans (1999, p. 114) over ‘associatie van het gegeven geval met een of meer in de positieve rechtsorde geldende rechtsregels of rechtsbeginselen’ als eerst stap bij de rechtsvinding. Vergl. Smith 2007, p. 82-86. Zie ook § 4.6.

107 Bij toepassing van een specifieke wettelijke regel kunnen we spreken van een ‘gemakkelijk geval’ of ‘subsumptie’, zie Smith 2007, p. 31-32 en 75.

108 Zie § 6.4.3.

109 Anders ligt het ten aanzien van algemene en bijzondere regels die beide naar de redelijkheid en billijkheid verwijzen, zie Valk 1992, p. 153-173. Het verschil wordt veroorzaakt door de volstrekt andere rol die de redelijkheid en billijkheid in ons rechtssysteem speelt, zowel in aanvullende als derogerende zin. Zie ook § 5.3 en 5.5.

110 § 6.4.3.

111 § 2.4.

zijn *topoi* met een bijzonder gezag (zie hierna § 7.5.4.) en zullen voorgaan boven ongeschreven recht. Indien we bovendien aannemen dat het rechtssysteem functioneert als een 'normatief raster dat de maatschappelijke werkelijkheid omspant',¹¹² betekent dit dat deze specifieke wettelijke regels door de rechtsvinder niet genegeerd mogen worden en voorgaan boven een algemene regeling die verwijst naar de verkeersopvatting. Ik geef een aantal verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke voorbeelden.

Een vordering tot schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis zal alleen slagen voor zover die tekortkoming *toerekenbaar* is. Anders gezegd, indien de schuldenaar zich op overmacht kan beroepen, zal een vordering tot schadevergoeding in beginsel niet slagen.¹¹³ Voor een aantal bijzondere situaties kent de wet echter speciale toerekeningsmaatstaven, zoals een risico-omslag bij debiteursverzuim (art. 6:84 BW) en een andere verdeling van risico in geval van crediteursverzuim (art. 6:64 BW).¹¹⁴ Gevolg van debiteursverzuim is dat vrijwel iedere tijdens het verzuim ontstane onmogelijkheid van nakoming aan de debiteur wordt toegerekend.¹¹⁵ Gevolg van crediteursverzuim is dat de aansprakelijkheid van de debiteur voor een onmogelijkheid tot nakoming aanzienlijk wordt verlicht.¹¹⁶ In deze gevallen, waarin een specifieke wettelijke regeling de toerekening – of risicoverdeling – nader regelt, komt de rechter aan de beoordeling van de toerekening aan de hand van de verkeersopvatting niet toe. Het *topos* van de wet in art. 6:75 zal dan prevaleren.¹¹⁷

Hetzelfde doet zich voor indien de niet-nakoming van de verbintenis een nadere regeling kent. Dit is bijvoorbeeld het geval indien sprake is van een consumentkoop. Artikel 7:17 BW bepaalt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Nonconformiteit wordt in vrijwel alle gevallen¹¹⁸ toegerekend aan de verkoper, zodat aan een eventuele beoordeling van overmacht niet toegekomen zal worden. Ook in dit geval vindt de risicoverdeling plaats op grond van een specifieke(re) wettelijke regeling, die de algemene regel van artikel 6:75 BW buiten spel zet.

In het goederenrecht is het niet anders. De algemene regel van artikel 3:4 lid 1 BW, die bepaalt dat al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt bestanddeel is van die zaak, heeft slechts een minieme aanvullende functie voorzover de juridische kwalificatie van onderdelen van schepen aan de orde is. Voor die specifieke zaken kennen wij immers een

112 Asser-Vranken 2005, nr. 56.

113 Behoudens voor zover de schuldenaar een voordeel geniet en in die zin ongerechtvaardigd verrijkt zou zijn, zie art. 6:78 BW.

114 Zie Hijma/Olthof, nr. 374.

115 Zie Hijma/Olthof, nr. 382.

116 Tot aansprakelijkheid voor schuld, aangevuld met het risico-element schuld van de ondergeschikte. Zie Hijma/Olthof, nr. 360.

117 Zie ook § 7.5.4.

118 Zie voor de uitzonderingen op deze 'automatische' toerekening art. 7:17 lid 5 BW.

bijzondere regeling in artikel 8:1 lid 3 BW. Voor voortbewegingswerktuigen en andere machinerieën spelen de maatstaven van artikel 3:4 BW geen rol meer.¹¹⁹ Hetzelfde geldt in nog sterkere mate voor luchtvaartuigen. De onderdelen die gekwalificeerd moeten worden als bestanddeel van het luchtvaartuig staan met zoveel woorden genoemd in artikel 8:3a lid 2 BW. Ook deze regeling kan worden gezien als een wettelijke neerslag van de – voorheen ongeschreven – verkeersopvatting, zodat de maatstaven van artikel 3:4 BW geen zelfstandige rol meer spelen.¹²⁰

De Hoge Raad lijkt er eveneens vanuit te gaan dat wettelijke regels de neerslag (kunnen) vormen van de in de maatschappij levende opvattingen. Ten aanzien van de vraag of een afgebouwd schip een ‘nieuwe zaak’ vormt ten opzichte van het oorspronkelijke casco, – een vraag naar de identiteit van de zaak, die in zijn algemeenheid aan de hand van de van de verkeersopvatting wordt beantwoord¹²¹ – overwoog de Hoge Raad in het arrest *Hinck/Van der Werff & Visser*.¹²²

‘Uit het wettelijk stelsel met betrekking tot schepen, in het bijzonder uit de art. 309 (oud), 312 (oud), 318 (oud) en 318k (oud) K, volgt dat het casco van een schip, als schip in aanbouw, reeds moet worden aangemerkt als een schip en dat de identiteit van dit schip niet verandert doordat het wordt afgebouwd en wordt voorzien van voortbewegingswerktuigen en navigatie-apparatuur. Het door het middel daartegenover gedane beroep op de verkeersopvattingen faalt reeds omdat, naar voor de hand ligt, dit op het rechtsverkeer met betrekking tot schepen afgestemde stelsel mede een weerslag vormt van de verkeersopvattingen te dier zake.’

119 Zo ook: Wichers 2002, p. 102; Wiersma 1992, p. 819-821; Snijders-Rank Berenschot 2007, nr. 36.

120 Wichers 2002, p. 104. Een uitspraak als Hof ‘s-Hertogenbosch 15 augustus 2002, *LJN*: AE8293 (*AAR Aircraft & Engine Group*) met kritische noot van J.C. Hofland in *JOR* 2002, 184, waarin – zonder enige verwijzing naar de wettelijke bepaling van art. 8:3a lid 2 BW – werd geoordeeld dat naar Nederlands recht een vliegtuigmotor noch door verkeersopvattingen, noch door hechte verbinding bestanddeel wordt van het vliegtuig, moet alleen al om die reden onbegrijpelijk en onjuist worden geacht.

121 Sinds jaar en dag wordt de vraag of door zaaksvorming een zaak met een nieuwe identiteit is ontstaan beantwoord aan de hand van de verkeersopvatting. Zie Rb. Almelo 10 december 1980, *NJ* 1983, 20 m.nt. JCS (*Gebruder Hoon c.s./Bontweverij*); HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 m.nt. WMK (*Orchideeënscheur-arrest*); HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 m.nt. WMK (*Breda/Antonius*); Hof Amsterdam 7 november 1991, *NJ* 1993, 59 (*Thijssen/NMB*) besproken door G.E. van Maanen, *WPNR* (1998) 6309, p. 237-238; HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK (*Kuikenbroederij*); Pres. Rb. Almelo 23 december 1999, *LJN* AA 3999 (*ABB Sattline/curator QtecQ BV*).

122 HR 14 februari 1992, *NJ* 1993, 623 m.nt. WMK (*Hinck/van der Werff & Visser of ‘Love, Love’*).

Aangenomen moet worden dat voor de wettelijke regeling ten aanzien van schepen in het nieuwe BW hetzelfde geldt.¹²³ Deze en andere bijzondere wettelijke bepalingen op deelgebieden gaan kortom vóór de algemene regel.¹²⁴ Aan invulling van de verkeersopvatting in de algemene regel komen wij in deze specifieke gevallen niet toe. De verkeersopvatting is in deze gevallen 'gekristalliseerd' tot geschreven wettelijke regels.¹²⁵

7.5.2 Ratio en wetsgeschiedenis

Iedere juridische kwalificatievraag kent zijn eigen regeling en ratio. Juridische kwalificatie geschiedt steeds met het oog op de (on)wenselijkheid van bepaalde rechtsgevolgen (§ 6.4.1). De verkeersopvatting vervult een schakelfunctie.¹²⁶ Zij vormt de schakel tussen het complex van feiten en omstandigheden en het gewenste rechtsgevolg en moet daarbij recht doen aan de normatieve opvattingen en verwachtingen van de burger.

In de ratio achter de wettelijke bepaling kunnen wij aanknopingspunten vinden voor de invulling van de verkeersopvatting. Ik geef een voorbeeld. De ratio achter de kwalificatie van een roerende zaak als 'duurzaam dienend aan een onroerende zaak' is gelegen in de wenselijkheid om die twee zaken gezamenlijk te kunnen executeren en de hypotheekhouder (tevens pandhouder) zo een hogere opbrengst te doen behalen. Gezamenlijke executie is vaak economisch rendabeler en wordt door de regeling in artikel 3:254 BW daarom mogelijk gemaakt. De economische overwegingen achter het wetsartikel vormen mijns inziens een aanknopingspunt bij de invulling van de betreffende verkeersopvatting. De ratio achter de regeling kan ons in dit geval verder helpen bij de invulling van de verkeersopvatting.

De wetsgeschiedenis geeft vaak enig inzicht in de bedoelingen van de wetgever en de ratio achter bepalingen. Teleologische interpretatie en raadpleging van de parlementaire geschiedenis zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.¹²⁷

123 De art. 8:190 lid 2 en 8:780 lid 3 BW bepalen met zoveel woorden dat door het afbouwen van een schip in aanbouw geen 'nieuw schip' ontstaat. Ten gevolge van de toepasselijkheid van deze bijzondere regels komen wij met betrekking tot schepen aan de invulling van de verkeersopvatting in het kader van art. 5:16 BW niet toe.

124 Een ander voorbeeld geeft Wichers 2002, p. 215-216. Zij betoogt daar – m.i. terecht – dat bij beantwoording van de vraag of een nieuwe zaak wordt gevormd 'voor zichzelf' of 'voor een ander' de verkeersopvatting wijkt voor eventuele wettelijke bepalingen.

125 Vergl. Hartkamp 1981, p. 230-231, over 'de uitkristallisering van de goede trouw in wettelijke regels'. Vergl. Van Schilfgaarde 1999, p. 813, waar hij spreekt over 'gekristalliseerde billijkheid'. Ik vermijd overigens het innerlijk tegenstrijdige begrip 'gecodificeerde verkeersopvattingen'. Het begrip verkeersopvatting verwijst immers steeds naar ongeschreven recht.

126 Zij vervult op tweeërlei wijze een schakelfunctie (zie § 6.3.1 en 6.4.1). Hier doel ik op de schakelfunctie tussen het complex van feiten en omstandigheden en het rechtsgevolg.

127 Asser-Scholten 1974, p. 41-44.

7.5.3 Onderlinge samenhang tussen wettelijke rechtsnormen

Volgens Drion zijn beslissingsregels ‘unvollständige Rechtssätze’,¹²⁸ die slechts in onderling verband hun functie kunnen vervullen.¹²⁹

‘Dit brengt mee dat beslissingsregels altijd in de context van de aangrenzende of kruisende beslissingsregels moeten worden begrepen en uitgelegd, terwijl de zuivere gedragsregel veel meer zelfstandig, naar zijn eigen strekking kan worden toegepast.’

De beslissingsregel vervult kortom steeds zijn functie(s) in een wettelijke context en binnen een netwerk van regels. Iedere wetsbepaling moet steeds in verband met andere worden uitgelegd.¹³⁰ Dit is bij open normen die verwijzen naar de verkeersopvatting niet anders dan bij andere wettelijke bepalingen. Een rechterlijke beslissing op grond van een open norm wordt niet gegeven aan de hand van een op zichzelf staande – open – norm, maar de rechter past de beslissingsregel steeds toe en vult hem nader in met het oog op het wettelijk samenhangende systeem van relevante regels. Daarbij doel ik niet zozeer op speciale wettelijke bepalingen die vóór de algemene bepaling gaan (§ 7.5.1) als wel op andere wettelijke bepalingen van ‘gelijke rang’.

Voorbeelden van het zoeken naar dergelijke aanknopingspunten in de wet voor invulling van de verkeersopvatting in een specifiek geval geeft Wichers. Zij wijst bijvoorbeeld op het feit dat het in de rede ligt bij de vraag naar bestanddeelvorming te kijken naar ‘het gebruik, de functie of bestemming van de zaak’.¹³¹ Dit omdat de eigendom van zaken in artikel 5:1 BW wordt beschreven als ‘het recht om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak *gebruik* te maken’. Artikel 5:1 BW biedt met andere woorden aanknopingspunten voor de invulling van de verkeersopvatting in artikel 3:4 lid 1 BW. Bovendien verhoudt de verkeersopvatting zich tot het materiële criterium in artikel 3:4 lid 2 BW. Alle zaken die niet zonder beschadiging van betekenis kunnen worden afgescheiden zijn eveneens bestanddeel zijn van de hoofdzaak.¹³² Geïllustreerd zij hier dat de beslissingsregel van artikel 3:4 lid 1 BW niet volledig op zichzelf staat.

De kruisbestuiving tussen de verschillende geschreven rechtsnormen is bij het onderscheid tussen bezit en houderschap nog duidelijker. De wet bepaalt in artikel 3:108 BW met zoveel woorden dat beoordeling plaatsvindt naar verkeersopvatting, *met inachtneming van de navolgende regels*. Die regels kunnen aanknopingspunten bieden voor de invulling van die verkeersopvat-

128 Zie hierover Larenz 1991, p. 257-264; Larenz/Canaris 1995, p. 87-85.

129 H. Drion 1973, p. 60.

130 Asser-Scholten 1974, p. 45; Asser-Vranken 1995, nr. 125-129; Snijders 1978, p. 65-66.

131 Wichers 2002, p. 36 en 81.

132 Lid 2 van art. 3:4 BW kan overigens worden gezien als een *lex specialis* ten opzichte van lid 1 (zie daarover § 6.4.3.3 en 7.5.1, en daarnaast als wettelijke *topos* (zie daarover nader § 7.5.4).

ting. Zo bepaalt artikel 3:111 – kort gezegd – dat de houder zichzelf niet tot bezitter of houder voor een ander kan maken. De houder blijft houder voor de één:

‘zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak van diens recht’.

Van belang voor de beoordeling van de vraag voor wie de houder houdt, is, zo blijkt uit de wet, een *handeling van de bezitter* of een *tegenspraak van diens recht*. Deze twee aanknopingspunten zijn in geval van houderschap dus van belang voor het onderscheid tussen bezit en houderschap en voor de vraag voor wie men houdt. In ieder geval het eerste aanknopingspunt, de handelingen van de bezitter, is echter ook in algemenere zin van belang voor de beoordeling van de feitelijke macht en het onderscheid tussen bezit en houderschap (art. 3:108 BW). Een handeling waardoor bezit verloren kan gaan is bijvoorbeeld het ‘kennelijk prijsgeven van bezit’ (art. 3:117 lid 1 BW). Aanknopingspunten voor de invulling van de verkeersopvatting zoals genoemd in artikel 3:108 BW zijn kortom te vinden in de daarop volgende wetsartikelen.

Ook in het verbintenissenrecht is de onderlinge samenhang tussen de geschreven rechtsnormen van belang voor de invulling van de verkeersopvatting. De toerekening van tekortkomingen in de nakoming of onrechtmatige daden naar verkeersopvatting vindt steeds plaats binnen het kader van de wettelijke regels, waarbij de verkeersopvatting een aanvullende rol vervult.¹³³

Zo vervult de verkeersopvatting bij de toerekening van onrechtmatige daden een tussenpositie tussen de toerekening van eigen gedragingen op grond van schuld en de risicotoerekening op grond van een wettelijke kwalitatieve aansprakelijkheid.¹³⁴ Sieburgh zegt over deze verhouding tussen de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige gedragingen en de kwalitatieve aansprakelijkheden:¹³⁵

‘Ook afgezien van de samenhang tussen de kwalitatieve aansprakelijkheden en de aansprakelijkheid ex. art. 6:162 is er reden bij het achterhalen van de inhoud van verkeersopvattingen rekening te houden met de gronden waarop de kwalitatieve aansprakelijkheden rusten. Privaatrechtelijke wetgeving kan gezien worden als de codificatie van de in de maatschappij aanwezige opvattingen. In regels met betrekking tot de kwalitatieve aansprakelijkheden zijn de in de maatschappij levende opvattingen over de verdeling van schade neergelegd.’

De reikwijdte en inhoud van de geschreven wettelijke regels geven met andere woorden richting aan het toepassingsbereik en de inhoud van de verkeers-

¹³³ Zie § 6.4.3. en 7.5.1.

¹³⁴ Sieburgh 2000, p. 216-218 en 221.

¹³⁵ Sieburgh 2000, p. 217.

opvatting.¹³⁶ Reden daarvoor is dat de wettelijke regels worden geacht de in de maatschappij levende opvattingen over de risicoverdeling in deze gevallen te weerspiegelen.¹³⁷ De inpassing van toerekening op grond van de verkeersopvatting in het systeem noopt dan bijvoorbeeld tot hantering van de aanknopingspunten 'hoedanigheid van de dader' en 'aard van de gedraging'.¹³⁸

Hetzelfde geldt bij de toerekening van wanprestatie. De reikwijdte en inhoud van de verkeersopvatting wordt binnen die regeling mede bepaald door de inhoud die wordt gegeven aan de begrippen schuld, rechtshandeling en de wettelijke regels in artikel 6:76 (aansprakelijkheid voor hulppersonen) en 6:77 (aansprakelijkheid voor hulpzaken). Ik werk dat hier niet verder uit.

In deze paragraaf heb ik betoogd dat voor de invulling van de concrete verkeersopvattingen aanknopingspunten gezocht kunnen en moeten worden in het systeem van de geschreven regels. Hiervan moet worden onderscheiden de 'analogische toepassing' van wetsbepalingen.¹³⁹ Volgens Rogmans moet terughoudendheid worden betracht met 'steun zoeken bij geschreven normen' voor de invulling van de concrete verkeersopvatting.¹⁴⁰ Hij meent dat wettelijke regelingen niet steeds de neerslag vormen van in het (maatschappelijk) verkeer levende opvattingen. Wettelijke regelingen kunnen het resultaat zijn van de waan van de dag, van politieke compromissen of voortspruiten uit de opvatting van een enkele rechtsgeleerd auteur of wetgevingsjurist. Bovendien, zo stelt Rogmans:¹⁴¹

'Van de wetgever kan moeilijk worden gevergd, dat hij bij zijn arbeid incalculeert, dat de geschreven norm de inhoud van de ongeschreven norm mede bepaalt.'

Het gaat echter niet zozeer om 'analoge toepassing' van bestaande wettelijke bepalingen, maar om het bepalen van de grenzen aan de werking van de verkeersopvatting en het vinden van aanknopingspunten voor haar invulling in wettelijke regels die algemeen aanvaard zijn en gehanteerd worden. De

136 Zo ook Sieburgh 2000, p. 217.

137 Vergl. Haazen 2001, p. 293-294. Volgens hem 'geldt een vermoeden dat de wettelijke regels de maatschappelijke opvattingen reflecteren'. Een uitzondering kan gelden bij sterk verouderde wetgeving. Anders: Rogmans 2007, nr. 19. Hij acht de stelling dat in het algemeen de wetgeving een weerspiegeling van in het verkeer levende opvattingen is, voor bestrijding vatbaar.

138 Sieburgh 2000, p. 220 e.v.

139 De grens tussen delegatie, aanvulling van leemten en analogische wettoepassing is overigens heel moeilijk te trekken, zie M.v.T., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1022.

140 Rogmans 2007, nr. 19. Aan de andere kant schrijft Rogmans echter in de derde druk, t.a.p.: 'Het spreekt voor zich dat een (specifieke) wettelijke regeling die inhoud geeft aan een verkeersopvatting, in zoverre een einde maakt aan de relevantie van het zoeken naar de inhoud ervan (Wichers *ibid.*).'

141 Rogmans 2007, nr. 19. Houwing, die de wetgever al in 1947 gemakzucht en een niet te verontschuldigen gemis aan voorstellingsvermogen verweet, zou het op dit punt waarschijnlijk niet met Rogmans eens zijn geweest.

positie van de verkeersopvatting als – aanvullend werkend – ongeschreven recht binnen het wettelijke systeem, bepaalt mede haar werking en reikwijdte en biedt aanknopingspunten voor haar concrete invulling. De reikwijdte van de verkeersopvatting vindt enerzijds haar grenzen in de omliggende geschreven wettelijke regels (als *legi speciali*), terwijl de inhoud van die regels anderzijds aanknopingspunten biedt voor de concretisering van de verkeersopvatting.¹⁴²

7.5.4 Verhouding tot andere wettelijke *topoi*

Bijzondere aandacht verdienen in dit verband de wettelijke *topoi*. De verkeersopvatting is een *topos* en rechtsnormen die verwijzen naar de verkeersopvatting zijn topisch geformuleerde normen.¹⁴³ De norm verwijst naar een of meerdere gezichtspunt(en).¹⁴⁴ Eerder liet ik zien dat het gezichtspunt ‘verkeersopvatting’ steeds van algemene aard is, met een relatieve betekenis, dat zich steeds op een bepaalde manier verhoudt tot andere *topoi*.¹⁴⁵

Met name dat laatste aspect, de verhouding tot andere wettelijke *topoi*, vraagt in het kader van de context van de wet om aandacht. Soms is de verkeersopvatting het enige *topos*. Veel vaker wordt zij gehanteerd in combinatie met andere *topoi* zoals: schuld, wet, de aard van de overeenkomst, de rechtshandeling, de overige omstandigheden van het geval, materiële verbondenheid, waarde etc.¹⁴⁶ De wet verwijst dan naar verschillende gezichtspunten van algemene aard of ‘vindplaatsen van argumenten’. Hoe verhouden deze wettelijke *topoi* zich tot elkaar?

Kenmerkend voor de topiek is dat een rangorde van *topoi* in beginsel niet te geven is.¹⁴⁷ De gezichtspunten zijn in beginsel gelijk in rang. Nu eens zal het éne gezichtspunt zwaarder wegen en duidelijkere argumenten bieden, dan weer zal het minder gewicht in de schaal leggen en zal een ander gezichtspunt aanknopingspunten bieden voor een oplossing. *In beginsel*, want de uitzondering bevestigt ook in dit geval de regel. Lang heb ik geworsteld met de vraag hoe een gelijke rang van de verschillende wettelijke *topoi* te rijmen is met de constatering dat de verkeersopvatting in het vermogensrechtelijk systeem slechts een aan de wet aanvullende functie lijkt te vervullen.¹⁴⁸ Hoe kan het

142 Dit heeft alles te maken met de hiervoor beschreven *coherentiebenadering* van het recht, zie § 7.5.

143 Zie over de terminologie § 4.5.1.

144 Hetzij een algemene gezichtspunt (een *topos* in klassieke zin), hetzij een vindplaats van argumenten (een *topos* in modernere zin).

145 Zie daarover uitgebreider § 4.5.3-4.5.5.

146 Zie nader § 4.5.5.1.

147 Zie nader § 4.5.5.3.

148 Zie daarover § 4.5.5.3 en 6.4.3.

topos 'verkeersopvatting' gelijk in rang zijn aan andere wettelijke *topoi* en toch ten opzichte van het *topos* 'wet' slechts subsidiair een rol spelen?

De verklaring daarvoor is mijns inziens gelegen in het feit dat de wet een *topos* is met een bijzondere status.¹⁴⁹ Zowel Vranken als Smith wijzen op het feit dat het gezag van de wet over het algemeen groter is dan het gezag van andere rechtsbronnen. Vranken spreekt in dit verband over de 'functionele autoriteit' van wetten.¹⁵⁰ Volgens Smith bezit de wet niet deze bijzondere autoriteit omdat zij wet is, maar is haar bijzondere status gelegen in het feit dat de wet *gezag* heeft binnen de gemeenschap.¹⁵¹ De wet is volgens hem weliswaar een *topos* zonder onvoorwaardelijke gelding,¹⁵² maar de positief-rechtelijke oorsprong van de wettelijke regels vormt 'een gegronde reden om voorlopig van de gelding van de regel uit te gaan'.¹⁵³

Deze gedachte, waarmee het primaat van de wet en de gebondenheid aan de wet wordt verwoord, is in Nederland algemeen aanvaard.¹⁵⁴ Dit primaat van de wet volgt uit het constitutionele systeem dat wij in Nederland kennen en de daaruit voortvloeiende codificatiegedachte.¹⁵⁵ Onze algemene civielrechtelijke codificatie dwingt de rechter zijn beslissing te legitimeren op grond van wat de wet bepaalt.¹⁵⁶ Binnen het bestuursrecht en het strafrecht wordt in dit verband wel gewezen op grote rol die het legaliteitsbeginsel speelt.¹⁵⁷

Hoewel algemeen wordt aangenomen dat de burgerlijke rechter zich meer vrijheid mag veroorloven ten opzichte van de wet dan de strafrechter of de bestuursrechter, staat naar mijn mening ook in het civiele recht de codificatiegedachte nog steeds voorop. Het rechtsvindingsdebat, over de vraag hoe vrij de rechter is bij de uitleg van de wet, vindt ook ten aanzien van het civiele recht, vooral plaats *binnen het bestek* van de wet.¹⁵⁸ Uitgangspunt daarbij is, – het volgens Koopmans binnen het rechtsvindingsdebat vaak over het hoofd geziene – gegeven dat:¹⁵⁹

149 Smith 1998, p. 39.

150 Asser-Vranken 1995, nr. 180.

151 Smith 1998, p. 39. Zo ook Scholten 1974, p. 33.

152 Recht is plaats- en tijdgebonden en kan alleen worden begrepen als een maatschappelijk verschijnsel dat voortdurend verandert. Een beroep op de wet zal daarom niet slagen indien de gemeenschap aan andere factoren groter gezag toekent. Zie Asser-Scholten 1974, p. 77 en Smith 1998, p. 38-39.

153 Smith 1998, p. 40.

154 Zie bijv.: Snijders 1996, p. 216 en de door hem genoemde auteurs Koopmans, M. Scheltema, Cleiren, Van Roermund en Vranken, allen in: *Bundel Rechtsvinding* 1996; en bijv. Lokin 1992 en Reehuis 1992.

155 Zie art. 107 lid 1 Gw: 'De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken (...)'.
156 Reehuis 1992, p. 61.

157 Scheltema en Cleiren in: *Bundel Rechtsvinding* 1996, p. 21 resp. p. 61.

158 Koopmans in: *Bundel Rechtsvinding* 1996, p. 1.

159 Koopmans in: *Bundel Rechtsvinding* 1996, p. 1. Zie ook de bijdrage van Van Roermund in dezelfde bundel, p. 43-60.

‘de rechter zich beweegt binnen een vastliggend waardepatroon, een patroon dat hij als gegeven aanvaardt en waar hij niet aan morrelt.’

Ongeschreven recht, zo heb ik in het vorige hoofdstuk laten zien, zal slechts in zeer bijzondere gevallen kunnen derogeren aan de wet, en aan die derogende werking moeten zware eisen worden gesteld.¹⁶⁰ Noch van het gewoonterecht, noch van de redelijkheid en billijkheid kan gezegd worden dat zij zonder meer kunnen derogeren aan de wet.

De gebondenheid aan de wet wordt bevestigd door het nog altijd geldende artikel 11 AB:

‘De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen’.

Het is in Nederland nog altijd aan de wetgever om het ‘waardepatroon’ vast te leggen, en aan de rechter om – zoveel mogelijk binnen het gegeven kader – de wet toe te passen.

Dit alles verklaart waarom aan wettelijke regels die een oplossing bieden voor de rechtsvraag door de rechter over het algemeen voorrang zal worden geboden boven de verkeersopvatting. Waar, zoals in de artikelen 3:76, 6:75 en 6:162 lid 3 BW, wordt verwezen naar de wet, zal een specifieke wettelijke regeling voorgaan boven de verkeersopvatting, die verwijst naar ongeschreven recht.¹⁶¹ Dit argument geldt alleen voor het *topos* wet en daar waar specifieke wettelijke bepalingen voorhanden zijn. Andere *topoi* die in de wet genoemd worden zijn gelijk in rang met het *topos* verkeersopvatting.

7.6 DE CONTEXT VAN HET SPECIFIEKE GEVAL

De tweede context is die van het specifieke geval. Open beslissingsregels dwingen tot het aanknopen bij de feiten en omstandigheden van het specifieke en concrete geval. De reden voor het opnemen van dergelijke open normen is immers onder andere gelegen in de noodzaak om ruimte te bieden aan beslissingen die recht doen aan de diversiteit van gevallen, waardoor – billijk – maatwerk kan worden bereikt in het specifieke geval.¹⁶²

Paradoxaal genoeg laat de ‘context van het specifieke geval’ zich het beste preciseren door het geval te vergelijken met gevallen die daarmee juist *verschillen*. Het scherp stellen op de specifieke relevante feiten en omstandigheden

¹⁶⁰ Zie § 6.4.3.1.

¹⁶¹ Zie ook hiervoor § 7.5.1.

¹⁶² Zie § 2.4. Voor de volledigheid merk ik op dat gevalsvergelijking niet alleen een bruikbare rechtsvindingstechniek is bij de invulling van open normen en onbepaalde begrippen, maar ook waardevol kan zijn bij de interpretatie van – minder open – wetsbepalingen en de bepaling van de reikwijdte of analoge werking daarvan. Zie: Wiarda/Koopmans 1999, p. 113.

geschiedt niet zozeer door de lens te richten op het geval dat beslist moet worden, maar door de focus in eerste instantie te richten op omliggende, of zelfs ver verwijderde, andere gevallen. Beslissingsregels vervullen kortom een belangrijke situeringsfunctie.¹⁶³ Hun open karakter maakt het mogelijk om het concrete geval en de concrete beslissing te situeren tussen andere concrete gevallen en beslissingen. Wiarda spreekt in dit verband over het lokaliseren van de plaats van het te beoordelen geval.¹⁶⁴

‘op de geleidelijkheidslijn die de beide varianten verbindt waarvan de oplossing wél duidelijk is.’

Consequente gevalsvergelijking leidt zodoende tot rechtsverfijning. Het reliëf van de geleidelijkheidslijn wordt ermee in kaart gebracht.¹⁶⁵

Vergelijking van gevallen vereist steeds een *tertium comparationis*, een object of opzicht van vergelijking.¹⁶⁶ Wat wordt *waarmee* vergeleken? Voor de hand ligt het antwoord dat het voorliggende complex van feiten en omstandigheden wordt vergeleken met andere complexen van feiten en omstandigheden. Deze – rijkelijk vage – omschrijving van het vergelijkingsproces dekt de lading echter niet en biedt geen sluitende verklaring voor de uitkomst van een individuele beslissing.¹⁶⁷ Vergeleken worden mijns inziens de complexen van feiten en omstandigheden *met het oog op de rechtsgevolgen*.¹⁶⁸

Gevalsvergelijking geschiedt op verschillende manieren.¹⁶⁹ Veelal worden twee vormen van gevalsvergelijking onderkend: vergelijking van een concreet geval met één of meer eerdere gevallen (precedenten) en vergelijking van een concreet geval met hypothetische gevallen.¹⁷⁰ Ik onderscheid vier vormen van vergelijking: subsumptie (§ 7.6.1), vergelijking met precedenten (§ 7.6.2), vergelijking met behulp van gezichtspunten- of omstandighedencatalogi (§ 7.6.3) en hypothetische vergelijking (§ 7.6.4).

163 H. Drion 1963, p. 54.

164 Wiarda/Koopmans 1999, p. 108.

165 Asser-Scholten 1974, p. 122-123, spreekt van oefening, door vergelijking van de talloze schakeringen, die het inzicht verscherpt. Vergl. Nieuwenhuis 1976, p. 505-506.

166 Nieuwenhuis 1976, p. 502-504; Reurich 2005, p. 91.

167 Vergl. de kritiek van Smits (2006, p. 138-139) op het opsommen van beslisfactoren en omstandigheden in het kader van de belangenafweging en de kritiek van Barendrecht (1992, p. 186-190).

168 Zie ook § 6.4.1.2 over de ‘gesloten concretisering’.

169 Nieuwenhuis 1976, p. 507 noemt de analogieredenering, de rechtsverfijning en het a contrario argument voorbeelden van vergelijkend denken, naast de vergelijkingsmethode van Wiarda.

170 Barendrecht 1992, p. 183-186; Smith 2007, p. 203. De hypothetische vergelijkingsmethode wordt beschreven in Wiarda/Koopmans 1999, hoofdstuk 12.

7.6.1 Evidente verkeersopvattingen: 'subsumptie'

De toepassing van een regel op een geval bergt altijd een element van vergelijking in zich. Recht toepassen is vergelijken. De rechtstoepasser zoekt een regel bij de feiten¹⁷¹ en zijn blik gaat daarbij heen en weer tussen feiten en norm.¹⁷² Hij moet de regel *concretiseren*, toesnijden op de feiten, en van de feiten *abstraheren*.¹⁷³

Soms is de regel glashelder en behoeft de jurist nauwelijks te zoeken. Hij kan het complex van feiten en omstandigheden 'subsumeren' onder de regel en via een eenvoudige syllogistische redenering zijn beslissing legitimeren. Daarmee constateert hij in feite dat het te beslissen geval gelijkwaardig is aan door de regel bestreken gevallen of nog te bestrijken andere gevallen.¹⁷⁴ Algemeen wordt aangenomen en aanvaard dat met deze constatering een 'sprong' wordt gemaakt van feiten naar norm¹⁷⁵ en dat de beslissing een eigen normstellend karakter heeft.

Subsumptie van een complex van feiten en omstandigheden onder een open norm is niet zomaar mogelijk, omdat de inhoud van een open norm niet abstract kan worden vastgesteld.¹⁷⁶ De toepasselijke rechtsregel kan slechts worden gedestilleerd uit de combinatie van de geschreven beslissingsregel en de ongeschreven opvatting over behoren.¹⁷⁷ Die ongeschreven opvatting dient eerst *geconcretiseerd* te worden.

Dit geldt voor veel gevallen, maar niet voor alle gevallen. Niet alleen geschreven regels kunnen glashelder en scherp zijn en zich lenen voor een proces van subsumptie; ook ongeschreven regels zijn soms evident en liggen dan voor 'enkele toepassing' – zij het steeds in combinatie met de open norm – gereed.¹⁷⁸ Het in kaart brengen van evidente verkeersopvattingen loont, voor zover dit in kaart brengen mogelijk is.¹⁷⁹ Evidente verkeersopvattingen bieden een oplossing in 'makkelijke gevallen'.

171 Reurich 2005, p. 30-45 spreekt in dit verband van een 'regelistische opvatting van het recht'. Een strikt regelistische opvatting wordt door hem ten aanzien van vage gedragsnormen verworpen.

172 Barendrecht 1992, p. 162; Reurich 2005, p. 34, met verwijzing naar Larenz, Canaris, Gadamer, Schleiermacher en Esser. Zie ook § 4.6.

173 Nieuwenhuis 1976, p. 496 en 500-501. Zie ook § 4.6.

174 Vergl. Koopmans in Wiarda/Koopmans 1999, p. 122.

175 Asser-Scholten 1974, p. 7-12; H. Drion 1973, p. 51; Reurich 2005, p. 33, 38 en 71-72.

176 Nieuwenhuis 1976, p. 501. Vergl. Hesselink 1999, p. 42, met vermelding van bronnen.

177 Zie § 7.2.1.

178 Dat het verkrijgen van een beslissing door toepassing van een heldere regel op een concreet geval eveneens een proces van rechtsvinding is dat theoretisch lastig beschrijfbaar en verklaarbaar is, laat ik hier verder onbesproken.

179 Zie § 3.5.1. Vergl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 115: 'Over gevallen waarvoor de oplossing evident is, plegen geen processen te worden gevoerd'.

7.6.2 Gevalsvergelijking aan de hand van precedënten

Het vinden van de – niet direct glasheldere – regel in moeilijke(re) gevallen geschiedt door een proces van *concretisering*.¹⁸⁰ De geconcretiseerde verkeersopvatting in het specifieke geval biedt vervolgens vergelijkingsmateriaal voor volgende gevallen.

‘Vor allem ist dabei zu beachten, daß jede (gelungene) Konkretisierung eines Maßstabes ein Maß für die Beurteilung weitere, hinsichtlich der Wertungsgesichtspunkte gleichartiger Fälle setzt.’¹⁸¹

Kan de geconcretiseerde verkeersopvatting precedentwerking hebben? Daarover allereerst een enkele opmerking, alvorens nader in te gaan op ‘het proces van concretisering’ aan de hand van precedënten.

i) *Verkeersopvattingen en precedentwerking*

Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten om uitgebreid in te gaan op het hoe en waarom van de binding aan precedënten in Nederland. De vraag is bovendien redelijk recent aan een grondige analyse onderworpen door Teuben.¹⁸² Ik volsta met de opmerking dat over het algemeen zowel in de literatuur als door de rechterlijke instanties een vorm van – voorwaardelijke – gebondenheid aan precedënten in Nederland wordt aanvaard.¹⁸³ Een absolute binding aan precedënten (een *stare decisis*) wordt algemeen verworpen. Eerdere rechterlijke uitspraken vormen *persuasive precedents*¹⁸⁴ waaraan rechters in meer of mindere mate gebonden zijn. De mate van gebondenheid hangt af van de kracht van de argumenten die wijzen in de richting van gebondenheid.¹⁸⁵ Aangenomen wordt dat gebondenheid aan precedënten in Nederland

180 De idee van de ‘normconcretisering’ heeft, sinds de eerste publicatie daarover van Engisch (1953), met name in Duitsland een grote vlucht genomen, zie recentelijker Röthel 2004, *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Zie ook: Weber 1992, Barendrecht 1999, p. 37; Kamana-brou 2002, Reurich 2005, p. 33.

181 Larenz 1991, p. 213.

182 Teuben 2004, hoofdstuk 7.

183 Zie Kottenhagen 1986, p. 184-188; Koopmans in Wiarda/Koopmans 1999, p. 125; Snijders 1995, p. 14, 26-29; Hesselink 1999, p. 401; Teuben 2004, p. 278-280 en de door deze auteurs genoemde bronnen. Vergl. voor Duitsland Ohly 2001, p. 16-24 en de aldaar genoemde bronnen.

184 Teuben 2004, p. 256-257, 280 en 316-318. Anders Koopmans in Wiarda/Koopmans 1999, p. 128-129, die over *binding precedents* spreekt en Hesselink 1999, p. 401, die van *stare decisis* spreekt. Ook zij verwerpen echter (t.a.p.) een absolute binding aan precedënten.

185 Teuben 2004, p. 268-279. Argumenten vóór binding aan eerdere precedënten kunnen gevonden worden in het de rechtsontwikkelingsfunctie van de rechtspraak, de rechtseenheid (voor zover het precedent van de Hoge Raad afkomstig is), het rechtsgelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Argumenten die twijfel kunnen zaaien over de binding aan een eerder precedent zijn bijvoorbeeld wijzigingen in maatschappelijke opvattingen of omstandigheden sinds de eerdere uitspraak of het beperkte toepas-

vooral verloopt langs hiërarchische lijnen en dat met name de uitspraken van de Hoge Raad, als college dat de rechtseenheid en rechtsontwikkeling op civielrechtelijk gebied bewaakt, precedentwaarde zullen hebben.¹⁸⁶

Na deze korte prelude de kernvraag. Hebben – in de rechtspraak geconcretiseerde – verkeersopvattingen precedentwaarde? Het antwoord op die vraag hangt allereerst af van het antwoord op de vraag of verkeersopvattingen *recht* weergeven en *rechtsovertuigingen* zijn.¹⁸⁷ Welke theorie over recht ook wordt aangehangen,¹⁸⁸ algemeen wordt immers aangenomen dat alleen de gevonden rechtsregel (de rechtsopvatting, de rechtsbeslissing, de *proposition of law*) precedentwaarde kan hebben.¹⁸⁹ Wie de door de rechter gevonden verkeersopvatting beschouwt als een feitelijk gegeven zal aan haar geen precedentwerking kunnen toekennen.

Zoals hiervoor bleek ben ik de mening toegedaan dat de verkeersopvatting in al haar verschijningsvormen *rechtsopvatting* is; een normatieve opvatting over behoren, die niet ziet op gedrag, maar op het verbinden van een rechtsgevolg aan de kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden.¹⁹⁰ In zoverre is er voor het aannemen van enige vorm van precedentbinding naar mijn mening geen probleem. Sterker nog, de verkeersopvatting is steeds een opvatting *van algemene aard*, in die zin dat het nooit zal gaan om een regel die slechts tussen twee partijen in een bijzonder en concreet geval geldt, maar steeds om wat *men* vindt met betrekking tot bepaalde feitencomplexen en hun rechtsgevolgen.¹⁹¹ Deze algemene aard, en daardoor haar brede toepassingsbereik, pleit vóór precedentwerking van verkeersopvattingen.¹⁹²

Een ander mogelijk obstakel voor precedentwerking bestaat echter wel. Zij is gelegen in het intrinsiek veranderlijke karakter van de verkeersopvatting. Dit veranderlijke karakter heeft in theorie zowel gevolgen voor de rechtsvinding als voor de mogelijke – voorwaardelijke – precedentwerking van de verkeersopvatting.¹⁹³ Consequente acceptatie van de veranderlijkheid van

singsbereik van de regel naarmate die meer is toegespitst op de bijzonderheden van een concreet geval.

186 Snijders 1995, p. 33-34; Teuben 2004, p. 282. Zie over de specifieke problemen m.b.t. de geringe precedentwaarde van verwerpende gemengde beslissingen Asser-Veegens 2005, nr. 189.

187 Zie over de samenhang tussen de erkenning van binding aan precedenteren en de opvatting over 'wat recht is' en de verhouding tussen rechter en wetgever de heldere uitleg van Teuben (2004, p. 235-239).

188 Onderscheiden worden de declaratoire theorieën enerzijds en de positivistische of constitutionele theorieën anderzijds. Zie uitgebreider Haazen 2001, p. 55-72 en Teuben 2004, p. 235-239.

189 Snijders 1995, p. 26; Ohly 2001, p. 41; Teuben 2004, p. 250-257 en 286-291. Zie ook Kottentzen 1986, p. 191-205.

190 Zie § 3.4, § 4.2, § 5.2.3 en § 6.4.1.

191 Zie § 4.5.3 over dit algemene karakter en § 6.4.2.1-6.4.2.3 over de problemen rondom het meten van consensus.

192 Zie Teuben 2004, p. 289-291.

193 § 4.3.2.

de verkeersopvatting zou betekenen dat zij geen precedentwerking zou kunnen en mogen hebben. De rechter kan en mag er immers nooit zomaar vanuit gaan dat een eerder gangbare en gevonden verkeersopvatting nog steeds de geldende opvatting weergeeft.

In werkelijkheid wordt de soep echter minder heet gegeten dan zij hier wordt opgediend. De belangrijkste reden om af te wijken van bestaande precedents is immers gelegen in maatschappelijke ontwikkelingen en verandering van maatschappelijke omstandigheden.¹⁹⁴ Niet voor niets spreekt de doctrine in Nederland van een *voorwaardelijke binding* aan precedents. Een absolute binding aan precedents wordt hier te lande niet aanvaard. Van eerder gevonden rechtsregels en rechtsovertuigingen mag – zij het beargumenteerd – worden afgeweken, indien maatschappelijke ontwikkelingen daartoe aanleiding geven.¹⁹⁵

Het verschil tussen ‘gewone precedents’ en ‘verkeersopvattingen’ is dan ook slechts een verschil in nuance. De noodzaak om rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen en veranderingen zit in de verkeersopvatting als het ware *ingebakken*. De rechter is bij wijze van spreken gedwongen om de eerder gevonden verkeersopvatting (het precedent) steeds tegen het licht te houden om te bezien of in de maatschappelijke ontwikkeling een reden ligt om aan te nemen dat eerder gevonden verkeersopvatting is gewijzigd. Hij moet de – eerder gevonden – verkeersopvatting steeds opnieuw *objectiveren* en *relativeren*.¹⁹⁶

Net als andere gevonden rechtsovertuigingen hebben verkeersopvatting kortom slecht voorwaardelijke precedentwerking. Het hier genoemde nuanceverschil zou hoogstens kunnen leiden tot het aannemen van een verschil in argumentatielast. Afwijking van een precedent vraagt steeds om rechtvaardiging; de rechter moet zijn van het precedent afwijkende beslissing motiveren.¹⁹⁷ Ten aanzien van verkeersopvattingen geldt, gelet op haar intrinsieke veranderlijkheid, mijns inziens, eveneens het omgekeerde. Niet alleen afwijking van het eerdere precedent, maar ook het *oordelen conform het eerdere precedent* vraagt om een *rechtvaardiging*. Het zou de rechter sieren indien hij, bij de hantering van eerder gevonden verkeersopvattingen als precedent, zou opmerken dat de maatschappelijke ontwikkelingen *niet* nopen tot het aannemen van een wijziging in die verkeersopvatting. Daarmee zou hij rekenschap geven

194 Zie Snijders 1995, p. 31-32; Kottenhagen 1986, p. 254-256; Hesselink 1999, p. 401; Teuben 2004, p. 283 en door hen genoemde bronnen.

195 Teuben 2004, p. 237, spreekt in dit verband over de bevoegdheid van de rechter om niet alleen regels te *vormen*, maar ook om te *hervormen*. Zie over de argumentatielast Snijders 1995, p. 33 en de daar genoemde bronnen en Asser-Veegens 2005, nr. 102, over de noodzaak tot motiveren bij het afwijken van ‘vuistregels’.

196 Zie § 7.7.

197 Kottenhagen 1986, p. 296-300; Asser-Vranken 1995, nr. 190; Snijders 1995, p. 33; Teuben 2004, p. 286.

van het feit dat hij het intrinsiek veranderlijke karakter van de verkeersopvatting in aanmerking heeft genomen.¹⁹⁸

In het kader van de precedentwerking van verkeersopvattingen moet een onderscheid worden gemaakt tussen *overruling* en *distinguishing*.¹⁹⁹ Van *overruling* is sprake in gevallen waarin de verkeersopvatting geacht wordt gewijzigd te zijn ten gevolge van maatschappelijke ontwikkelingen en gewijzigde maatschappelijke opvattingen. Wij spreken van *distinguishing* indien de rechter oordeelt dat de feiten in een later geval zodanig anders liggen, dat de in het precedent neergelegde verkeersopvatting daarop niet van toepassing is.²⁰⁰ Het precedent verliest daardoor niet zijn gelding maar de reikwijdte van de rechtsregel kan door de gevalsvergelijking verandering ondergaan. De kunst van *distinguishing* wordt bij het hanteren van de verkeersopvatting inmiddels beoefend.

ii) *Distinguishing (of gevalsonderscheiding)*

Het doorhakken van een juridische knoop over een niet onmiddellijk evidente verkeersopvatting leidt tot concretisering van die verkeersopvatting voor het specifieke geval. Die geconcretiseerde – gevonden – verkeersopvatting kan vervolgens uitgangspunt zijn voor nadere concretisering en zodoende voor verdere rechtsvorming. Rechters zullen vergelijkbare zaken die op punten verschillen leggen naast de reeds besliste kwestie. In Duitsland wordt in dit verband wel gesproken van de ‘bemiddelende functie’ van precedenten tussen de abstracte tekst van de *Generalklausel* en het concrete *Einzelfall*.²⁰¹

Een mooi voorbeeld hiervan met betrekking tot de verkeersopvatting biedt het – door Van Schaick en Abas zo verguisde²⁰² – arrest Spruijt/Tigche-laar²⁰³ over de gestolen huurauto. In die kwestie oordeelde de Hoge Raad dat de diefstal van een huurauto, die voor korte tijd werd gehuurd door een natuurlijke persoon van een professionele verhuurder, *niet* krachtens verkeersopvatting voor rekening en risico van de huurder kwam. Huurster Spruijt kon zich kortom op overmacht beroepen (art. 6:75 BW).

Inmiddels zijn twee uitspraken gewezen in vergelijkbare zaken, waarin de rechter de kunst van *distinguishing the case* beoefende. De éne kwestie betrof een door een professionele huurder voor langere tijd gehuurde machine die werd gestolen.²⁰⁴ De andere kwestie betrof een door een natuurlijke persoon

198 Zie nader over de motiveringsplicht hierna § 7.9.2 sub i).

199 Teuben 2004, p. 234 en 247-250.

200 Wiarda/Koopmans 1999, p. 124; Teuben 2004, p. 249.

201 Ohly 2001, p. 17, met verwijzing naar Schlüchter.

202 Zie § 2.6.2. Van Schaick en Abas spreken van een rechtspolitieke beslissing resp. een machtswoord.

203 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 m.nt. P. Abas in NTBR 1998/3, p. 85-87.

204 Hof Leeuwarden 2 mei 2001, NJ 2002, 68 (*De Jong/Hama*). Vergl. echter ook Hof Den Bosch 22 april 2003, LJN AF9125 (*gestolen aggregaat*), waarin diefstal van een aggregaat (gehuurd voor onbepaalde tijd van een professionele verhuurder) juist *niet* werd toegerekend aan

gehuurde auto, waarop in Joegoslavië, buiten schuld van de huurder, strafrechtelijk beslag werd gelegd.²⁰⁵ In beide zaken werd het beroep op overmacht van de huurder afgewezen, omdat volgens de betreffende rechterlijke colleges de feiten en omstandigheden in die zaken op fundamentele punten verschilden van de *material facts*²⁰⁶ die de doorslag gaven in de zaak Spruijt/Tigchelaar (diefstal, van een voor betrekkelijk korte tijd gehuurde auto, door een natuurlijke persoon, van een professionele verhuurder). Ten aanzien van de gehuurde machine was het verschil gelegen in het feit dat de huurder een professionele partij was en de huur voor onbepaalde tijd was aangegaan. In de kwestie betreffende het strafrechtelijke beslag op de auto oordeelde de rechter dat de huurder deze 'gedurende langere tijd' tot zijn beschikking zou krijgen en hij overwoog dat geen sprake was van diefstal, maar van beslag. Daarbij achtte hij relevant dat de verhuurder zich tegen diefstal kan en ook pleegt te verzekeren, hetgeen niet gebruikelijk is ten aanzien van 'schade uit beslag'.²⁰⁷

Waar het mij om gaat is het feit dat de rechter beziet of de verkeersopvatting die hem bekend is uit het arrest Spruijt/Tigchelaar ook van toepassing is in de huurzaak die aan hem werd voorgelegd. De geconcretiseerde verkeersopvatting biedt aldus aanknopingspunten voor nadere concretisering. De rechter tracht kortom zijn beslissing te plaatsen tussen (of ten opzichte van) de hem bekende eerdere beslissingen. In dit opzicht vervult de beslissingsregel waarin de verkeersopvatting voorkomt (in de genoemde gevallen art. 6:75 BW) een situeringsfunctie.²⁰⁸ Aanknopingspunt voor die situering is veelal niet zozeer dat 'het gelijke gelijk' moet worden beoordeeld, maar 'het ongelijke ongelijk'.²⁰⁹ Daarnaast bieden de drie uitspraken een illustratie van het feit dat de beslissing de neiging heeft om regel te worden,²¹⁰ en zodoende uitgangspunt kan zijn voor verdere rechtsvorming. Dit is zelfs het geval indien de eerste uitspraak in eerste instantie slechts een machtswoord, een stoplap of een dooddoener lijkt.

De relevante vraag is vervolgens *hoe* de rechter aan de 'regel' of 'precedent-norm' komt in die gevallen die niet eerder beslist zijn en waarvoor zich geen onmiddellijk evidente verkeersopvatting aandient.

de huurder, omdat de verhuurder van het mogelijke gevaar van diefstal op de hoogte was en had verzuimd de huurder – die dit gevaar niet kende en beschikte over een goed beveiligd bedrijfsterrein – daarvoor te waarschuwen.

205 Rb. Haarlem 16 juli 2002, LJN AE5326 (*Diks Autoverhuur*).

206 *Material facts* zijn de relevante en doorslaggevende feiten. Zie daarover Teuben 2004, p. 250 en 253.

207 De uitspraken dienen hier slechts als voorbeeld van de kunst van het onderscheiden en worden hier niet nader inhoudelijk besproken.

208 Zie H. Drion 1973, p. 60.

209 Vergl. Teuben 2004, p. 255.

210 Deze observatie is van Scholten ('Kenmerken van recht' in: *Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949), zie daarover uitgebreid Kottenhagen 1986, p. 153-156 en Teuben 2004, p. 260-261.

iii) *De Fallgruppenmethode*

Een beroemde methode voor de concretisering van open normen en het vinden van precedentnormen is het werken met *Fallgruppen*. Concretisering leidt tot een 'scherpe regel' voor het specifieke geval, of *Fallnorm*.²¹¹ Algemeen wordt aangenomen dat het mogelijk is door vergelijking van de verschillende gevallen, op enig moment het netwerk van casuïstiek (de *Fallnormen*) te categoriseren in *Fallgruppen*.²¹² Vergelijkbare typen gevallen, die zich door dezelfde omstandigheden kenmerken, worden in *Fallgruppen* gebundeld en daaruit worden – abstractere – subregels afgeleid op grond waarvan toekomstige gevallen worden beoordeeld. Vergelijking leidt kortom tot groepering, leidt tot het ontstaan van – abstracte – subregels, zo is een algemene aanvaarde theorie.²¹³ Onder de *Generalklausel* of open norm groeit als het ware een 'binnensysteem' van subregels voor typische gevallen²¹⁴ zonder dat dit systeem ooit af is of verstart.²¹⁵

'(...) jede gelungene Konkretisierung trägt, als beispielgebend, zur weiteren Konkretisierung des Maßstabes bei, ohne daß dieser Prozeß jemals „am Ende“ wäre.'

Sieburgh noemt in verband met de verkeersopvatting als toerekeningsgrond voor eigen onrechtmatig gedrag twee nadelen aan de *Fallgruppenmethode*.²¹⁶ Zij wijst ten eerste op het feit dat deze toerekeningsgrond – ten tijde van het schrijven van haar proefschrift – nog slechts sporadisch gebruikt werd, zodat de spaarzame gevallen nog niet onder te brengen zijn in door een gemeenschappelijke structuur gekenmerkte *Fallgruppen*. Naast dit praktische probleem merkt zij ten tweede op dat 'nauwelijks onderzoek is verricht naar de normen die achter het begrip verkeersopvattingen schuilgaan'. Zonder 'overkoepelende uitgangspunten' missen de eventueel te vormen *Fallgruppen*, volgens haar, verband met het systeem waarbinnen zij moeten gaan werken. Ten aanzien van de uit eventuele *Fallgruppen* te destilleren subregels, bestaat daarom het

211 De zogenaamde *Fallnormtheorie*, die kort gezegd inhoudt dat alle *Fallnormen* gezamenlijk het objectieve recht vormen, is ontwikkeld door Fikentscher in zijn *Methoden des Rechts*. Zie hierover Kottenhage 1985, p. 160-165; (in kritische zin) Weber 1992; Snijders 1995, p. 22-24 en Haazen 2001, p. 281-285, Kamanabrou 2002, p. 672-675.

212 Snijders 1995, p. 25; Larenz/Canaris 1995, p. 44-45 en 112-113; Hesselink 1999, p. 55-56; Sieburgh 2000, p. 219; Reurich 2005, p. 34.

213 Zie voor een bespreking van de kritiek op de *Fallgruppen*-methode: Hesselink 1999, p. 57-58; Snijders 1995, p. 24-26; Kottenhage 1986, p. 178-184. Kritiek werd ook geuit door Weber 1992, p. 535 e.v. Kritiek van een andere orde wordt te berde gebracht door Reurich 2005, p. 35-37. Hij meent dat het concept van regeltoepassing, waarop de methode volgens hem is gebaseerd, bij vage normen problematisch is.

214 Hesselink 1999, p. 49 en 57-58.

215 Larenz 1991, p. 224.

216 Sieburgh 2000, p. 219-220.

gevaar dat zij 'geïsoleerd blijven van elkaar en van het systeem' en daarom geen duidelijke aanknopingspunten voor nieuwe gevallen bieden.²¹⁷

Het eerste probleem dat Sieburgh beschrijft, betreft niet alleen de toerekening krachtens verkeersopvatting van onrechtmatige gedragingen. Ook binnen veel andere leerstukken staat de beoordeling van geschillen aan de hand van de verkeersopvatting nog in de kinderschoenen en zijn, wegens gebrek aan uitspraken, absoluut nog geen *Fallgruppen* aan te wijzen.²¹⁸ Het tweede probleem, het 'gemis aan overkoepelende uitgangspunten' en 'gebrek aan inzicht in de normen die achter het begrip verkeersopvatting schuilgaan', is mijns inziens niet een probleem dat aan het groeperen van *Fallgruppen* in de weg staat. Enerzijds hoop en meen ik dat dit onderzoek een bijdrage levert aan dat inzicht in de uitgangspunten en normen achter de verkeersopvatting. Anderzijds meen ik dat ook ten aanzien van andere open normen (redelijkheid en billijkheid, goede zeden, maatschappelijke betamelijkheid etc.) niet steeds op voorhand duidelijk is of is geweest wat daarvan de uitgangspunten en achterliggende normen zijn geweest. Dit heeft ons echter niet belet om onder deze open normen een netwerk van casuïstiek en *Fallgruppen* te bouwen en te onderscheiden.²¹⁹

iv) Subregels

Een legitieme vraag is daarentegen of wij subregels afleiden uit *Fallgruppen*, dan wel of wij *Fallgruppen* bouwen rondom subregels. Met andere woorden: ontstaan subregels wel steeds uit *Fallgruppen*? Daaraan moet mijns inziens, althans voor zover het verkeersopvattingen betreft, ernstig worden getwijfeld.

Die twijfel hangt samen met het karakter van de verkeersopvatting, waaruit – onder andere – volgt dat de verkeersopvatting steeds een opvatting is van algemene aard; een 'geobjectiverde' opvatting waarover enige mate van consensus bestaat en die per definitie niet slechts geldt tussen twee (proces)partijen, maar voor allen in de maatschappij of allen binnen de relevante kring van personen.²²⁰ Bovendien vervult de verkeersopvatting steeds een aanvullende functie.²²¹ Zij verwoordt een regel van ongeschreven recht die aanvullend aan de wet functioneert en dergelijke regels 'zijn alleen dan goed, wanneer zij in de grote meerderheid der gevallen als juist, nl. als rechtvaardig, of als een aanvaardbare ordening, zijn te beschouwen.'²²²

217 Sieburgh 2000, t.a.p.

218 Ik denk dan bijv. aan de duurzaam dienende zaken, toerekening van dwaling of onvoorziene omstandigheden, eigen schuld en de schijnvertegenwoordiging.

219 Sla de Losbladige commentaren van Kluwer er maar op na. Zo ook Hesselink 1999, p. 426 en, met voorbeelden, Nieuwenhuis 1976, p. 511.

220 § 4.5.3 en 6.4.2.

221 § 6.4.3.

222 Köster in zijn noot onder HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (*Fokker/Zentveld*) en HR 13 december 1968, NJ 1969, 174 (*Cadix/AEH*) in AA 1969, p. 439.

In wettelijke beslissingsregels wordt onder meer naar de verkeersopvatting verwezen indien de diversiteit van mogelijke gevallen te groot is voor de wetgever om te overzien en om daarin met een algemene regel te voorzien.²²³ Die diversiteit maakt het onmogelijk om één regel te formuleren die alle gevallen omspant (bijvoorbeeld alle gevallen van bestanddeelvorming of van overmacht). Daarmee is echter niet gezegd dat geen algemene regels te geven zijn die *een deel* van de gevallen omspannen.

Dat nu, is precies wat de verkeersopvatting doet. De geconcretiseerde verkeersopvatting is algemeen van aard en vormt voor alle vergelijkbare complexen van feiten en omstandigheden de schakel tot hetzelfde rechtsgevolg. Zij is naar haar aard nooit eerst *Fallnorm* die slechts geldt voor één specifiek geval, en die subregel kan worden indien zich soortgelijke gevallen voordoen, maar steeds meteen subregel. Ik geef een aantal voorbeelden om dit te illustreren. De verkeersopvatting dat:

- in het rechtsverkeer een voortbewegingswerktuig, ingebouwd in en verbonden aan een sleepboot als een wezenlijk bestanddeel van het schip wordt beschouwd',²²⁴

is vanaf het eerste begin een subregel van algemene aard geweest en geen *Fallnorm*. De geconcretiseerde verkeersopvatting gold niet alleen voor Sleepboot Egbertha, maar voor alle sleepboten, en zelfs voor alle schepen.

Hetzelfde algemene karakter geldt voor andere verkeersopvattingen, zoals:

- Een (inbouw)keuken zal in de regel een bestanddeel van de woning vormen.²²⁵
- De grond is steeds hoofdzaak ten opzichte van een daarop gebouwde onroerende zaak.²²⁶
- Geldelijk onvermogen (betalingsonmacht) van de debiteur levert geen overmacht op.²²⁷
- In geval van verkoop van industrieel vervaardigde zaken komt een tekortkoming bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen.²²⁸

223 § 2.4.1. De andere reden (zie § 2.4.3) is het ruimte laten voor aanpassing van het recht aan de maatschappelijke ontwikkelingen.

224 HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*). Genoemde regel is inmiddels geen regel van ongeschreven recht meer (en dus geen verkeersopvatting), maar neergelegd in art. 8:1 lid 3 BW.

225 Hof Den Bosch 3 juni 1981, NJ 1982, 73 (*Levens/Almas*); Fiscale kamer HR 9 juli 2004, LJN AQ0130 (*Keuken*). Anders t.a.v. een niet ingebouwde maar standaard vervaardigde en verplaatsbare keuken: Rb. Den Bosch 17 juni 1983, NJ 1984, 302 (*Barten/Kemp c.s.*).

226 Dit volgt uit art. 5:20 BW.

227 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 265; Ktr. Amsterdam 31 maart 1982, NJ 1982, 449 (*geldelijk onvermogen*); Smits 2004, p. 37-38; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 333.

228 HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*) (Hijma spreekt in zijn noot over een 'vuistregel die uitzonderingen toelaat').

- Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, komt deze onrechtmatige daad in beginsel voor rekening van het overheidslichaam.²²⁹

En ga zo maar door.²³⁰ De geconcretiseerde verkeersopvatting is kortom, naar haar aard geen *Fallnorm*, maar steeds meteen *subregel*.²³¹ Zij heeft immers onmiddellijk een algemenere gelding dan alleen voor het individuele concrete geval. Zij geeft weer wat *men* vindt dat, in alle gevallen, het rechtsgevolg behoort te zijn van een bepaald complex van feiten en omstandigheden.

Soms is die subregel een zogenaamde *harde subregel*, zoals de regel dat betalingsonmacht geen overmacht oplevert en de regel dat de grond het gebouw natrekt. Harde subregels hebben gelding ongeacht de overige omstandigheden van het concrete geval.²³² Meestal gaat het echter om *vuistregels*, regels die *in het algemeen, in beginsel* of *in de regel* tot een bepaalde uitkomst leidt, tenzij bijzondere omstandigheden een contra-indicatie opleveren.²³³ De geconcretiseerde verkeersopvatting is zelf kortom meestal weer open van karakter, zodat afwijking in specifieke gevallen mogelijk blijft en recht kan worden gedaan aan de diversiteit van gevallen. Zodoende is het mogelijk een binnensysteem van algemeen geldende subregels voor specifieke groepen gevallen te ontwikkelen.

De observatie dat gevonden verkeersopvattingen *subregels* zijn van de open norm en geen *Fallnormen*, heeft gevolgen voor de precedentwaarde van deze subregels. *Fallnormen* hebben naar hun aard slechts beperkte precedentwerking.²³⁴ Hoe preciezer de regel en hoe meer zij verbonden is met een specifieke feitenconstellatie, des te kleiner haar toepassingsgebied en dus hoe minder precedentwerking. Hoe algemener de regel van aard is, hoe groter het toepassingsbereik en hoe meer precedentwerking. Ontegenzeggelijk is de verkeersopvatting steeds zeer verweven met een complex feiten en omstandigheden. Zij kwalificeert immers steeds dát complex van feiten en omstandigheden en vormt de schakel met het rechtsgevolg.²³⁵ Toch is haar reikwijdte steeds alge-

229 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB (*voorlopige belastingaanslagen*) en HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 m.nt. ARB (*Gem. Castricum/Fatels*). In eerdere arresten werd dezelfde regel gegeven met de overweging dat de 'schuld' van het overheidslichaam in beginsel gegeven was. Zie: HR 26 september 1986, NJ 1987, 252 m.nt. CJHB (*Hoffmann/La Roche*); HR 31 mei 1991, NJ 1991, 112 m.nt. CJHB (*Van Gog/Nederweert*); HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*); Sieburgh 2000, p. 232-234 en Rogmans 2007, nr. 61.

230 Zie voor meer 'oude subregels' bijv. Rogmans 2007, nr. 53.

231 Vergl. Weber 1992, p. 559-560 en de kritiek op de *Fallgruppenmethode*, zoals besproken door Hesselink 1999, p. 57-58 (met nadere bronnen).

232 Asser-Veegens 2005, nr. 102.

233 Asser-Veegens 2005, nr. 102.

234 Snijders 1995, p. 25; Vergl. Reurich 2005, p. 37 en Teuben 2004, p. 289-291.

235 Zie § 4.2, 4.6 en 6.4.1.

mener van aard dan en niet verbonden met één specifiek complex van feiten en omstandigheden.

Eén manier om de verkeersopvatting te concretiseren is gelegen in het aanvaarden van haar precedentwerking. Gevalsvergelijking en in het bijzonder gevalsonderscheiding kunnen vervolgens leiden tot hetzij subsumptie onder een precedent, hetzij concretisering van andere verkeersopvattingen in de nabijheid van de eerder gevonden opvatting. Daartoe moet echter wel een precedent voorhanden zijn en dat is niet altijd het geval. Genoemde technieken bieden dus niet voor alle gevallen soelaas. Indien geen precedent voorhanden is, kunnen topische rechtsvinding en de hypothetische vergelijkingsmethode behulpzaam zijn bij de concretisering van de verkeersopvatting. Deze beide hierna te bespreken methoden hebben gemeen dat zij boven water halen *welke* feiten en omstandigheden relevant zijn voor de beslissing. Doordat de 'beslissingsfactoren' zodoende gevonden worden, kan aan de hand daarvan een – concrete – verkeersopvatting gevonden worden.²³⁶

7.6.3 Topische techniek; hantering van gezichtspunten- of omstandigheden-catalogi

In het verleden is terecht de vraag gesteld of de *Fallnormtheorie* wel voldoende oog heeft voor de 'checklistnorm' of 'topische norm'.²³⁷ Aan de vraag ligt de vooronderstelling ten grondslag dat de checklist- of topische norm niet de vorm heeft van een regel, een *Fallnorm*. Daarover wordt verschillend gedacht. Sommige auteurs lijken van mening te zijn dat de checklistnorm of catalogus van gezichtspunten geen regel geeft, maar slechts de gezichtspunten opsomt die van belang zijn voor de movering.²³⁸ Anderen menen dat deze gezichtspunten steeds in de vorm van een regel gegoten kunnen worden, zij het regels met een dubbele comparativus, die als eigenschap hebben dat zij leiden tot vergelijking met een onbeperkt aantal – al dan niet hypothetische – casusposities en gradaties.²³⁹

Ik laat de vraag of de gezichtspunten- en omstandighedencatalogi zich laten vangen in de vorm van één of meerdere regels hier rusten en spreek voor het gemak van een 'variant' op de vergelijking van gevallen aan de hand van precedents. In deze variant heeft niet zozeer één *Fallnorm* precedent-

236 Het onderscheiden van de relevante feiten en omstandigheden wordt vergemakkelijkt doordat steeds sprake is van een 'gesloten concretisering'. Zie daarover § 6.4.1.2.

237 Snijders 1995, p. 25.

238 Zie bijv. P. Scholten in zijn noot onder HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Gem. Bunde/Erckens*); Vergl. Barendrecht 1992, p. 189-190; Snijders 1995, p. 25; Asser-Veegens 2005, p. 233.

239 Asser-Veegens 2005, p. 233-234. Vergl. Nieuwenhuis 2007a, p. 81-84. Niet helemaal duidelijk wordt of hij de mening is toegedaan dat de gezichtspunten steeds in de vorm van een regel gegoten kunnen worden.

werking, maar een – reeds bekend of nieuw gevonden – ‘fonds van gezichtspunten, omstandigheden en vergelijkingsfactoren’ (al dan niet in de vorm van één of meerdere regel(s)). De concreet geldende rechtsregel wordt met behulp van dit fonds gevonden door middel van de topiek.

Van een topische techniek²⁴⁰ voor de concretisering van verkeersopvattingen is sprake indien het concrete geval beoordeeld wordt aan de hand van een waardering of afweging van – een catalogus aan – verschillende gezichtspunten of omstandigheden.²⁴¹ In het éne concrete geval zal het éne gezichtspunt of de éne omstandigheid zwaarder wegen en de doorslag geven, in het andere geval een ander gezichtspunt of een andere omstandigheid. Bedacht moet hierbij worden dat de verkeersopvatting steeds topisch van karakter is, maar dat zij niet steeds met behulp van topische technieken behoeft te worden geconcretiseerd.²⁴²

Kenmerkend voor de topiek is dat *topoi* geen materieel beslissingscriterium bieden, dat geen rangorde tussen *topoi* aan te geven is, dat de topiek geen logische gedachtegang garandeert, noch een criterium biedt voor de keuze tussen de verschillende ter discussie staande gezichtspunten en beslissingsmogelijkheden.²⁴³ Bovendien is de verhouding tussen de gezichtspunten en – de binding aan – de wet vaak onduidelijk.²⁴⁴ Op de topiek als methode van rechtsvinding is in de Duitse dogmatiek dan ook veel kritiek geuit.²⁴⁵ Toch wordt de topiek, ook door hen die daarop kritiek uiten en die waarschuwen voor een overschatting van haar nut, door de meeste schrijvers als onontbeerlijk beschouwd voor de ‘*Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe*’, ofwel de concretisering van onbepaalde begrippen van normatieve aard.²⁴⁶ Haar aantrekkingskracht is gelegen in de mogelijkheid om een oplossing te bereiken door middel van een inductieve werkwijze.²⁴⁷

‘Gerade das geringe Gewicht deduktiver und systematischer Ableitungszusammenhänge prädestiniert die Topik als Methode der Normkonkretisierung.’

Voor zover het geschreven regelsysteem geen uitkomst biedt en deductie moeilijk of onmogelijk maakt, valt de jurist noodgedwongen terug op een inductieve werkwijze.

240 Veelal wordt deze techniek aangeduid met de term ‘topische rechtsvinding’. Topische rechtsvinding leidt echter niet in alle gevallen tot hantering van een gezichtspunten- of omstandighedencatalogi ter concretisering van het algemene gezichtspunt (zie § 4.5.1). Ik geef er daarom hier de voorkeur aan om te spreken van ‘topische techniek’.

241 Zie over het onderscheid tussen topische techniek en topische normen § 4.5.1.

242 Zie hierover § 4.5.1.

243 Zo ook Röthel 2004, p. 143.

244 Zie daarover § 2.6.2.3.

245 Zie Röthel 2004, p. 142-143, met verwijzingen naar Bydlinski, Alexy, Müller, Canaris, Larenz e.a.

246 Zie § 2.3.2.

247 Röthel 2004, p. 141.

Hoe speelt de topiek precies een rol binnen de rechtsvinding? Haar taak en meerwaarde is tweeledig. Een topische redenering maakt het ten eerste inzichtelijk *welke* de verschillende (liefst alle) relevante gezichtspunten of (tegen)argumenten zijn en ten tweede wat de *verhouding* is tussen die verschillende argumenten voor en tegen.²⁴⁸ Gezegd wordt wel dat de verschillende vindplaatsen van argumenten tezamen een onderling systeem van ‘communicerende vaten’ vormen.²⁴⁹ De belangrijkste taak van de rechtstopiek is het in kaart brengen van de verschillende gezichtspunten en argumenten en de communicatiestromen binnen het stelsel van vindplaatsen zodat de combinatie van vindplaatsen ‘een stelsel’ wordt (in Duitsland spreekt men van een *ableitungszusammenhang*²⁵⁰).

De rechter dient de verschillende argumenten en tegenargumenten op navolgbare wijze tegen elkaar af te wegen, zodat de beslissing aan de hand van diezelfde argumenten, herhaalbaar is in vergelijkbare gevallen of juist niet herhaalbaar in een geval dat op onderdelen verschilt. Door het op deze manier ‘zichtbaar maken van de argumenten in de dialectiek van voor en tegen’²⁵¹ ofwel het zichtbaar maken van de voor de beslissing relevante factoren, kan de verkeersopvatting een echte ‘eigen plaats’ worden, die de rechter objectieve(re) aanknopingspunten biedt en voorkomt dat zij een dooddoener wordt. Een analyse aan de hand van rechtspraak en literatuur van de relevante factoren binnen alle categorieën gevallen waarin de verkeersopvatting een rol speelt is mijns inziens een belangrijke methode om de inhoud van het begrip scherper te omlijnen.²⁵² Op die manier kan wellicht uiteindelijk ook een vergelijking worden getrokken tussen de verschillende categorieën gevallen en kan worden gezien of de verkeersopvatting binnen de verschillende leerstukken op dezelfde wijze geconcretiseerd wordt.

Wordt deze topische techniek daadwerkelijk gehanteerd als hulpmiddel voor de concretisering van verkeersopvattingen? Jazeker. Ik geef een voorbeeld uit het goederenrecht. Analyse van de jurisprudentie laat zien dat de vraag of een onroerende zaak verticaal gesplitst kan worden in twee zelfstandige zaken, beoordeeld wordt aan de hand van een catalogus van omstandigheden en gezichtspunten. Omstandigheden die relevant worden geacht zijn bijvoorbeeld: de aanwezigheid van een eigen ingang, een eigen (zelfstandige) functie, de mogelijkheid tot zelfstandige exploitatie in het economisch verkeer, een eigen uiterlijk, ongeschiktheid voor normaal privégebruik en de aanwezigheid

248 Van Gerven en Leyten 1977, p. 52; Röthel 2004, p. 141, ‘Der methodische Gehalt der Topik für die Normkonkretisierung liegt im Wesentlichen in der Aufforderung, die einschlägigen Konkretisierungsargumente und Begründungszusammenhänge aufzuzeigen.’; Nieuwenhuis 2007a, p. 88, spreekt over de ‘dialectiek van voor en tegen’.

249 Zie § 4.5.5.

250 Zie Viehweg 1974, p. 33 en Röthel 2004, p. 141-143.

251 Nieuwenhuis 2007a, p. 88.

252 Het is mijn bedoeling om dergelijk (vervolg)onderzoek per leerstuk te gaan verrichten.

van sanitaire en andere voorzieningen.²⁵³ De aanwezigheid van één of meerdere verbindingsdeuren of tussenruimten tussen de twee onroerende zaken blijkt juist niet doorslaggevend.²⁵⁴ Soortgelijke ‘fondsen’ van relevante omstandigheden en gezichtspunten zijn bij veel rechtsvragen waarbij de verkeersopvatting een rol speelt te formuleren.²⁵⁵

Niet alleen de topische techniek is echter geschikt voor zichtbaar maken van relevante beslissingsfactoren. Daarnaast is de hypothetische vergelijkingsmethode bruikbaar voor het boven water halen van de relevante beslissingsfactoren. Zo vloeien rechtsvinding aan de hand van gezichtspunten of omstandigheden en – hypothetische – vergelijking in elkaar over en door elkaar heen.

7.6.4 Hypothetische vergelijking

We spreken van een hypothetische vergelijking indien de rechtsvinder tracht zich, naast het gegeven geval, één of meer andere, hypothetische, gevallen voor te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig of minder twijfelachtig zou zijn.²⁵⁶ De rechtsvinder ‘ontdekt’ daardoor als het ware de relevante verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende varianten. Wiarda ziet de hypothetische vergelijking met name als een methode voor de rechter om zich te oriënteren in die gevallen waarin concrete positieve regels ontbreken en hem vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt.²⁵⁷ Hypothetische vergelijking is vooral een heuristisch denkmodel voor twijfelgevallen.²⁵⁸ Dat maakt de methode uitzonderlijk geschikt als model voor de concretisering van het onbepaalde begrip verkeersopvatting. Wij zagen immers dat de verkeersopvatting vaak juist in twijfelgevallen de doorslag moet geven.²⁵⁹

Bovendien zagen we dat de verkeersopvatting uitsluitel moet bieden bij polaire ja-of-nee-beslissingen.²⁶⁰ De hypothetische vergelijking maakt het mogelijk om boven water te krijgen welke bijzonder omstandigheden, of

253 Zie: HR 29 mei 1985, NJ 1986, 274 m.nt. WMK (*Tandartspraktijk*); HR 29 april 1998, BNB 1998, 215 (*Kantoor belastingadviseur*) Hof Arnhem 24 december 2003, LJN AO1476 (*Nieuwbouw kantoorgedeelte*); Hof Amsterdam, MK II, 25 september 1990, VN 1991, 2138 (*Nieuwe bedrijfshal*); HR 21 augustus 2002, LJN AE7680 (*Recreatieruimte aan woning*).

254 HR 29 mei 1985, NJ 1986, 274 m.nt. WMK (*Tandartspraktijk*); Hof Amsterdam, MK II, 25 september 1990, VN 1991, 2138 (*Nieuwe bedrijfshal*); Hof Arnhem 24 december 2003, LJN AO1476 (*Nieuwbouw kantoorgedeelte*); HR 30 september 2005, LJN AU3550 en het vervolg na verwijzing, Hof Den Bosch 8 maart 2006, LJN AV7600 (*Rioolrechten Epe*).

255 Men raadplege bijvoorbeeld het proefschrift van Wichers (2002), die opsommingen van aanknopingspunten geeft voor de beoordeling van bestanddeelvorming, vermenging en zaaksvorming.

256 Wiarda/Koopmans 1999, p. 107-108, spreekt van ‘variëren op een thema’.

257 Wiarda/Koopmans 1999, p. 107-108 en 114.

258 Nieuwenhuis 1976, p. 507; Koopmans in Wiarda/Koopmans 1999, p. 122.

259 Zie § 2.6.2.1 sub ii).

260 Zie § 6.4.1.2.

‘objectieve’ factoren (feiten, omstandigheden, gezichtspunten) relevant zijn bij de keuze tussen twee polaire oplossingen.²⁶¹ Zij helpt ons om die omstandigheden – die kennelijk beslisfactoren zijn – helder te krijgen en draagt zo bij aan het terugdringen van de autonome factor ‘binnen aanvaardbare grenzen’.²⁶²

‘Vergelijking maakt inzichtelijk welke omstandigheid, of combinatie van omstandigheden, beslissend is om de zaak op de ene of juist de andere manier te beslissen.’²⁶³

De kracht van de vergelijkingsmethode is dus gelegen op het vlak van de heuristiek.²⁶⁴

‘Zij helpt de rechter bij het vinden van argumenten. Het vrijkomen van relevante gezichtspunten is het belangrijkste resultaat van het casusvergelijkende procédé.’

Daarmee lijkt de vergelijkingsmethode erg op de hiervoor besproken topische rechtsvindingstechniek, waarbij gewerkt wordt met opsommingen van gezichtspunten.²⁶⁵

Een nuanceverschil tussen beide technieken is wellicht dat met behulp van de gezichtspuntencatalogus wordt gezocht naar *overeenkomsten*, naar ‘typologische gezichtspunten’,²⁶⁶ terwijl het bij de vergelijkingsmethode juist meer de nadruk legt op de *verschillen* tussen de polaire hypothetische varianten zijn die de relevante beslisfactoren benadrukken.²⁶⁷ Voor rechtsvinding aan de hand van de vergelijkingsmethode hebben we kortom niet zozeer iets aan ‘het gelijke gelijk’ als wel aan ‘het ongelijke ongelijk’.²⁶⁸ Daarbij is van belang te onderkennen dat de rechter niet zozeer alleen de feiten en omstandigheden vergelijkt, of de partijbelangen, maar de mogelijke *beslissingen*.²⁶⁹ De vergelijking richt zich met andere woorden mede op het *rechtsgevolg*.²⁷⁰ Dit hangt

261 Nieuwenhuis 1976, p. 510-512; Smith 2006, p. 145.

262 Wiarda/Koopmans 1999, p. 114-116.

263 Smith 2006, p. 144.

264 Nieuwenhuis 1976, p. 514.

265 Asser-Veegens 2005, nr. 102 en Smith (2007, p. 118-120 en *RM Themis* 2006/4, p. 144-145) brengen de gezichtspuntenmethode en vergelijkingsmethode dan ook met elkaar in verband. Wiarda bespreekt de methoden echter in verschillende hoofdstukken (Wiarda/Koopmans 1999, hoofdstuk 10 resp. 12).

266 Nieuwenhuis 1976, p. 514.

267 Wiarda/Koopmans 1999, p. 108.

268 Vergl. Teuben 2004, p. 255.

269 Zo ook Smith 2006, p. 145. Smith maakt dit punt in een artikel dat specifiek gaat over belangenafweging. Zijn voorganger in hetzelfde themanummer van *RM Themis*, Smits (p. 136), wijst terecht op het feit dat niet elke rechtsvinding aan de hand van een catalogus van factoren een afweging van belangen inhoudt. Bij de verkeersopvatting is dat m.i. inderdaad *niet* zo.

270 Zie nader § 6.4.1.2.

samen met het feit dat de rechter uiteindelijk dient te kiezen tussen twee polaire mogelijkheden. Een zaak is bestanddeel of zelfstandige zaak, nooit allebei tegelijk of deels het een, deels het ander. Er is sprake van bezit of houderschap (in enge zin). twee zaken zijn door vermenging één zaak geworden óf het zijn twee zelfstandige zaken gebleven. Het risico van diefstal van een auto wordt toegerekend aan de huurder óf aan de verhuurder. Een zaak of goed is een vrucht óf is geen vrucht van een andere zaak of goed.

Nieuwenhuis merkte reeds in 1976 op dat deze polaire of alles-of-niets-benadering op veel rechtsgebieden terrein verliest aan de 'meer-of-minder-benadering'.²⁷¹ Op veel rechtsgebieden bestaat de mogelijkheid om de rechtsgevolgen te nuanceren (door bijvoorbeeld de schuldgraad te laten doorwerken in de omvang van de schadevergoeding of door de schadevergoeding te matigen). Deze *nuanceringstendens*, het werken met een meer-of-minder-benadering, heeft zich mijns inziens voortgezet. Een voorbeeld daarvan biedt het recente arrest Nefalit/Karamus²⁷² op het gebied van de proportionele aansprakelijkheid.

Geldt de genoemde nuanceringstendens ook daar waar wordt beslist aan de hand van de verkeersopvatting? In het goederenrecht is dat zeker *niet* het geval. In de gevallen waarin de verkeersopvatting wordt gehanteerd gaat het steeds om een polaire beslissing, omdat wordt gewerkt met kwalificatie van feiten en omstandigheden en het daaraan koppelen van een juridisch begrip met rechtsgevolgen (bestanddeel, vrucht, nieuw gevormde zaak, bezit, houderschap). In het goederenrecht is nuancering van de rechtsgevolgen niet mogelijk. Een onderdeel van een zaak kan niet een beetje bestanddeel zijn en een beetje zelfstandig, twee zaken kunnen niet enigszins vermengd zijn, maar toch individualiseerbaar. Hetzelfde geldt voor alle andere goederenrechtelijke kwalificaties waarbij de verkeersopvatting een rol speelt.

In het verbintenissenrecht is nuancering van de rechtsgevolgen beter voorstelbaar. Het is immers niet ondenkbaar dat bepaalde risico's deels worden toegerekend aan de schuldeiser, deels aan de schuldenaar. Bij de toerekening van risico's aan de hand van de verkeersopvatting lijkt een dergelijke 'meer-of-minder-benadering' zichtbaar binnen het leerstuk eigen schuld (art. 6:101 BW) en bij de toerekening van schade (art. 6:98 BW).²⁷³ Voor zover het echter gaat om de toerekening van dwaling, wanprestatie en onrechtmatige daad is van een meer-of-minder-benadering echter geen sprake. In die gevallen speelt de verkeersopvatting een rol in de beslissing over de *vestiging* van aansprakelijkheid. In die vestigingsfase is geen plaats voor een meer-of-minder-benadering. De wanprestatie, dwaling of onrechtmatige daad kan worden toegerekend

271 Nieuwenhuis 1976, p. 512-513.

272 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*) m.nt. Lindenbergh in *AA* 2006/10, p. 736-740.

273 Zie daarover echter § 2.3.3.2 en § 6.4.1.2.

of juist niet.²⁷⁴ Die keuze is polair, ongeacht het feit dat in de daaropvolgende fase (waarin de omvang van de schade, ofwel het rechtsgevolg, wordt vastgesteld) een nuancering van de rechtsgevolgen soms mogelijk is. De rechtsgevolgen waartussen de rechter kan kiezen bij toepassing van de vergelijkingsmethoden staan kortom diametraal, of polair, tegenover elkaar.

Wordt de vergelijkingsmethode daadwerkelijk gehanteerd bij de concretisering van verkeersopvattingen? Het antwoord op die vraag is een volmondig ja. Zelfs is het zo dat regelmatig uit de motivering van beslissingen het gebruik van de methode blijkt.²⁷⁵ Zo werd een noodtrappenhuis dat tegen een gebouw was aangebouwd vergeleken met een – hypothetisch – inpandig noodtrappenhuis,²⁷⁶ werd de koelkast met condensor vergeleken met de – hypothetische – koelkast zonder condensor,²⁷⁷ werd het huis zonder keuken vergeleken met het huis met keuken.²⁷⁸

De vergelijkingsmethode maakt duidelijk wat de oriëntatiepunten zijn. Zij is echter niet in staat om aan te geven waar precies het omslagpunt ligt op de lijn die de twee polen verbindt.²⁷⁹ Voor het komen tot een beslissing is dat ook niet noodzakelijk.

7.6.5 Barendrecht en gevalsvergelijking

In de vorige paragrafen besprak ik de rechtsvindingstechnieken die naar mijn mening behulpzaam kunnen zijn bij het achterhalen van de concrete, rechtsvraag- en feitengebonden context waarin de verkeersopvatting haar rol vervult. Ik heb daarin gepleit voor het gebruik van de techniek van de gevalsvergelijking. Bruikbare vergelijkingsmethoden zijn: subsumptie onder bekende verkeersopvattingen, het zoeken van en vergelijken met precedënten, topische rechtsvindingstechniek en hypothetische vergelijking. Onbesproken gebleven is tot nu toe de kritiek die Barendrecht heeft geuit ten aanzien van deze door mij bepleitte technieken voor de invulling van ‘open normen’.²⁸⁰

Barendrecht bespreekt de rechtsvinding aan de hand van precedënten, de gevalsvergelijking (hij doelt daarmee op de hypothetische vergelijkingsmethode van Wiarda) en de omstandighedencatalogi.²⁸¹ Hij komt tot de conclusie dat geen van deze traditionele rechtsvindingsmethoden de nadelen wegnemen

274 Zie ook § 2.3.3.1.

275 Wiarda/Koopmans 1999, p. 110, merkt op dat de vergelijkingsmethode waarschijnlijk veel gebruikt wordt, maar vaak niet in de motivering terug te vinden is. Dat dit met betrekking tot de verkeersopvatting niet juist is moge blijken uit de voorbeelden.

276 Fiscale kamer HR 23 oktober 1991, *BNB* 1992, 44 m.nt. L.F. Ploeger (*Trappenhuis*).

277 Wichers 2002, p. 126.

278 Fiscale kamer HR 9 juli 2004, *LJN* AQ0130 (*keuken*).

279 Nieuwenhuis 1976, p. 510. Zie ook § 3.5.2.

280 Bespreking van deze kritiek werd door mij reeds aangekondigd in § 2.6.1.

281 Barendrecht 1992, p. 183-190 en 282.

die kleven aan rechtsvinding en rechtsvorming aan de hand van open normen.²⁸²

‘Recht aan de hand van vage normen lijkt vaak in een vicieuze cirkel te resulteren. Uitspraken zijn machtswoorden gekoppeld aan enkele omstandigheden. Omdat zij weinig informatie over het behoren geven, is de rechter geneigd om de omstandigheden in zijn zaak zelf te gaan waarderen.’

Rechtsvinding aan de hand van precedentes is volgens Barendrecht geen optie, omdat hij meent dat precedentes alleen relevantie (kunnen) hebben voor gevallen die de relevante feiten met het precedent gemeen hebben.²⁸³ Deze gedachtegang is mijns inziens een misvatting. Zoals ik hiervoor getracht heb te laten zien, is het nut van precedentes niet alleen gelegen in het vergelijken van gelijke gevallen, maar juist ook in het vergelijken van ongelijke gevallen.²⁸⁴ Juist door het onderscheiden van verschillende complexen van feiten en omstandigheden, door *distinguishing*, ‘vindt’ men het recht en kan rechtsverfijning optreden.

Over de omstandighedencatalogus is Barendrecht evenmin positief, omdat zij niet werkelijk een leidraad zou zijn bij de te nemen beslissing.²⁸⁵

‘Er is altijd nog een oordeel nodig over de omstandigheden waarop de blik van de rechter is komen te rusten. Tot dat oordeel draagt de catalogus niets bij.’

Wat Barendrecht hier stelt is deels correct, maar desondanks geen reden voor diskwalificatie van de omstandighedencatalogus. Hij miskent dat de uiteindelijke noodzaak om ‘tot een oordeel te komen over de feiten’ voor iedere vorm van subsumptie geldt, ook voor toepassing van de scherpste regel op de duidelijkste feiten. Feiten en regel raken elkaar immers nooit en regels toepassen op feiten impliceert een ‘sprong’ tussen feiten en norm.²⁸⁶ Een ‘sprong’ waarbij duidelijk is *welke* feiten en omstandigheden relevant (kunnen) zijn, is naar mijn mening te verkiezen boven een ‘sprong’ waarbij zelfs *dat* niet duidelijk is. In die zin draagt de omstandighedencatalogus wel degelijk bij tot – in ieder geval de controleerbaarheid van – de beslissing.²⁸⁷ Zij is niet alleen beginpunt voor de redenering van de rechter, omdat zij ‘hem helpt om ergens te beginnen bij het heen en weer kijken van norm naar feiten’,²⁸⁸ maar tevens sluitstuk voor controle.

282 Barendrecht 1992, p. 185 en 190. Zie hierover ook Hesselink 1993, p. 727.

283 Barendrecht 1992, p. 184.

284 Zie § 7.6.2 sub ii).

285 Barendrecht 1992, p. 188.

286 Zie Asser-Scholten 1974, p. 7-12; Reurich 2005, p. 33.

287 Zie nader § 7.9.1. Vergl. Röthel 2004, p. 143.

288 Barendrecht 1992, p. 187 en 282.

Ook de combinatie van precedentvergelijking met een omstandighedencatalogus vindt in de ogen van Barendrecht geen genade.²⁸⁹ Hij meent dat een omstandighedencatalogus geen selecterende werking heeft en geen ‘vast ijkpunt’ biedt voor gevalsvergelijking. Dat is correct, maar geen reden om de omstandighedencatalogus volledig te ecarteren. Zij mag dan geen *vast* ijkpunt bieden, zij biedt in ieder geval – het begin van – een ijkpunt en een mogelijkheid voor controle achteraf. In combinatie met precedentvergelijking – of liever gezegd – precedentonderscheiding is zij een bruikbaar en ook veel gebruikt rechterlijk instrument.

Alleen over de hypothetische vergelijking is Barendrecht enigszins positief. Hij zegt over deze ‘methode Wiarda’:²⁹⁰

‘Gevalsvergelijking is meer een methode om scherpe regels te ontwikkelen dan een zelfstandige wijze van rechtsvinding, die baat kan bieden in een stelsel van vage normen.’

Barendrecht maakt aldus – kennelijk – onderscheid tussen enerzijds ‘rechtsvinding in het kader van vage normen’ en anderzijds ‘het ontwikkelen van scherpe regels’. Maar *is* rechtsvinding wel iets anders dan het vinden van een scherpe regel voor het concrete geval; het vinden van een oplossing voor een specifieke rechtsvraag over een bepaald complex van feiten en omstandigheden? In mijn optiek niet.²⁹¹

Net als Barendrecht ben ik van mening dat zo goed mogelijk gezocht moet worden naar de ‘scherpe subregel’ die geldt voor een specifieke groep van gevallen. Het zoeken naar deze subregels dient mijns inziens echter te geschieden *binnen* het kader van de open rechtsnorm. Deze open norm kan een netwerk van gedetailleerdere subregels omvatten, die recht doen aan de diversiteit van gevallen en de ontwikkelingen in de maatschappij.²⁹² Voordeel van deze benadering is dat de rechter niet lukraak dient te zoeken naar ‘scherpe regels’, maar dit kan doen *binnen* de wettelijke context.²⁹³

Het alternatief dat Barendrecht biedt – het juist loslaten van de binding aan wet en het formuleren van zoveel mogelijk ‘scherpe normen’ met een beperkte(re) houdbaarheidsdatum – spreekt mij minder aan. Het verwerpen van alle traditionele rechtsvindingstechnieken in combinatie met het loslaten

289 Barendrecht 1992, p. 188.

290 Barendrecht 1992, p. 187.

291 Vergl. Smith 2007, p. 22, die onder rechtsvinding verstaat: ‘de activiteit waarbij de rechter de voor partijen geldende norm in een concreet geval vaststelt’.

292 Open normen doen mijns inziens de rechtsontwikkeling dus niet stokken (Barendrecht 1992, p. 280), maar kunnen haar juist bevorderen. De open norm vormt ‘een potentieel van concrete rechtregels’ (Vergl. Smith 1998, p. 48, met dien verstande dat hij de begrippen ‘regel’ en ‘norm’ precies andersom hanteert).

293 Dat de wettelijke context voor het vinden van de verkeersopvatting bruikbare aanknopingspunten kan bieden wordt door mij betoogd in § 7.5.

van binding aan de wet biedt de rechter mijns inziens minder houvast dan een 'traditionelere' aanpak.

7.7 DE CONTEXT VAN DE VERANDERENDE MAATSCHAPPIJ

De derde context die een belangrijke rol speelt bij het vinden van de verkeersopvatting is die van de veranderende maatschappij. Nu kan gezegd worden dat de context van de veranderende maatschappij bij iedere vorm van rechtsvinding van belang is.²⁹⁴ Dit geldt echter ten eerste bij rechtsvinding aan de hand van de verkeersopvatting, die immers niets anders doet dan met zoveel woorden verwijzen naar het veranderende 'maatschappelijk gebeuren'.

Een belangrijk kenmerk van de verkeersopvatting is dat zij *intrinsiek veranderlijk* is.²⁹⁵ Voor zover een verkeersopvatting bestaat of eerder gevonden is, (gekrystalliseerd is of in een rechterlijke uitspraak geconcretiseerd is) bestaat ze bij de gratie van een vergelijkbare situatie en behoudens maatschappelijke ontwikkelingen die een verandering in de verkeersopvatting teweeg brengen.²⁹⁶ De rechter moet daarom de gevonden verkeersopvatting steeds opnieuw *objectiveren* en *relativeren*. Hij moet beoordelen of de gevonden verkeersopvatting weergeeft wat 'men vindt' (objectivering) *en* of 'men dat nog steeds vindt' (relativering).

Een probleem is dat mij weinig (rechtsvindings)methoden bekend zijn die zien op de relativering en objectivering van de verkeersopvatting of – algemener – van ongeschreven rechtsovertuigingen.²⁹⁷ Ik doe een voorzichtige poging tot het bieden van enkele handvatten.

7.7.1 Objectivering

Nieuwenhuis meent dat 'objectivering' slechts behoeft te geschieden in de fase van de legitimatie van het rechterlijk oordeel.²⁹⁸ Objectivering zou geen rol spelen in de fase van de heuristiek.

294 Zo reeds Asser-Scholten 1974, die op p. 119 opmerkt dat 'bij de rechtsvinding (...) het rekenen met het maatschappelijk gebeuren van het allerhoogste belang is.'

295 Zie § 4.3.

296 Zie over de gevolgen van de intrinsieke veranderlijkheid voor de precedentwerking § 7.6.2 sub i).

297 Vergl. Smits 2006, p. 136. Hij meent dat de beoogde objectivering van redelijkheid en billijkheid niet uit de verf komt, doordat de rechter de kenbronnen van art. 3:12 BW zelden expliciteert.

298 Nieuwenhuis 1976, p. 514.

Voor de verkeersopvatting gaat dat mijns inziens niet op.²⁹⁹ Technieken van objectivering kunnen een rol spelen in het rechtsvindingsproces en behulpzaam zijn bij het concretiseren van de verkeersopvatting. Het gaat daarbij niet zozeer om objectivering van de *beslissing* als wel om objectivering van de *verkeersopvatting*.³⁰⁰ Hantering van de verkeersopvatting schrijft immers objectivering voor.³⁰¹ Niet de wil van partijen of de persoonlijke overtuiging van de rechter geeft de doorslag, maar 'de opvatting in het verkeer'.³⁰² De – begrijpelijke – neiging om het recht te versimpelen tot wat de beoordelaar billijk vindt, moet, zo stelt Brunner terecht, worden bestreden ter wille van het recht zelf.³⁰³ Wichers merkt over dit aspect van het rechtsvindingswerk van de rechter op:³⁰⁴

'De verschillende subjectieve standpunten moet hij tenslotte objectiveren tot een intersubjectief oordeel. De rechter kan ook zelf tot de maatschappelijke kring van personen behoren om wiens opvattingen het in een concrete situatie gaat, zodat ook zijn eigen kennis een belangrijke bron kan zijn om de verkeersopvatting te achterhalen. In een dergelijk geval heeft de rechter een ambivalente rol. Enerzijds geldt hij door zijn eigen kennis als deskundige, anderzijds moet hij deze kennis als beoordelaar objectiveren om *de* verkeersopvatting in concreto vast te stellen.'

Niet de eigen opvatting van de rechter moet de doorslag geven, maar de geobjectiveerde of intersubjectieve verkeersopvatting.

Hoe komt de rechtsvinder erachter wat *men* vindt? De opvattingen in het maatschappelijk verkeer zijn immers vaak niet eenduidig en moeilijk meetbaar.³⁰⁵ Schoordijk betwijfelt of de rechter wel *kan* achterhalen wat 'men' vindt.³⁰⁶ Dat is inderdaad de vraag. Voor het houden van bijvoorbeeld een enquête onder de bevolking is de rechter slecht toegerust, nog afgezien van de bezwaren die aan een dergelijke methode kleven en de twijfelachtige bruikbaarheid van eventuele uitkomsten.³⁰⁷

299 Het is de vraag of de stelling van Nieuwenhuis in andere gevallen wel opgaat. Volgens Smith (1998, p. 38) zijn heuristiek en legitimatie in *alle* gevallen op elkaar betrokken, niet alleen met het oog op de legitimatie, maar ook als instrument bij het vinden van aanvaardbare argumenten. Ik ben geneigd hem daarin gelijk te geven, maar heb dit niet nader onderzocht.

300 Welke gevolgen dit heeft voor de motivering van de beslissing wordt behandeld in § 7.9.2.2 sub i).

301 Zie § 6.4.2.

302 Schut 1979, p. 404-405 (ten aanzien van de toerekening van dwaling en onrechtmatige daden); Rogmans 2007, nr. 16.

303 Brunner 1988, p. 460.

304 Wichers 2002, p. 38-39.

305 Zie § 3.3.1-3.3.2 en 6.4.2.1.

306 Schoordijk 1972, p. 41. Hij schrijft t.a.p. dat de 'pluriformiteit van de waarde-oordelen' steeds meer toeneemt.

307 Zie § 3.3.1.

Barendrecht meent dat de rechter kennis kan nemen van die opvattingen via de massamedia en doordat partijen hem inzicht geven van de voor hun standpunt sprekende opvattingen.³⁰⁸ Hij merkt echter onmiddellijk op:³⁰⁹

‘Over sommige maatschappelijke vraagstukken wordt in de maatschappij maar weinig nagedacht’.

Dit geldt sterk voor zoiets juridisch-technisch als de verkeersopvatting. Op televisie, in ‘juridische’ programma’s waarbij het publiek zijn zegje mag doen, en tijdens radioprogramma’s zoals ‘Standpunt NL’, zie en hoor ik weinig debatten over bijvoorbeeld de vraag of kuikentjes de natuurlijke vruchten zijn uit eieren, dan wel nieuw gevormde zaken (met het oog op een door een leverancier van eieren gemaakt eigendomsvoorbehoud en een faillissement van de kuikenbroederij).³¹⁰ Voor de beantwoording van rechtsvragen die aan de hand van de verkeersopvatting plegen te worden beslist heeft de rechter aan de massamedia mijns inziens niet veel.

Volgens Hesselink geeft de rechter steeds een eigen (subjectief) oordeel over de wijze waarop in een te beslissen geval de regels – met behulp van de redelijkheid en billijkheid – geconcretiseerd, aangevuld, of gecorrigeerd moeten worden.³¹¹ De objectiviteit van het rechterlijk oordeel wordt, volgens hem, gewaarborgd door een aantal ‘ingebouwde garanties’ zoals: de deskundigheid en vooropleiding van de rechter, zijn plicht om het recht toe te passen, de motiveringsplicht, de mogelijkheid van hoger beroep, het in acht moeten nemen van bepaalde richtlijnen die uit het positieve recht volgen en het vertrouwen dat wordt gesteld in de rechter.³¹² Anders dan andere auteurs³¹³ ziet hij de redelijkheid en billijkheid kortom niet als een ‘objectiverend begrip’. Dit hangt uiteraard samen met zijn mening dat de redelijkheid en billijkheid in het geheel geen ‘norm’ is, maar volgens hem slechts verwijst naar de functies die de rechter vervult.³¹⁴

Van de verkeersopvatting kan dit moeilijk volgehouden worden. Zij is beslissingsmaatstaf, (onderdeel van) een rechtsnorm die de rechter moet hanteren bij de beoordeling van bepaalde rechtsvragen. Eén van haar functies is juist dat met haar verwijzing ‘objectivering’ wordt beoogd.³¹⁵ Niet wat

308 Elders stelt hij zelfs dat rechtspraak (en wetgeving) de belangrijkste, zij het onvolkomen, instrumenten zijn om de maatschappelijke opvattingen over rechtvaardigheid te meten (Barendrecht 1992, p. 232-236).

309 Barendrecht 1992, p. 229. Vergl. Sieburgh 2000, p. 205.

310 Zie § 3.5.2.

311 Hesselink 1999, p. 404.

312 Hesselink 1999, p. 404.

313 Bijv. Rijken 1994, nr. 5; Dubbink 1990, p. 360-361 en 376-377. Zie ook T.M., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1032-1033.

314 Hesselink 1999, p. 408-413.

315 Zie § 6.4.2.

partijen vinden, of wat de rechter vindt, is doorslaggevend, maar wat *men* vindt.

Dat de verkeersopvatting soms moeilijk of in het geheel niet te achterhalen is, betekent niet dat er geen aanknopingspunten voor haar objectivering zijn. Die aanknopingspunten kunnen gevonden worden in *i)* het perspectief van de derde, *ii)* het aanknopen bij de uiterlijke feiten (in het goederenrecht), *iii)* het aanknopen bij de relevante omstandigheden (in het verbintenissenrecht), en *iv)* de afbakening van de kring van relevante personen.

i) Het perspectief van de derde

Het is de verdienste van Wichers dat zij in haar proefschrift duidelijk maakt dat het perspectief van de derde voor objectivering – in ieder geval in het kader van de door haar besproken natrekking, vermenging en zaaksvorming – doorslaggevend is.³¹⁶ Meer in het algemeen is de goederenrechtelijke kwalificatie van de aard en omvang van zaken niet afhankelijk van de wil van partijen, maar van de verkeersopvattingen die derden er op na houden. Het frame van de fiets trekt het zadel na en niet andersom, hoezeer de leverancier van fietszadels en zijn wederpartij, de koper op krediet, zulks met het oog op een gemaakt eigendomsvoorbehoud, ook zouden bepleiten.

Evenzeer geldt de relevantie van het perspectief van de derde bij het onderscheid tussen bezit en houderschap. De wil van partijen is irrelevant, de verkeersopvatting van derden doorslaggevend. Dit volgt niet alleen uit artikel 3:108 BW, maar ook uit andere regels die wij binnen dit leerstuk hanteleren. De houder kan zichzelf bijvoorbeeld niet, door een enkele wijziging van zijn wil, tot bezitter of houder voor een ander maken (art. 3:111 BW):

‘Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmee onder dezelfde titel voort, *zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht* (...)’ [cursivering PM]

De verandering in rechtsverhouding moet kortom naar buiten toe, voor derden, kenbaar zijn.

Daar waar het gaat om de juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden is de bruikbaarheid van het perspectief van de objectieve derde heel duidelijk.

In het verbintenissenrecht is die bruikbaarheid wat minder evident. Meer dan in het goederenrecht lijkt de rechtsvraag dan slechts twee partijen te regarderen (de partijen bij de overeenkomst of de laedens en gelaedeerde). De perceptie van de rest van de wereld lijkt daardoor op eerste gezicht minder relevant.

Toch is het perspectief van de objectieve derde ook bij vragen rondom risicoverdeling relevant. Het gaat immers, ook bij toerekeningsvragen, om de

316 Wichers 2002, p. 7, 31, en passim.

subsumptie van een complex van feiten en omstandigheden onder een bepaald rechtsbegrip, te weten het begrip ‘toerekenbaar. Moet aan de onrechtmatige gedraging, de tekortkoming in de nakoming of de dwaling een rechtsgevolg gekoppeld worden? Is de wanprestant of dader aansprakelijk voor de schade? Kan de dwalende de overeenkomst vernietigen? Het gaat daarbij niet om de kwalificatie van de gedraging – als onrechtmatig, tekortkoming of dwaling – maar om het al dan niet daaraan vastknopen van een rechtsgevolg.³¹⁷ Bij die risicotoedeling is het perspectief van de objectieve derde eveneens bruikbaar. Ook bij beantwoording van vragen van risicotoedeling gaat het immers om wat *men* vindt, en niet om wat partijen vinden of de rechter vindt. In het verbintenissenrecht is de verkeersopvatting eveneens een objectiverende maatstaf.³¹⁸

Het perspectief van de derde is in het verbintenissenrecht niet zozeer alleen een perspectief van de derde op de *feiten* als ook een perspectief op het gewenste *rechtsgevolg*. Als hulpmiddel zou de rechter bijvoorbeeld kunnen proberen te formuleren wat het – hypothetische – oordeel van een redelijk lid der samenleving zou zijn omtrent de risicotoedeling in het concrete geval.³¹⁹

Kunnen wij zeggen dat hier sprake is van een *maatman*? Ja, met de volgende kanttekening. De constructie van de maatman wordt over het algemeen gehanteerd waar het gaat om de beoordeling van *gedrag*; dus bij de vraag of het gedrag gekwalificeerd moet worden als onrechtmatig, als een tekortkoming in de nakoming etc. De – hypothetische – vraag is dan of een redelijk handelend mens *aldus gehandeld* zou hebben. Dat is de voorvraag die in beginsel aan de vraag omtrent de risicotoedeling vooraf gaat.³²⁰ Voor de risicotoedeling kan de maatman echter eveneens verdienstelijk zijn. De maatman beantwoordt dan in feite twee vragen, die in de praktijk veelal tegelijkertijd aan de orde komen. De beslissing omtrent de kwalificatie van het gedrag (als onrechtmatig, rechtmatig, tekortkoming of geen tekortkoming) valt immers vaak samen met de toerekening van dat gedrag aan één der partijen.

ii) *De uiterlijke feiten (goederenrecht)*

Waarop ziet het perspectief van de hier ten tonele gevoerde derde? De in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen omtrent *behoren* zijn steeds nauw verbonden met een specifiek complex van feiten en omstandigheden.³²¹ Een tweede aanknopingspunt voor de objectivering met name in het goederenrecht, is dat de verkeersopvatting veelal zal zien op *kenbare uiterlijke feiten en omstandigheden*. Rogmans spreekt in dit verband over vervangbaarheid van de ver-

317 Zie § 4.2 en 6.4.1.

318 Zie Schut 1979, p. 396 en Rogmans 2007, nr. 16.

319 De gedachte is afkomstig van Wery (1964, p. 30). Zie daarover ook § 3.4.3.

320 Zie § 4.2.2.

321 Zie met name § 4.6 en 6.4.1.

keersopvatting door het woordje *kennelijk*.³²² Hoewel de kenbaarheid of het uiterlijke aspect van de te kwalificeren feiten inderdaad van belang is, geef ik uitdrukkelijk de voorkeur aan het begrip verkeersopvatting boven het woordje *kennelijk*. Dit omdat uit het woord *opvatting* naar mijn mening – terecht – blijkt dat het begrip steeds een normatief aspect kent. Het woordje *kennelijk* lijkt te verwijzen naar een feitelijk gegeven. Daarvan is echter mijns inziens geen sprake.³²³ Het gaat om de *opvatting over behoren met betrekking tot* een complex van feiten en omstandigheden.

In één geval blijkt de relevantie van de uiterlijke feiten uit de wettelijke bepaling zelf. Ik doel op artikel 3:108 BW:

‘Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.’

Deze zinsnede is in de wettelijke bepaling opgenomen juist om buiten kijf te stellen dat de *animus domini* (de wil om te bezitten) niet ter zake doet.³²⁴ Doorslaggevend is de verkeersopvatting van de objectieve derde met betrekking tot de uiterlijke feiten.

iii) De relevante omstandigheden (verbintenissenrecht)

In het verbintenissenrecht zit het anders. Daarin spelen de uiterlijke feiten een minder grote rol bij de beantwoording van de verschillende toerekeningsvragen. Die vragen worden veelal juist beantwoord aan de hand van omstandigheden die *niet* onmiddellijk voor derden kenbaar zijn. Bij de toerekening van onrechtmatige gedragingen en de toerekening van tekortkomingen in de nakoming speelt bijvoorbeeld de hoedanigheid van de dader een rol.³²⁵ Die hoedanigheid is voor derden niet altijd onmiddellijk kenbaar. Daarnaast kan de inhoud van de rechtshandeling of de aard van de overeenkomst een relevant *topos* zijn.³²⁶ Die inhoud en aard zullen voor derden evenmin kenbaar zijn.

Zoals ik eerder opmerkte speelt in het verbintenissenrecht veel meer de – hypothetische – vraag wat het oordeel van een redelijk lid der samenleving zou zijn omtrent de risicotoedeling in het concrete geval. Daarin ligt besloten dat de zogenaamde *maatman* verondersteld wordt de specifieke omstandigheden van het geval te kennen, waaronder alle niet onmiddellijk kenbare

322 Rogmans 2007, nr. 16.

323 Zie uitgebreid § 3.4.

324 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 428.

325 Zie Sieburgh 2000, p. 222, voor wat betreft de hoedanigheid van de dader. Dat de – professionele – hoedanigheid van partijen ook bij wanprestatie een rol speelt blijkt bijv. uit de arresten HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*) en HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*).

326 Zie art. 6:75, 6:228, 6:229 en 6:258 BW.

omstandigheden. Hij moet zijn – hypothetische – oordeel immers vellen aan de hand van het gehele complex van feiten en omstandigheden (inclusief het gedrag van partijen).³²⁷ In het verbintenissenrecht vindt objectivering dus niet zozeer plaats door aan te knopen bij de kenbare – uiterlijke – feiten, maar door de hypothetische maatman het gehele scala aan relevante omstandigheden voor te leggen.

iv) Afbakening van de kring van relevante personen

De verkeersopvatting is rechtsvraag- en feitengebonden.³²⁸ De vraag om *wiens* opvattingen het nu eigenlijk gaat, kan ons daarom soms verder brengen bij de concretisering en objectivering van de verkeersopvatting. Dit is het geval indien de rechtsvraag die voorligt branche- of bedrijfstakspecifiek is, of indien de kwalificatie – van bijvoorbeeld de aard of omvang van een zaak – bij uitstek technisch van aard is.³²⁹ Vaak zal dat het geval zijn bij goederenrechtelijke kwesties.

Vragen rondom risicotoerekening kunnen echter eveneens branche- of bedrijfstakspecifiek zijn. Indien de rechtsvraag met name van technische aard of branche- of bedrijfstakgebonden is, dan is veelal een beperkte kring van relevante personen aan te wijzen wiens opvatting er toe doet. De rechter zal dan kunnen terugvallen op in rechte bekende en beproefde methoden voor het achterhalen van de verkeersopvatting. Hij zal deskundigen kunnen benoemen of een bewijsopdracht kunnen geven, waarna getuigen worden gehoord.³³⁰

Ik geef een goederenrechtelijk en een verbintenissenrechtelijk voorbeeld van de concretisering van de verkeersopvatting met behulp van de afbakening van de kring van relevante personen.

Aan de president van de Rechtbank Leeuwarden werd in kort geding de vraag voorgelegd of de motor van een Formule één racewagen bestanddeel is van de auto of niet.³³¹ De president beperkt de kring van mensen waarvan de opvatting in dit geval relevant wordt geacht tot de kring van 'bouwers van race-auto's en auto-coureurs'.³³² Gelet op de aard van de zaak (een formule één race-auto) en de rechtsvraaggebondenheid komt mij dit juist voor. In dit geval betrof het de technische vraag of de motor bestanddeel was of niet, terwijl deze vraag bovendien speelde in een specifieke bedrijfstak, die van de autoracerij.

Over het algemeen lijkt de afbakening van de kring van gerechtigden in het verbintenissenrecht minder voor de hand liggen. In het verbintenissenrecht

³²⁷ Zie daarover nader § 4.2.1. en 4.2.2.

³²⁸ Zie nader § 4.5.4.2, 4.6, en 6.4.1.

³²⁹ In *M.O., Parl. Gesch. Boek 3*, p. 78, wordt als voorbeeld genoemd een 'gespecialiseerde machine' als tegenhanger van bijvoorbeeld de cassette recorder van een auto.

³³⁰ Zo ook Wichers 2002, p. 38 en Rogmans 2007, nr. 17.

³³¹ Pres. Rb. Leeuwarden 20 december 1994, KG 1995, 61 (*Dynamiek/De Vries Competition*).

³³² R.o. 3.3.

zou de verkeersopvatting volgens sommigen niet zozeer verwijzen naar de opvatting van een beperkte groep relevante personen, maar eerder naar 'de in het algemeen in de maatschappij levende opvattingen'.³³³ Voor het goederenrecht nemen veel auteurs aan dat het veelal zal gaan om de opvattingen van – een specifieke groep – deelnemers aan het 'economisch verkeer' of 'handelsverkeer'.³³⁴ Het begrip zou dan vooral verwijzen naar opvattingen van technische of niet morele aard die van belang zijn voor het vaststellen van rechtsfeiten. In het verbintenissenrecht wordt de 'in de maatschappij levende opvattingen' door hen over het algemeen ruimer geïnterpreteerd dan alleen het handels- of economisch verkeer. Bovendien zou de verkeersopvatting in deze gevallen verwijzen naar opvattingen omtrent *behoren* en een meer morele lading hebben.³³⁵

Dat deze voorstelling van zaken niet onverkort vol te houden is, bleek in hoofdstuk 5 en 6.³³⁶ Bij de nadere bepaling van het juridische zaaksbegrip bijvoorbeeld blijken niet alleen 'technische opvattingen' een rol spelen maar ook 'ethische opvattingen'.³³⁷ Daarnaast blijkt de verkeersopvatting zowel in het goederen- als in het verbintenissenrecht nu eens algemeen van aard te zijn en dan weer te leven in een kleinere kring van personen.³³⁸ Bovendien betoog ik in dit proefschrift dat de verkeersopvatting *steeds* een verwijzing naar opvattingen over *behoren* inhoudt, ongeacht of de rechtsvraag die voorligt goederenrechtelijk of verbintenissenrechtelijk van aard is.³³⁹

Niet alleen is het zo dat in het goederenrecht ethische of morele overwegingen van belang kunnen zijn bij de invulling van de verkeersopvatting, omgekeerd kunnen in het verbintenissenrecht wel degelijk 'branche- of beroepsgroepgebonden toerekeningsvragen' spelen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de risicotoerekening van fouten aan beroepsbeoefenaren. Bij de vraag of een bepaalde beroepsfout moet worden toegerekend aan de arts, accountant, assurantietussenpersoon, notaris of advocaat, zal de verkeersopvattingen onder dergelijke beroepsbeoefenaars van belang zijn.³⁴⁰ Relevant is in die gevallen de opvatting van een beperkte groep van personen met betrekking tot de

333 Rogmans 2007, nr. 14; Rossel 1994, p. 336-337.

334 Wichers 2002 spreekt consequent over het 'handelsverkeer', Rogmans (2007, nr. 14) meent dat binnen het goederenrecht voornamelijk op de opvattingen in het economisch verkeer moet worden gelet. Vergl. Asser-Veegens 2005, nr. 105.

335 Rossel 1994, p. 336-340.

336 § 5.4.2.6 (over 'welk verkeer?') en § 6.4.2.2 (over 'wiens opvattingen?').

337 Zie § 5.4.2.6.

338 Zie § 5.4.2.4.

339 Zie nader § 3.4.2.

340 Sieburgh 2000, p. 236. Vergl. Van der Wiel 2004, p. 207-208, die in processuele verhoudingen wijst op de relevantie van tuchtrechtspraak en de Gedragsregels voor advocaten. Deze – volgens hem feitelijke – 'verkeersopvattingen' spelen vervolgens weer een rol bij toerekening op grond van de in het verkeer geldende opvattingen in de zin van art. 6:162 lid 3 BW (Van der Wiel 2004, p. 293-298).

risicoverdeling tussen partijen. Die verkeersopvatting is branche- of bedrijfstak gebonden.

Afbakening van de kring van relevante personen kan dan ook zowel in het goederenrecht als in het verbintenissenrecht een hulpmiddel zijn bij de objectivering en daarmee bij concretisering van de verkeersopvatting. Concretisering van de verkeersopvatting met behulp van de afbakening van de relevante groep van personen zal echter alleen werken indien in de betreffende kring van relevante personen ook daadwerkelijk voorafgaande consensus bestaat over een bepaalde rechtsvraag.³⁴¹

7.7.2 Relativering

De verkeersopvatting is intrinsiek veranderlijk en topisch van karakter. Zij is daarom steeds relatief.³⁴² Zij is tijd-, maatschappij- en probleemgebonden³⁴³ en daarmee bij uitstek illustratief voor het discursieve en maatschappijgebonden karakter van het recht. De rechtsvinder moet met en in zijn beslissing recht doen aan de temporele, maatschappelijke en juridische context van het geval.

Methoden of technieken die behulpzaam zijn bij de noodzakelijke *relativering* van de verkeersopvatting zijn mij nauwelijks uit de literatuur bekend. Ik tracht weer voorzichtig enige handvatten te bieden, en vind die met name in de rechtsvraaggebondenheid van de verkeersopvatting en een oude wijsheid van Paul Scholten.

i) Rechtsvraaggebondenheid

Door middel van de verkeersopvatting vindt de juridische kwalificatie van een complex van feiten en omstandigheden plaats.³⁴⁴ Zij vormt de schakel tussen feitencomplex en rechtsgevolg en is met het specifieke feitencomplex en de mogelijke rechtsgevolgen nauw verbonden.

Dat betekent dat de éne verkeersopvatting de andere niet is. De vraag of een zaak bestanddeel is (geworden) van een andere zaak, wordt met behulp van andere methoden en gezichtspunten opgelost dan de vraag welke van de twee zaken hoofdzaak is. Bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van tekortkomingen speelt een ander stelsel van *topoi*, precedents en subregels een rol dan bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van een onrechtmatige

³⁴¹ Zie omtrent *consensus vooraf* nader § 6.4.2.1.

³⁴² Zie § 4.3, 4.5.4.2 en 6.4.2.4.

³⁴³ Probleemgebonden in de zin van zowel rechtsvraag- als feitengebonden.

³⁴⁴ Zie § 4.2 en 6.4.1.

daad. Essentieel voor de concretisering van een specifieke verkeersopvatting is kortom de vraag: Welke kwalificatievraag ligt precies voor?³⁴⁵

Beantwoording van die vraag dient stap één te zijn in het rechtsvindingsproces. Zodoende vindt relativering in de zin van oriëntering op de rechtsvraag plaats.³⁴⁶ Daarbij moet de rechtsvinder bedacht zijn op het feit dat de verkeersopvatting binnen leerstukken een rol kan spelen op verschillende niveaus.³⁴⁷

ii) Omzien en vooruit zien

De verkeersopvatting is daarnaast tijd- en maatschappij gebonden. Zij is intrinsiek veranderlijk.

De geleidelijke of plotselinge veranderingen in de maatschappelijke opvattingen zijn echter lastig meetbaar. De rechtsvinder zal zich moeten oriënteren op en laten informeren over de ontwikkelingen in de techniek, economie, wetenschap, ethiek, handel, het recht etc. Hij zal zich vervolgens moeten bezinnen op de vraag of die ontwikkelingen gevolgen hebben voor de geldingskracht van concrete – eerder gevonden – verkeersopvattingen.³⁴⁸

Voor deze vorm van relativering zijn verder weinig concrete aanwijzingen te geven. Meer nog dan voor het recht in het algemeen gelden echter mijns inziens ten aanzien van de verkeersopvatting de wijze woorden van Scholten:³⁴⁹

‘Als het systeem altijd wisselt, kan het alleen in zijn verandering worden begrepen. Wie op deze wijze nieuw recht zoekt, moet altijd vragen: hoe is het oude geworden, kan ik er een lijn van ontwikkeling in onderkennen, bouw ik voort aan het bestaande, past het erbij?’

En tegelijk moet hij zich afvragen: waar ga ik heen als ik deze stap doe, welke consequenties liggen er in opgesloten?’

De verkeersopvatting is dynamisch, niet statisch. De rechtsvinder doet er goed aan te zoeken naar de ‘lijn van ontwikkeling’. Hij zal daartoe moeten omzien naar het verleden en vooruit moeten kijken in de toekomst. Indien de rechtsvinder bij die vooruitblik tot de conclusie komt dat de door hem beoogde uitspraak geen consensus zal verwerven,³⁵⁰ bijvoorbeeld omdat technische, economische, maatschappelijke, juridische of andere ontwikkelingen tot die conclusie nopen, dan weet hij dat hij de geldende verkeersopvatting nog niet

345 Vergl. Wichers 2002, p. 38. Zij noemt als eerste stap: ‘Hij [de rechter, PM] formuleert de vraag’.

346 Zie voor het belang daarvan nader § 4.5.4.2.

347 Zie § 4.4.

348 Zie in dit verband ook § 7.6.2 sub i) over de precedentwerking van verkeersopvattingen.

349 Asser-Scholten 1974, p. 77.

350 Zie over het belang van consensus nader § 4.5.3 en over de problemen rondom consensus § 6.4.2.1 en 6.4.2.3.

heeft gevonden. In de maatschappelijke ontwikkelingen – in de breedste zin des woords – kan kortom een aanwijzing liggen dat de juridisch relevante opvattingen veranderd kunnen zijn.

Deze relativeringstoets zal veelal negatief van karakter zijn. De rechtsvinder zal vaak kunnen volstaan met de conclusie dat de maatschappelijke ontwikkelingen *geen* aanleiding geven te veronderstellen dat de verkeersopvatting is gewijzigd. Voor zover van noemenswaardige maatschappelijke ontwikkelingen geen sprake is zal de rechtsvinder immers uit kunnen en mogen gaan van het onveranderde karakter van de evidente of eerder gevonden verkeersopvattingen. Zowel evidente als in rechte gevonden verkeersopvattingen bezitten immers – in meer of mindere mate – precedentwaarde.³⁵¹

7.8 SCHEMATISCHE WEERGAVE VAN BRUIKBARE RECHTSVINDINGSTECHNIKEN

Schematisch zal de gereedschapskist met rechtsvindingstechnieken voor de concretisering van verkeersopvattingen er, mijns inziens, als volgt uitzien:

Voorvragen:

Welke kwalificatievraag ligt precies voor en op welk niveau?³⁵²

Tussen welke polaire rechtsgevolgen moet gekozen worden?³⁵³

Handvat 1: Inpassing in het wettelijke systeem

Technieken:

- Controle op specifieke wettelijke regelingen die gaan boven de verkeersopvatting (§ 7.5.1).
- Aanknopen bij de ratio en wetsgeschiedenis van de regeling (teleologische en wetshistorische interpretatie) (§ 7.5.2).
- Aanknopingspunten zoeken in de relevante andere wettelijke regels (wets-systematische interpretatie) (§ 7.5.3).
- De verhouding van het *topos* verkeersopvatting tot de overige *topoi* in het geschreven recht bepalen, ofwel in kaart brengen van de communicatiestromen tussen de *topoi* (§ 7.5.4).

351 Zie nader § 7.6.2. sub *i*).

352 Zie § 4.4, § 4.5.4.2, § 4.6 en § 7.7.2. sub *i*).

353 Zie § 6.4.1.2.

*Handvat 2: Bepaling van de context van het specifieke geval**Technieken:*

- Achterhalen van en subsumeren onder bestaande evidente verkeersopvattingen (§ 7.6.1).
- Gevalsvergelijking en gevalsonderscheiding (§ 7.6.2 sub *i*, *ii* en *iii*).
- Hantering van subregels (§ 7.6.2 sub *iv*).
- Hantering van gezichtspunten- en omstandighedencatalogi (§ 7.6.3).
- Hypothetische vergelijking (de methode Wiarda) (§ 7.6.4).

*Handvat 3: Objectivering en relativering**Technieken voor objectivering:*

- Bezien vanuit het perspectief van de derde (§ 7.7.1 sub *i*).
- Aanknopen bij de uiterlijke feiten (goederenrecht) (§ 7.7.1 sub *ii*).
- Aanknopen bij de relevante omstandigheden (verbintenissenrecht) (§ 7.7.1 sub *iii*).
- Afbakenen van de relevante kring van personen (§ 7.7.1 sub *iv*).

Technieken voor relativering:

- Rechtsvraaggebondenheid bepalen (§ 7.7.2 sub *i*).
- Omzien en vooruit zien (§ 7.7.2 sub *ii*).

7.9 LEGITIMATIE VAN DE BESLISSING

Heuristiek en legitimatie zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Beide zijn onderdeel van het proces van rechterlijke oordeelsvorming.³⁵⁴ Hoe mooi de gevonden oplossing voor het juridische probleem ook moge zijn, zij is waardeeloos voor zover zij niet van een draagkrachtige motivering kan worden voorzien. De motivering moet de gronden van de beslissing behelzen.³⁵⁵ Die gronden moeten de beslissing kunnen dragen. De rechter moet, met andere woorden, voldoende inzicht verschaffen in het wat en waarom van de argumenten die tot zijn beslissing hebben geleid. De motivering – legitimatie – van de beslissing is echter geen weerslag van het – heuristische – rechtsvindingsproces en behoeft dat ook niet te zijn.³⁵⁶ Vereist is slechts dat de genoemde gronden dusdanig inzicht verschaffen in de gedachtegang van de rechter dat zij de

354 Smith 1998, p. 1-2 en Smith 2007, p. 78.

355 Art. 121 Gw, art. 5 lid 1 RO en art. 30 Rv.

356 Nieuwenhuis 1976, p. 498, 501 en 515 en Smith 1998, p. 37.

beslissing voor partijen, derden en hogere rechters controleerbaar en aanvaardbaar maken.³⁵⁷

Eerder merkte ik op dat de enkele verwijzing naar de verkeersopvatting niet voldoet als motivering voor de rechterlijke beslissing.³⁵⁸ Zij fungeert dan als dooddoener, stoplap of machtswoord, hetgeen onnodig en onaantrekkelijk is.

Aan welke vereisten moet de motivering van een beslissing waarin de verkeersopvatting wordt gehanteerd wél voldoen? Ik beantwoord de vraag door te bezien wanneer de verkeersopvatting geacht kan worden slechts een machtswoord, een stoplap of een dooddoener te zijn (§ 7.9.1), bespreek de eisen die mijns inziens aan de motivering gesteld kunnen worden (§ 7.9.2) en kom zodoende tot een aantal aanbevelingen voor de wijze van motiveren (§ 7.9.3).

7.9.1 Wanneer is de verkeersopvatting machtswoord, stoplap, dooddoener?

De verkeersopvatting is een machtswoord, een stoplap of een dooddoener indien in de beslissing in het geheel niet wordt geëxpliciteerd of gemotiveerd welke verkeersopvatting is gevonden en – in mindere mate – hoe zij is gevonden.³⁵⁹ De enkele verwijzing naar ‘de verkeersopvatting’ voldoet niet als motivering voor de rechterlijke beslissing.³⁶⁰ Ik demonstreer het feit dat de enkele ponering van de regel een onbevredigende motivering oplevert aan de hand van het klassieke syllogisme, waarmee beslissingen plegen te worden gemotiveerd.³⁶¹ De rechtsvraag die in dit voorbeeld wordt gesteld is de vraag of een voordeur bestanddeel is van een huis.³⁶² De onbevredigende motivering zou er als volgt uitzien:

<i>Maior (rechtsregel):</i>	Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt is bestanddeel van die zaak (art. 3:4 lid 1 BW).
<i>Minor (feiten):</i>	Een voordeur is naar verkeersopvatting onderdeel van een huis.
<i>Conclusie:</i>	Een voordeur is bestanddeel van een huis.

357 Zie nader Wesseling-van Gent (*Rechtsvordering 1*), art. 30 en Snijders-Klaassen-Meijer 2007, nr. 40 en de aldaar genoemde literatuur en jurisprudentie.

358 Zie nader § 2.6.2 en 2.6.2.1 sub iii). Anders H. Drion 1973, p. 53, die meent dat de nieuw gevonden regel *zelf* de motivering voor de beslissing is. In de laatste zin ook Rogmans 2007, nr. 18.

359 Exact hetzelfde pleidooi, maar dan ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid, is te vinden bij Hesselink 1999, p. 416-417. Vergl. Asser-Veegens 2005, nr. 189.

360 Zo ook Hartlief in zijn noot onder HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (*Oerlemans/Driessen*) (Hartlief 2001, p. 986). Hij meent dat een achtergrond of ratio voor toerekening krachtens verkeersopvatting aan te wijzen moet zijn.

361 Zie Nieuwenhuis 1976, p. 498-499 en 501. Zie hierover ook uitgebreid Smith 1998, p. 25-31.

362 Dit voorbeeld werd eerder gebruikt in § 3.4.4, 3.5.1, 4.5.3 en 7.2.1.

Op de logische gelding van de conclusie valt niets af te dingen. Toch is de motivering door middel van deze syllogistische redenering onbevredigend en lijkt de beslissing een machtswoord. De oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat de *minor* geen feiten behelst, maar een tweede – ongeconcretiseerde – (rechts)regel. In deze syllogistische redenering wordt met andere woorden geen feitencomplex in logisch verband gebracht met een rechtsregel, maar worden twee rechtsregels geponeerd. Het feitencomplex waarop de regel wordt toegepast blijft ongewis, de rechtsregel is bovendien niet compleet.

De makke van de motivering zit in het feit dat de *maior* slechts de abstracte en naar zijn aard open *beslissingsregel* weergeeft en niet de toepasselijke *rechtsregel*. In § 7.2.3 kwam ik tot de conclusie dat de rechtsregel voor het specifieke geval in dit soort gevallen slechts te kennen is uit de combinatie van de geschreven beslissingsregel en het ongeschreven recht dat wij verkeersopvatting noemen. Een bevredigender motivering zou als volgt kunnen luiden:

Maior (rechtsregel): Beslissingsregel: Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt is bestanddeel van die zaak (art. 3:4 lid 1 BW).

Verkeersopvatting: Naar verkeersopvatting zijn die delen van een zaak daarvan bestanddeel, waarop die zaak in constructief opzicht is afgestemd en/of zonder welk deel de zaak als incompleet wordt beschouwd.

Minor (feiten): Huis en voordeur zijn in constructief opzicht op elkaar afgestemd (pasklaar gemaakt) en een huis wordt als incompleet beschouwd zonder voordeur.

Conclusie: Een voordeur is bestanddeel van een huis.

Op de logische gelding van de conclusie valt wederom niets af te dingen. De motivering heeft inhoudelijk echter aan overtuigingskracht gewonnen.³⁶³ Zij laat zien *welke* feiten en omstandigheden van het geval de doorslag hebben gegeven. Correcte weergave van de volledige rechtsregel (de *maior*) maakt in deze redenering het logische verband tussen regel en feiten inzichtelijk. Aan de beslissing in de 'hard case' – waarin de feiten zich niet zondermeer laten subsumeren onder een heldere rechtsregel – wordt daartoe een premisse toegevoegd.³⁶⁴

Rechtspreken aan de hand van open normen en onbepaalde begrippen zoals de verkeersopvatting leidt dus niet zozeer tot het onbruikbaar worden van een syllogistische redenering voor de motivering van de beslissing.³⁶⁵

363 Nieuwenhuis 1976, p. 499, wijst op het feit dat een redenering inhoudelijk zijn legitimatie ontleent aan 'de aanvaardbaarheid van de als *maior* fungerende regel en de juistheid van de als *minor* optredende (visie op de) feiten'. Zo ook Smith 1998, p. 27.

364 Zie daarover Smith 1998, p. 125-126.

365 Zo ook Nieuwenhuis 1976, p. 498 en 501. Integendeel, het syllogisme biedt een goede, want bij uitstek controleerbare presentatie van de beslissing en haar motivering. Smith 1998,

Voordat die redenering echter overtuigend kan worden opgezet dient eerst de *maior* of rechtsregel ‘gevonden’ te worden. De kunst van het vinden van de juiste premissen staat kortom voorop. Deze kunst van het vinden van de premissen beïnvloedt de hoedanigheid van de conclusie, terwijl andersom, de hoedanigheid van de conclusie een hint geeft omtrent de juiste invulling van de premissen. Een en ander is het gevolg van de inductieve werkwijze waartoe topisch geformuleerde normen nopen.³⁶⁶

‘So gesehen, ist die Topik eine prologische Meditation, denn als Aufgabe verstanden, ist die inventio primär, die conclusio sekundär. Die Topik muß erst einmal zeigen, wie man Prämissen findet. Die Logik nimmt sie hin und verarbeitet sie.

Damit hängt zusammen, daß die Art der Prämissenfindung die Beschaffenheit der Schlußformen beeinflusst, und umgekehrt die Beschaffenheit der Schlußformen Hinweise auf die Prämissenfindung gibt.’

Een belangrijke aanbeveling voor de motivering van beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting is kortom gelegen in het zo precies mogelijk formuleren van de regel van ongeschreven recht waaraan de feiten – in combinatie met de beslissingsregel – worden getoetst. Daarnaast kunnen aan de motivering echter nog andere eisen worden gesteld.

7.9.2 Te stellen eisen aan de motivering

Hantering van de verkeersopvatting is in de rechtspraktijk onontkoombaar en zelfs wenselijk, mits die hantering correct geschiedt. De verkeersopvatting mag geen dooddoener worden, zij moet een bruikbaar begrip blijven en meerwaarde bieden. Eerder liet ik zien dat de grootste problemen bij hantering van de verkeersopvatting zijn gelegen in: haar gebrekkige kenbaarheid, de twijfel over haar geldingskracht en de onduidelijkheid over haar verhouding tot het geschreven recht.³⁶⁷ Een goede motivering van de beslissing kan op deze drie punten veel duidelijkheid verschaffen.

7.9.2.1 De gevonden verkeersopvatting zo precies mogelijk formuleren

Het zo precies mogelijk formuleren van de gevonden verkeersopvatting is van groot belang voor de motivering. Slechts de geconcretiseerde verkeersopvatting maakt toetsing van de feiten en omstandigheden van het geval aan de rechtsregel (combinatie van *beslissingsregel* en geconcretiseerde *verkeersopvatting*) mogelijk.³⁶⁸ Concretisering van de verkeersopvatting vergroot de overtui-

p. 38, gaat nog verder en noemt heuristiek en legitimatie een ‘duet’ en ‘in alle gevallen op elkaar betrokken’, waarbij het syllogisme het instrument vormt voor de onderlinge afstemming van beide.

³⁶⁶ Viehweg 1974, p. 40. Zo ook Nieuwenhuis 1976, p. 498: ‘de conclusie bevat slechts informatie die er eerst bij de premissen is ingestopt’.

³⁶⁷ § 2.6.2 e.v.

³⁶⁸ Zie § 7.9.1.

gingskracht van een in syllogistische vorm gegoten motivering en maakt dat zij niet slechts een machtswoord, een dooddoener of een stoplap is.

Het concretiseren van de verkeersopvatting is niet zozeer van belang omdat scherpe regels rechtvaardiger zouden zijn dan onscherpe,³⁶⁹ maar onder meer omdat scherpere regels een beter uitgangspunt vormen voor verdere gevalsvergelijking en gevalsonderscheiding, voor '*weitere Konkretisierungen*'.³⁷⁰ Het concretiseren van de verkeersopvatting leidt er immers onherroepelijk toe dat duidelijk wordt welke feiten en omstandigheden de doorslag gaven, wat kortom het *Tatbestand* was. Zo wordt het 'debat van voor en tegen' zichtbaar gemaakt, doordat niet alleen aangegeven wordt *dat* de omstandigheden van het geval de doorslag hebben gegeven, maar ook *welke* omstandigheden van het geval de doorslag hebben gegeven en welke omstandigheden irrelevant zijn gebleken.³⁷¹ Een precieze formulering leidt daardoor tot meer rechtszekerheid,³⁷² en ondervangt in enige mate de slechte kenbaarheid van dit ongeschreven recht.

Een bijkomend voordeel van het precies formuleren van de gevonden regel van ongeschreven recht, is dat daardoor – betere – toetsing in cassatie mogelijk wordt. Niet alleen kan de cassatierechter dan beoordelen of het recht is geschonden (de gevonden verkeersopvatting is onjuist), daarnaast wordt controle van de motivering mogelijk (volgt de conclusie logisch uit het toepassen van de gevonden verkeersopvatting op de voorliggende feiten en omstandigheden).³⁷³ De mogelijkheid tot toetsing op beide punten in cassatie (rechtschending en motivering) is met het oog op de rechtsontwikkeling, rechtseenheid en rechtszekerheid toe te juichen.

Een voorbeeld van een arrest dat wegens motiveringsgebreken werd vernietigd omdat het Hof de gevonden verkeersopvatting niet had geconcretiseerd (waardoor evenmin duidelijk was of de gevonden regel zag op de bijzondere en specifieke omstandigheden van het geval) biedt het arrest L.E. Beheersmaatschappij/Stijnman.³⁷⁴

'De klacht treft doel. Het Hof heeft immers in de eerste plaats niet aangegeven van welke in het verkeer geldende opvattingen het bij zijn oordeel is uitgegaan. Het Hof heeft voorts niet doen blijken dat het heeft gelet op de bijzonderheden van het geval.'

369 Barendrecht 1992, en passim.

370 Zie § 7.6.2.

371 Idem ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid Hesselink 1999, p. 416-417 en Koelemeijer 1999, p. 29.

372 Hesselink 1999, p. 401, 412, 416-417. Rogmans 2007, nr. 18. Aan het preciezer formuleren van de gevonden regel doet overigens niet af dat de toepassing van de gevonden regel op de feiten een 'sprong' blijft.

373 Vergl. Smith 1998, p. 29.

374 HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH.

De belangrijkste eis die kan worden gesteld aan de motivering van beslissingen genomen aan de hand van de verkeersopvatting is, kortom, dat helder moet zijn *wat* de gevonden verkeersopvatting precies inhoudt. Alleen daardoor is het mogelijk om de bijzondere feiten en omstandigheden te toetsen aan deze geconcretiseerde verkeersopvatting. Dat het soms lastig is voor de rechter om de verkeersopvatting te formuleren doet daaraan niets af.³⁷⁵ De verkeersopvatting zal, op straffe van vernietiging van de uitspraak in cassatie, op voldoende specifieke wijze geconcretiseerd dienen te worden.

7.9.2.2 *Blijk geven van objectivering en relativering*

De verkeersopvatting vervult tegelijkertijd een objectiverende functie en zij is veranderlijk van karakter.³⁷⁶ Mijns inziens dienen deze kenmerken van de verkeersopvatting gevolgen te hebben voor de motivering van de beslissing.³⁷⁷ Indien uit de gronden van de beslissing niet blijkt dat sprake is van een geobjectiveerde en gerelativeerde verkeersopvatting voldoet de beslissing naar mijn mening niet aan de eisen die daaraan gesteld mogen worden.

i) Dubbele objectivering

Zoals hiervoor bleek speelt objectivering bij hantering van de verkeersopvatting niet alleen een rol in de legitimatiefase, maar ook in de heuristische fase. Technieken van objectivering kunnen een bijdrage leveren aan de concretisering van de verkeersopvatting.³⁷⁸ Een en ander heeft mijns inziens gevolgen voor de eisen die gesteld mogen worden aan de motivering van beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting. Niet alleen de rechterlijke beslissing zelf (de conclusie), dient mijns inziens geobjectiveerd te worden, maar ook de gevonden verkeersopvatting (de *maior*), moet geobjectiveerd worden. In feite dient dus sprake te zijn van een 'dubbele objectivering'. Ik licht dit toe.

Volgens Nieuwenhuis betekent 'objectief': mededeelbaar, bespreekbaar, controleerbaar.³⁷⁹

'De objectiviteitsgarantie van de rechterlijke besluitvorming is gelegen in haar controleerbaarheid. Het cassatie-instituut levert bij uitstek het instrument ter realisering van deze controlefunctie.'

Nieuwenhuis heeft het hier over de objectivering van 'de beslissing als geheel'. Die beslissing moet steunen op generaliserende overwegingen (rechtsregels in de *maior*), en duidelijk maken welke feiten, omstandigheden en gezichtspun-

³⁷⁵ Vergl. Hesselink 1999, p. 412.

³⁷⁶ Zie § 4.3 en 4.5.3-4.5.4 en 6.4.2.

³⁷⁷ Eveneens in deze zin voor wat betreft de objectiverende functie van art. 3:12 BW: Rijken 1994, nr. 5.

³⁷⁸ Zie § 7.7.1.

³⁷⁹ Nieuwenhuis 1976, p. 514.

ten relevant en doorslaggevend zijn gebleken (feiten in de *minor*). Met behulp van topische rechtsvinding of de vergelijkingsmethode kan helder worden welke feiten en omstandigheden relevant of doorslaggevend zijn (uiteraard met het oog op het rechtsgevolg). Het noemen van die feiten, omstandigheden en gezichtspunten vergroot de controlemogelijkheden en daarmee de 'objectiviteit' van de rechterlijke beslissing.³⁸⁰

Dit alles is ontegenzeggelijk waar, maar in geval van een beslissing aan de hand van de verkeersopvatting niet voldoende. Ook de verkeersopvatting zelf moet geobjectiveerd worden; zij is naar haar aard een *geobjectiveerde opvatting*. De rechtsvinder moet aannemelijk maken dat de gevonden verkeersopvatting weergeeft wat *men* vindt. Dat is een andere vraag dan die naar de relevante en doorslaggevende feiten, omstandigheden en gezichtspunten die hebben geleid tot de – logische – conclusie. Objectivering van de verkeersopvatting zelf leidt ertoe dat de voor het concrete geval gevonden verkeersopvatting (deel van de *maior*) herhaalbaar en aanvaardbaar is.³⁸¹ Daarmee legitimeert de rechter dat de gevonden verkeersopvatting naar haar aard een *algemeen geldende opvatting* is, die in soortgelijke zaken tot gelijkkluidende beslissingen zal leiden. De verkeersopvatting is steeds subregel onder de open norm.³⁸² Niet wat de rechter vindt of wat partijen vinden is verkeersopvatting, maar wat *men* vindt.

De motivering van de beslissing dient kortom niet alleen een legitimatie van de conclusie in te houden, maar ook een vorm van legitimatie van de gevonden premisse, de *maior*, de verkeersopvatting. Die verkeersopvatting wordt daardoor gelegitimeerd en aanvaardbaar gemaakt. In feite dient de motivering van de beslissing dan ook een dubbele objectivering in te houden.

ii) Relativering

Eerder merkte ik op dat verkeersopvattingen, evenals alle andere gevonden rechtsovertuigingen en rechtsbeslissingen, slecht voorwaardelijke precedentwerking hebben. Een kenmerk van de verkeersopvatting is dat zij naar haar aard *intrinsiek veranderlijk* is. Zij is in de wet opgenomen juist *met het oog op* haar veranderlijke karakter.³⁸³

Gevolg van dit kenmerk dient mijns inziens te zijn dat de rechter zich in ieder te beslissen geval controleerbaar moet afvragen of de verkeersopvatting die hij kent niet ondertussen is gewijzigd. Dit betekent in feite dat niet alleen de *afwijking van een predecident* steeds om rechtvaardiging vraagt,³⁸⁴ maar tevens het *oordelen conform het eerdere precedent*. Het zou de rechter sieren indien hij, bij de hantering van eerder gevonden verkeersopvattingen als precedent, zou

380 Nieuwenhuis 1976, p. 515.

381 Nieuwenhuis 2007a, p. 89.

382 Zie § 7.6.2. sub *iv*).

383 § 4.3.

384 Zie § 7.6.2. sub *i*).

opmerken dat de maatschappelijke ontwikkelingen *niet* nopen tot het aannemen van een wijziging in die verkeersopvatting. Daarmee zou hij rekenschap geven van het feit dat hij het intrinsiek veranderlijke karakter van de verkeersopvatting in aanmerking heeft genomen. Een dergelijke opmerking maakt bovendien controle door hogere rechtscolleges mogelijk.

7.9.2.3 De verhouding tot het geschreven recht duidelijk maken

Een derde aanbeveling die gedaan kan worden voor de motivering van beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting, is dat daarin zo goed mogelijk de verhouding tot het geschreven recht duidelijk wordt gemaakt. Deze aanbeveling hangt samen met de aanvullende functie die de verkeersopvatting vervult en met haar topische karakter.³⁸⁵

Hiervoor heb ik betoogd dat de wijze waarop de verkeersopvatting wordt geconcretiseerd verschilt al naar gelang welke rechtsvraag precies voorligt.³⁸⁶ Bij de verschillende rechtsvragen spelen verschillende gezichtspunten, omstandigheden en stelsels van *topoi* een rol. Eén van de eisen die aan de motivering gesteld mag worden is daarom dat van de rechter verwacht mag worden dat hij duidelijk maakt in het kader van *welke kwalificatievraag* de verkeersopvatting nader is geconcretiseerd.

De verkeersopvatting vervult daarnaast steeds haar rol binnen de context van het wettelijk systeem.³⁸⁷ Vaak spelen in die context ook ander *topoi* dan de verkeersopvatting een rol. Ik heb betoogd dat het *topos* van de verkeersopvatting een mogelijkheid biedt tot het ontwikkelen van een systeem van subregels onder een open norm. Een gevaar van het ontwikkelen van dergelijke binnensystemen van subregels is gelegen in het dreigende verlies van samenhang met andere regels.³⁸⁸ Een dergelijk verlies van samenhang zal de aanvaardbaarheid van de beslissing niet ten goede komen. Het is met name aan de – lagere – rechter om duidelijk te maken wat de verhouding is tussen de verschillende gezichtspunten die een rol hebben gespeeld bij zijn beslissing. Hij dient met andere woorden de communicatiestromen tussen de verschillende *topoi* in kaart te brengen en duidelijk te maken welk *topos* de doorslag heeft gegeven (en liefst ook waarom). Omdat veel van die *topoi* in de wet genoemd worden, maakt hij daarmee tevens duidelijk wat de verhouding is tussen de verkeersopvatting en het systeem van geschreven wettelijke regels.

Mijns inziens geldt ten aanzien van die verhouding in ieder geval dat het ongeschreven recht slechts een aanvullende functie vervult ten opzichte van de wettelijke regels.³⁸⁹ Van een beslissing *contra legem* aan de hand van de

385 Zie § 4.5 en 6.4.3.

386 Zie § 7.7.2 sub i).

387 Zie § 7.5.

388 Hesselink 1999, p. 417 en 431; Sieburgh 2000, p. 219-220.

389 Zie uitgebreid § 6.4.3.

verkeersopvatting zal – behoudens in zeer uitzonderlijke gevallen – geen sprake kunnen en mogen zijn.

Veelal zal de verhouding tussen de verkeersopvatting en het geschreven recht reeds voortvloeien uit de beslissing en zal zij geen nadere of uitgebreide motivering vergen. Daar waar het gaat om de verhouding tussen de verschillende *topoi* in topisch geformuleerde wetsartikelen, bestaat echter nog veel onduidelijkheid. Nu de wetgever zich omtrent deze verhouding(en) niet – duidelijk – heeft uitgelaten, strekt het tot aanbeveling indien de – feitelijke – rechter daarover zijn licht laat schijnen. Het niet voldoen aan deze aanbeveling zal naar mijn mening echter niet snel tot gevolg hebben dat de beslissing niet voldoet aan de eisen die daaraan mogen worden gesteld. Van een vernietiging in cassatie wegens een motiveringsgebrek zal bij het niet voldoen aan deze aanbeveling dan ook niet snel sprake zijn.

7.9.3 Aanbevelingen

Het verdient aanbeveling dat de rechtsvinder bij het motiveren van beslissingen aan de hand van de verkeersopvatting de volgende minimeisen en aanbevelingen in acht neemt:

- Hij dient duidelijk te maken welke rechtsvraag hij heeft beantwoord aan de hand van de verkeersopvatting.
- Hij dient aan te geven welke verkeersopvatting hij gevonden heeft en moet deze zo precies mogelijk formuleren.
- Het verdient aanbeveling dat hij aangeeft hoe deze verkeersopvatting past in het systeem van de wet en hoe zij zich verhoudt tot andere wetsartikelen en wettelijke gezichtspunten.
- Uit de beslissing moet blijken welke vergelijkingsfactoren, subregel, gezichtspunten, omstandigheden (of catalogus van gezichtspunten of omstandigheden) of hypothetische vergelijking de doorslag heeft of hebben gegeven.
- Hij dient blijkt te geven van het feit dat hij de verkeersopvatting heeft geobjectiveerd en gerelativeerd.

7.10 CONCLUSIE

In hoofdstuk 2 schetste ik de noodzaak en tevens de nadelen van hantering van de verkeersopvatting. In hoofdstuk 3 tot en met 6 heb ik vervolgens getracht het weerbarstige begrip ‘verkeersopvatting’ van een theoretisch kader te voorzien. Ik onderzocht haar aard en verschijningsvormen, een aantal van haar kenmerken en ik bracht haar verhouding tot aanverwante begrippen in kaart. Vervolgens schetste ik de functies die de verkeersopvatting naar mijn mening in ons burgerlijk recht vervult. Deze observaties en bevindingen

culmineren vervolgens in hoofdstuk 7, waarin ik tracht 'de stevige erwtensoep der vrije rechtsvinding' flink te verdunnen.³⁹⁰ Ik bepleit in dit hoofdstuk met andere woorden een meer heteronome vorm van rechtsvinding, daar waar de verkeersopvatting een rol speelt.

Het hoofdstuk vangt aan met een algemene beschouwing over de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht. Tussen het geschreven en het ongeschreven recht bestaat een gecompliceerde wisselwerking. Ongeschreven recht, in de vorm van zowel gedragsnormen als verkeersopvattingen, vindt vooral toepassing via open normen of 'beslissingsregels' in het geschreven recht. Een gevolg hiervan is dat alleen uit de *combinatie* van de geschreven beslissingsregel en de – ongeschreven – verkeersopvatting of gedragsnorm, de *rechtsregel* voor het specifieke geval worden gedestilleerd. Het voordeel van deze wetgevingstechniek is tweeledig. Ten eerste kunnen de ongeschreven opvattingen over *behoren* wijzigen zonder dat de beslissingsregels (het geschreven recht) aangepast behoeft te worden. Ten tweede bieden beslissingsregels de mogelijkheid tot rechtsverfijning en nuancering en tot ontwikkeling van een 'binnensysteem' van subregels onder de open norm. De rechtsontwikkeling stokt door hantering van open normen dus niet zozeer, maar vertakt en verfijnt zich. Beslissingsregels bleken zich te onderscheiden van concrete gedragsnormen doordat zij zich richten tot een andere geadresseerde (de rechter), een bij uitstek technisch-juridische formulering kennen, op een ander moment geactiveerd worden (nadat een geschil is ontstaan) en op andere wijze gedrag normeren.

De kernvraag in dit hoofdstuk is vervolgens *hoe* de inhoud van de verkeersopvatting achterhaald kan – of zou moeten – worden, liefst zodanig dat aan de bezwaren die aan haar hantering kleven het hoofd wordt geboden. Gelet op de aard, kenmerken en functies van de verkeersopvatting bleken niet alle bekende rechtsvindingstechnieken bruikbaar. Technieken als de belangenafweging, grammaticale of taalkundige interpretatie van het begrip, het 'bijhouden van de normatieve score tussen partijen', en een analogieredenering of teleologische interpretatie *sec*, bleken voor het achterhalen van de verkeersopvatting ongeschikt. Oriëntatie vond plaats op de specifieke kenmerken en functies van de verkeersopvatting, meer in het bijzonder op het feit dat het een *normatieve niet-gedragsnorm* betreft, dat zij steeds noopt tot *objectivering* en *relativering*, een *sterk probleemgebonden* karakter kent en slechts *aanvullende werking* heeft. Op grond van deze oriëntatiepunten constateerde ik dat de invulling van concrete verkeersopvattingen steeds plaatsvindt binnen een drievoudige context: de wettelijke context, de context van het specifieke geval en de context van de veranderende maatschappij.

De context van de wet biedt een viertal handvatten voor de rechtsvinding. De rechtsvinder dient er allereerst op bedacht te zijn dat het geschreven recht

390 Zie Leyten 1974, p. 728.

voorgaat boven de verkeersopvatting. Indien een specifieke wettelijke regeling ontbreekt dan kunnen de ratio en de wetsgeschiedenis, de onderlinge samenhang tussen wettelijke normen en andere in de wet genoemde *topoi* aanknopingspunten bieden voor de invulling van de verkeersopvatting in het concrete geval.

De context van het specifieke geval biedt mogelijkheden tot *gevalsvergelijking*. Ik maakte onderscheid tussen een viertal vormen van gevalsvergelijking. Ik besprak de subsumptie van het geval onder een evidente verkeersopvatting, gevalsvergelijking aan de hand van precedënten, vergelijking met behulp van de hantering van een gezichtspunten- of omstandighedencatalogus (topische techniek) en de vergelijking met hypothetische gevallen (de vergelijkingsmethode van Wiarda). De twee laatstgenoemde, topische techniek en de hypothetische vergelijkingsmethode, hebben gemeen dat zij behulpzaam zijn bij het boven water halen *welke* feiten en omstandigheden relevant zijn voor de beslissing. De vergelijking aan de hand van een eerder in rechte gevonden verkeersopvatting (precedent) werkte ik nader uit, met het oog op de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting. Deze veranderlijkheid blijkt aan – voorwaardelijke – precedentwerking niet noemenswaardig in de weg te staan. Vergelijking aan de hand van een eerder precedent blijkt plaats te vinden onder meer door ‘*distinguishing the case*’. Ten aanzien van de verkeersopvatting constateerde ik bovendien dat een ‘geconcretiseerde verkeersopvatting’, naar mijn mening, niet zozeer een *Fallnorm* is (met gelding voor slechts één specifiek geval), maar dat steeds wordt gezocht naar een *subregel*, die voor meerdere gevallen gelding heeft. Voor zover het de verkeersopvatting betreft, moet dus ernstig worden getwijfeld of subregels wel steeds ontstaan uit langzaam gegroeide *Fallgruppen*.

De context van de veranderende maatschappij noopt vooral tot objectivering en relativering gedurende het proces van rechtsvinding. Technieken daarvoor zijn niet echt voorhanden, zodat ik voorzichtig een poging waag om wat handvatten te bieden. Voor objectivering van de verkeersopvatting bleek het *perspectief van de objectieve derde* essentieel. De rechtsvinder moet zich steeds realiseren dat de opvatting van partijen (of zijn eigen opvatting) niet doorslaggevend is. In het goederenrecht bleek het vooral te gaan om het perspectief van de objectieve derde ten aanzien van de *uiterlijke feiten*. In het verbintenissenrecht gaat het veel meer de om vraag wat de opvatting van een redelijk lid der samenleving zou zijn omtrent de – minder goed kenbare – *relevante omstandigheden van het geval*. Ten slotte bleek *afbakening van de kring van relevante personen* ons soms verder te brengen bij de concretisering en objectivering van de verkeersopvatting. Dat is het geval indien de rechtsvraag die voorligt branche- of bedrijfstakspecifiek is en in die branche of bedrijfstak daadwerkelijk consensus bestaat over een bepaalde rechtsvraag. Voor de relativering van de verkeersopvatting vallen nog minder concrete aanwijzingen te geven dan voor haar objectivering. Ik kwam niet veel verder dan de rechtsvinder te adviseren om zich de *rechtsvraaggebondenheid* van de verkeersopvatting te

realiseren en zich af te vragen welke kwalificatievraag, op welk niveau, precies voorligt. Daarnaast raad ik de rechtsvinder aan te trachten om de *lijnen van ontwikkeling* te zien binnen de maatschappij. Vooral indien zich kenbare ontwikkelingen voordoen moet de rechtsvinder zich afvragen of de verkeersopvatting onder invloed daarvan (niet) gewijzigd is.

Heuristiek en legitimatie zijn onlosmakelijk verbonden. De verkeersopvatting wordt mijns inziens een machtswoord, een stoplap of een dooddooener indien in de beslissing niet goed wordt geëxpliciteerd *welke* verkeersopvatting is gevonden en – in mindere mate – *hoe* zij is gevonden. De motivering van de beslissing wint aan overtuigingskracht door explicitering van de verkeersopvatting en wordt voor hogere rechtscolleges beter controleerbaar. Hoe duidelijker een gevonden verkeersopvatting wordt geformuleerd, hoe beter zij zich bovendien zal lenen voor gevalsvergelijking. De eerste en belangrijkste eis die – op straffe van vernietiging in cassatie – aan de motivering gesteld kan worden is dan ook dat de gevonden verkeersopvatting zo precies mogelijk geformuleerd wordt. Daarnaast brengen het objectieve en relatieve karakter van de verkeersopvatting mijns inziens gevolgen voor de motivering met zich mee. Niet alleen de beslissing als geheel moet geobjectiveerd worden, maar ook de verkeersopvatting *zelf*; zij is naar haar aard immers een geobjectiveerde opvatting. De rechtsvinder zal met andere woorden aannemelijk moeten maken dat de gevonden verkeersopvatting weergeeft wat *men* vindt. Gelet op het veranderlijke karakter van de verkeersopvatting zal de rechter zich bovendien controleerbaar moeten afvragen of de verkeersopvatting die hij kent niet is gewijzigd. Dit betekent in feite dat niet alleen de *afwijking van een precedente* steeds om rechtvaardiging vraagt, maar tevens het *oordelen conform het eerdere precedent*. Ook dit maakt een betere controle door hogere rechtscolleges mogelijk. Ten slotte verdient het aanbeveling dat uit de motivering duidelijk wordt hoe de verkeersopvatting zich verhoudt tot het geschreven recht en de andere in de wet genoemde *topoi*. Zo kan de samenhang tussen het geschreven en ongeschreven recht gewaarborgd blijven en transparanter worden. De verhouding tussen het geschreven recht en de verkeersopvatting zal veelal blijken uit de beslissing. Het niet voldoen aan deze laatste aanbeveling zal mijns inziens niet snel leiden tot een motiveringsgebrek dat gesanctioneerd zal worden met vernietiging in cassatie.

Hoe bestaan verkeersopvattingen? Twee gedachtelijnen daaromtrent weven zich als rode draden door deze proeve van bekwaamheid.

Ten eerste bevat dit proefschrift vooral een pleidooi voor het aanvaarden van het *rechtskarakter* van verkeersopvattingen. Het boek probeert af te rekenen met de misvatting dat verkeersopvattingen zouden bestaan in feitelijk-empirische zin en zodoende meetbaar of bewijsbaar zouden zijn. Het normatieve begrip verkeersopvatting verwijst, evenals bijvoorbeeld de begrippen goede zeden, maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid, naar *ongeschreven recht*; naar ongeschreven opvattingen omtrent *behoren* die in de maatschappij leven. Verkeersopvattingen 'bestaan' kortom zoals ook ander ongeschreven recht 'bestaat'.

Een tweede rode draad wordt gevormd door het kenmerk dat de verkeersopvatting juist onderscheidt van andere onbepaalde begrippen. Verkeersopvattingen verwijzen niet naar gedragsnormen, maar naar *andere opvattingen over behoren dan gedragsnormen*. Zij zijn in het bijzonder relevant voor de bepaling van: a) de aard en omvang van zaken, b) het onderscheid tussen bezit en houderschap en c) de toerekening van risico's. Bij die vragen draait het niet zozeer om een normatieve beoordeling van het gedrag van de betrokken partijen en het daaraan vastknopen van een – normatief – rechtsgevolg (geen 'dubbel normatieve beslissing'), maar om het verbinden van rechtsgevolgen aan een complex van feiten en omstandigheden (een 'enkel normatieve beslissing'). Niet relevant is bijvoorbeeld of de dief 'fout' of 'onrechtmatig' heeft gehandeld, maar of uit de feiten en omstandigheden van het geval afdoende blijkt van een ondubbelzinnige intentie om het onvreemde goed voor zichzelf te houden. Niet het gedrag wordt beoordeeld, maar de feiten en omstandigheden worden juridisch gekwalificeerd.

Het probleem dat in dit proefschrift aan de orde wordt gesteld is het ontbreken van een theoretisch kader voor het begrip verkeersopvatting(en) en het – daarmee samenhangende – dreigende gevaar voor rechtsonzekerheid en willekeur bij haar hantering.

Wie zich buigt over de – normatieve – vraag *hoe* rechtsvinding aan de hand van een onbepaald begrip als de verkeersopvatting zou moeten plaatsvinden, doet er goed aan eerst de voor- en nadelen van dat begrip in kaart te brengen. Dit gebeurt in *hoofdstuk 2*. In dit hoofdstuk schets ik allereerst de onlosmakelij-

ke band én spanning tussen maatschappij en recht.¹ Eén van de manieren om de spanning tussen de dynamische maatschappij en de veelal statische wet te verminderen, is gelegen in het opnemen van zogenaamde *open* of *vage normen* in de wet. Deze – in ons vermogensrecht veelvuldig gehanteerde – wetgevingstechniek heeft tot gevolg dat de wet zich niet meer zozeer richt tot de burger, maar abstracter van aard wordt, waardoor de rechter een centrale rol verkrijgt bij de oplossing van juridische vraagstukken.²

Vervolgens richtte ik de aandacht nader op deze open normen.³ Ik stond allereerst stil bij de dubbelzinnigheid van het woordje *norm*, dat zowel kan verwijzen naar een *gedragsnorm* als naar een norm in de zin van *maatstaf* of *criterium*.⁴ De verkeersopvatting is nooit gedragsnorm, maar maakt als onbepaald begrip wel deel uit van wettelijke bepalingen (maatstaven). Ik noem de verkeersopvatting daarom – in navolging van de Duitse dogmatiek – een *onbepaald begrip* dat deel uitmaakt van een *open norm*, en vermijdt het begrip *vage norm*, omdat dit mijns inziens vooral wordt geassocieerd met *vage gedragsnormen*.⁵ Ten tweede stond ik stil bij het gegeven dat open normen op verschillende wijzen open kunnen zijn.⁶ Ik concludeerde dat de normen waarin naar de verkeersopvatting wordt verwezen meestal *open* zijn aan de *feitenzijde* van de norm en *niet* aan de *rechtsgevolgenzijde*. Is een feitencomplex juridisch gekwalificeerd (als eenheidszaak, bestanddeel, vrucht, bezit, toerekenbaar etc.) dan is duidelijk welke rechtsgevolgen daaraan moeten worden gekoppeld. Openheid aan de feitenzijde leidt met andere woorden tot een polaire beslissing; een ja-of-nee-beslissing omtrent de vraag of de rechtsgevolgen ten aanzien van *deze* feiten en omstandigheden dienen in te treden.

Het recht moet zich blijven aansluiten bij de maatschappij waarin het zijn taak vervult. Open normen en onbepaalde begrippen zoals de verkeersopvatting bieden de mogelijkheid om zowel recht te doen aan een grote diversiteit aan gevallen als aan maatschappelijke ontwikkelingen.⁷ Hantering van de verkeersopvatting kent het belangrijke voordeel dat zij ruimte biedt voor zowel maatwerk in het concrete geval als voor aanpassing van het recht aan ontwikkelingen in de maatschappij, zonder dat daarvoor een wetswijziging noodzakelijk is.⁸ Het gebruik van onbepaalde begrippen en open normen is onvermijdelijk en noodzakelijk met het oog op het soepel en elastisch houden van het recht.⁹ Een restrictief gebruik van het begrip, in die zin dat haar hantering wordt beperkt tot die gevallen waar in de *wet* naar de verkeersopvatting wordt

1 § 2.2.1-2.2.2.

2 § 2.2.3-2.2.5.

3 § 2.3.

4 § 2.3.1.

5 § 2.3.2.

6 § 2.3.3.

7 § 2.4.

8 § 2.4.1-2.4.3.

9 § 2.5.

verwezen, acht ik daarom niet opportuun.¹⁰ Wel dient hantering van het begrip beperkt te worden tot de juridische kwalificatie van complexen van feiten en omstandigheden; ofwel tot de normatieve niet-gedragsnormen. Ik bepleit kortom een beperking van haar gebruik op functionele gronden. Voor de normatieve beoordeling van *gedrag* lenen andere onbepaalde begrippen (vage normen), zich veel beter.

Inhoudelijke kritiek op de hantering van open normen in het algemeen is geuit door Barendrecht. Ik kan mij in die kritiek op het gebruik van open normen niet vinden, omdat ik de uitgangspunten van Barendrecht niet onderschrijf.¹¹ Dat neemt niet weg dat tegen de hantering van het begrip verkeersopvatting bezwaren op te werpen zijn en in het verleden ook opgeworpen zijn. Die bezwaren zijn tweeledig. Enerzijds wordt de verkeersopvatting getypeerd als vaag, ongrijpbaar en ondefinieerbaar, anderzijds wordt zij wel een machtswoord, een stoplap of een dooddooener genoemd.¹² In § 2.6.2 breng ik de problemen in kaart die hantering van de verkeersopvatting mijns inziens meebrengt. Die problemen zijn, zo blijkt, vooral gelegen in: *i*) de gebrekkige kenbaarheid van de verkeersopvatting, *ii*) de onduidelijkheid rondom haar geldingskracht, en *iii*) de onduidelijkheid rondom haar verhouding tot het geschreven recht.

Voor beantwoording van de vraag *waar* of *hoe* de verkeersopvatting in het concrete geval kan en moet worden gevonden, is het noodzakelijk eerst meer te weten over de *aard* van dit begrip. In *hoofdstuk 3* staat die aard van het begrip verkeersopvatting centraal. In dit hoofdstuk wordt de vraag aan de orde gesteld waarop 'het venster' in het recht, dat door de verwijzing naar de verkeersopvatting wordt geopend, uitzicht biedt.¹³ Verwijst de verkeersopvatting naar een – op empirische of bewijsrechtelijke wijze vast te stellen – feitelijk gegeven of naar regels van ongeschreven recht?

Na de constatering dat verkeersopvattingen niet goed meetbaar of bewijsbaar zijn, althans dat het meten of bewijzen van de verkeersopvatting in rechte niet of nauwelijks gebeurt en problemen met zich brengt,¹⁴ volgt een analyse van de literatuur en jurisprudentie.¹⁵ Onder rechtsgeleerde schrijvers zijn zowel aanhangers te vinden voor de opvatting dat de verkeersopvatting een feitelijk gegeven is, als voor de opvatting dat zij verwijst naar ongeschreven recht. Een aantal auteurs hangt een derde standpunt aan en meent dat de verkeersopvatting soms het één, soms het ander is.

10 § 2.6.2.2. sub *ii*).

11 § 2.6.1.

12 § 2.6.2.

13 § 3.2.

14 § 3.3.1-3.3.2.

15 § 3.3.4-3.3.5.

De in de literatuur wel bepleitte visie dat de verkeersopvatting – steeds of in sommige gevallen – naar een *Sein* verwijst en niet naar een *Sollen*, bleek echter onhoudbaar. De verkeersopvatting behelst mijns inziens steeds een *opvatting over behoren* en is normatief van aard.¹⁶ Zij blijkt voorts in alle gevallen imperatief te worden toegepast en intern consistent van karakter te zijn.¹⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat hantering van de verkeersopvatting steeds leidt tot een volledige toetsing of een gemengde beslissing in cassatie.¹⁸ Ik kom op grond van deze bevindingen tot de conclusie dat het begrip verkeersopvatting verwijst naar *ongeschreven recht* dat in de maatschappij leeft.

De inhoud van dit ongeschreven rechts is soms onmiddellijk evident en kenbaar, maar vaak ook niet. Zo niet, dan vormt het begrip verkeersopvatting slechts een aanknopingspunt voor het vinden van – niet onmiddellijk evident en kenbaar – ongeschreven recht. Ook het resultaat van die zoektocht wordt weer met het begrip verkeersopvatting aangeduid. De verkeersopvatting kent dan ook *drie* verschillende *verschijningsvormen*.¹⁹ Het begrip verkeersopvatting verwijst naar onmiddellijk kenbare en evidente opvattingen omtrent behoren die in de maatschappij leven, het vormt – bij ontbreken daarvan – een aanknopingspunt voor een proces van rechtsvinding en ten slotte geeft het begrip haar naam aan de gevonden regel die het resultaat is van dit rechtsvindingsproces.

Een aantal specifieke kenmerken van verkeersopvattingen werd onder de loep genomen in *hoofdstuk 4*. Het belangrijkste – en tevens onderscheidende – kenmerk van de verkeersopvatting is dat zij *niet* verwijst naar gedragsnormen.²⁰ Dat de verkeersopvatting zelf geen gedragsnorm behelst, betekent echter niet dat gedrag geen enkele rol speelt. Gedrag kan en zal – als voor-gevallen feit – onderdeel uitmaken van het te beoordelen complex van feiten en omstandigheden.²¹ Met behulp van de verkeersopvatting worden die feiten en omstandigheden van het geval juridisch gekwalificeerd.

Een tweede kenmerk van de verkeersopvatting is haar *intrinsieke veranderlijkheid*.²² In dat verband besteedde ik aandacht aan ‘de normatieve kracht van het normale’ en de gevolgen van veranderlijkheid voor de rechtsvinding.²³ Bepalend voor de inhoud van de verkeersopvatting blijken vooral – veelal impliciet gekoesterde – normatieve verwachtingen omtrent de ‘normale gang van zaken’. Die verwachtingen kunnen door de tijd heen wijzigen. Vaak echter zijn verkeersopvattingen ook verbazingwekkend stabiel, waardoor de – onder-

16 § 3.4.2-3.4.3.

17 § 3.4.4.

18 § 3.4.1.

19 § 3.5.

20 § 4.2.

21 § 4.2.2.

22 § 4.3.

23 § 4.3.1-4.3.2.

mijnende – invloed van haar intrinsieke veranderlijkheid op haar precedent-waarde en de daarmee samenhangende rechtsonzekerheid meevalt.

Een derde kenmerk dat aan de orde komt is dat de verkeersopvatting werkt op *verschillende wijzen* (impliciet en expliciet) en op *verschillende niveaus*.²⁴ Een impliciete rol is weggelegd voor onmiddellijk kenbare en evidente verkeersopvattingen, die een ordenende rol in de maatschappij vervullen zonder dat daaraan een jurist te pas komt. Expliciet is de werking van het – juridische – begrip verkeersopvatting dat aanknopingspunt vormt voor rechtsvinding of het resultaat vormt van een proces van rechtsvinding. In methodische zin kan de verkeersopvatting een rol spelen als *hulpmiddel bij de uitleg* van wettelijke begrippen of op het niveau van de rechtsnorm zelf, als zelfstandig *beslissingscriterium*. Beide niveaus laten zich echter moeilijk van elkaar onderscheiden en dit onderscheid is bovendien vooral academisch van aard.²⁵ Op het inhoudelijke vlak kan de verkeersopvatting een rol spelen bij vragen van verschillend niveau binnen één en hetzelfde leerstuk.²⁶ Het onderscheiden van deze inhoudelijke niveaus is *wel* van belang, met het oog op een juiste selectie van de relevante feiten en identificatie van de gezichtspunten voor oplossing van de specifieke kwalificatievraag.

De verkeersopvatting is – ten vierde – *topisch* van karakter, zowel in de klassieke zin als de moderne zin van het woord.²⁷ Steeds gaat het om een algemeen gezichtspunt, dat relatief van aard is (tijd- en rechtsvraaggebonden) en dat in verhouding staat tot andere gezichtspunten van algemene aard (*topoi*). Met name de verhouding van het *topos* ‘verkeersopvatting’ ten opzichte van andere door de wetgever genoemde gezichtspunten kwam aan bod.²⁸ Want, hoewel de topiek steeds leidt tot een probleemgebonden aanpak, is zij niet systeemgebonden. In het verbintenissenrecht valt op dat de wetgever veelvuldig gebruikt heeft gemaakt van allerlei combinaties van vindplaatsen van argumenten. In het goederenrecht is dat minder het geval en wordt de verkeersopvatting – op het oog – vaker gehanteerd als enig *topos*. Zowel in het goederen- als het verbintenissenrecht verhoudt de verkeersopvatting zich niet alleen tot andere genoemde *topoi*, maar ook tot de overige wettelijke bepalingen. Over deze verhouding tussen het *topos* verkeersopvatting en andere wettelijke gezichtspunten en wettelijke normen blijkt zowel in het verbintenissen- als goederenrecht veel onduidelijkheid te bestaan. Aan de topiek is inherent dat een rangorde tussen de verschillende vindplaatsen van argumenten (en de argumenten zelf) niet te geven is. Ik stipte aan dat dit anders lijkt waar het gaat om de verhouding tussen verkeersopvatting en wet.

24 § 4.4.

25 § 4.4.2.3.

26 § 4.4.3.

27 § 4.5.1–4.5.2.

28 § 4.5.5.

Ten slotte komt als vijfde kenmerk van de verkeersopvatting haar verstrengeling met de feiten aan de orde.²⁹ Deze feitengebondenheid leidt er vaak toe dat het selecteren van de voor de beslissing relevante feiten veelal wordt bemoeilijkt door de *onbepaaldheid* van de verkeersopvatting. Pas met de beslissing is de geconcretiseerde verkeersopvatting helder en is tevens duidelijk op welke feiten en omstandigheden van het individuele geval die beslissing is toegesneden. Tegelijkertijd overstijgt de verkeersopvatting echter het individuele geval.

In het *viijfde hoofdstuk* onderzocht ik de verhouding tussen de verkeersopvatting en aanverwante begrippen, zoals feiten van algemene bekendheid, ervaringsregels, goede zeden, maatschappelijke betamelijkheid, redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke opvattingen, in Nederland levende rechtsovertuigingen en gewoonterecht. De verkeersopvatting blijkt een middenpositie te vervullen tussen enerzijds de feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels en anderzijds de zuivere gedragsnormen zoals maatschappelijke betamelijkheid en goede zeden.³⁰ Zij verschilt van de 'notoire feiten' en ervaringsregels in die zin dat zij *normatief* van aard is. Van een *dubbel normatieve* inslag, zoals bijvoorbeeld bij de goede zeden en maatschappelijke betamelijkheid (een normatieve beoordeling van gedrag en daaraan gekoppeld een – eveneens normatief – rechtsgevolg), is echter geen sprake. De verkeersopvatting blijkt *enkel normatief* van aard.³¹

De verhouding van de verkeersopvatting tot het begrip redelijkheid en billijkheid bleek minder eenvoudig te schetsen. Dit komt doordat de redelijkheid en billijkheid in ons rechtssysteem meer rollen vervult dan alleen die van gedragsnorm en maatstaf voor gedrag, en zodoende niet steeds dubbel normatief is.³² Een complicatie in de verhouding tussen beide begrippen bleek bovendien dat de verkeersopvatting vaak wordt getypeerd als *species* van het begrip 'in Nederland levende rechtsovertuigingen', zoals gehanteerd in artikel 3:12 BW. Zij zou zodoende mede invulling geven aan de redelijkheid en billijkheid, terwijl anderzijds de redelijkheid en billijkheid volgens velen een rol speelt bij concretisering van de verkeersopvatting. Daardoor dreigt een cirkelredenering.³³

In een poging meer klaarheid te brengen in de verhouding tussen verkeersopvattingen en de redelijkheid en billijkheid, onderzocht ik eerst haar verhouding tot de begrippen *maatschappelijke opvattingen* en *de in Nederland levende rechtsovertuigingen*.³⁴ De maatschappelijke opvattingen blijken van de verkeers-

29 § 4.6.

30 § 5.2.

31 § 5.2.3.

32 § 5.3.1.

33 § 5.3.2.

34 § 5.4.

opvatting vooral te verschillen doordat zij niet steeds juridische opvattingen behelzen, mede gedragsnormen (kunnen) omvatten en minder rechtsvraaggebonden zijn.³⁵ Nauwer verwant is de verkeersopvatting aan het begrip 'in Nederland levende rechtsovertuigingen'. Deze zijn – evenals verkeersopvattingen – steeds juridisch van aard en rechtsvraaggebonden. Beide begrippen vormen een species van het begrip *rechtsovertuigingen* in algemene zin. De verkeersopvatting is echter *geen species* van het in artikel 3:12 BW gehanteerde begrip 'in Nederland levende rechtsovertuigingen'.³⁶ Dat begrip ziet, zo bleek, op *gedragsnormen* die gelden binnen een door de redelijkheid en billijkheid geregeerde rechtsverhouding tussen partijen. Verkeersopvattingen verwijzen juist *niet* naar gedragsnormen en zijn bovendien veel minder gebonden aan een concrete rechtsverhouding tussen partijen. Beide begrippen staan dan ook *naast* elkaar en overlappen elkaar niet.

Omtrent de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en verkeersopvattingen konden daarom de volgende conclusies worden getrokken.³⁷ De verkeersopvatting leent zich *niet* als hulpmiddel voor de nadere concretisering van de gedragsnormen die naar redelijkheid en billijkheid geacht moeten worden tussen partijen binnen een rechtsverhouding te gelden. Andersom speelt de redelijkheid en billijkheid als metanorm *wel* een rol bij de concretisering van de verkeersopvatting, die niet zozeer de inhoud van rechtsverhoudingen bepaalt als wel de reikwijdte van een aantal wettelijke begrippen. Een onbillijke verkeersopvatting – zo al bestaanbaar – zal een zeer kort leven beschoren zijn.

Ten slotte onderzocht ik de verschillen en overeenkomsten tussen verkeersopvattingen en gewoonterecht.³⁸ Ik kwam tot de conclusie dat de verkeersopvatting grote gelijkenis vertoont met wat wel de *opinio iuris* of *opinio necessitatis* wordt genoemd. Bovendien blijkt aan de verkeersopvatting vaak – maar niet steeds – een bestendige gedragslijn (*usus*) ten grondslag te liggen.³⁹ Voor zover de verkeersopvatting is gebaseerd op *usus*, lijkt van niets anders sprake te zijn dan van gewoonterecht in een nieuw jasje. De algemeen gedeelde opvatting in de literatuur dat het gewoonterecht nog slechts een marginale rol zou spelen in ons vermogensrecht, lijkt in dat licht aan heroverweging toe.⁴⁰ In die gevallen waarin *usus* ontbreekt – hetgeen veelal het geval zal zijn bij de niet onmiddellijk evidente en kenbare verkeersopvattingen – verwijst het begrip echter naar 'ander ongeschreven recht' en niet naar hetgeen gewoonterecht pleegt te worden genoemd.

35 § 5.4.1.3.

36 § 5.4.2.7.

37 § 5.5.

38 § 5.6.

39 § 5.6.2.

40 § 5.6.3.

In *hoofdstuk 6* onderzocht ik de functies van de verkeersopvatting in het vermogensrechtelijke systeem. Daarbij maakte ik onderscheid tussen de methodische en materiële functies van het begrip verkeersopvatting.⁴¹ Haar methodische functies zijn gelegen in de *receptie* van de in de maatschappij levende verkeersopvattingen, *transformatie* voor zover dergelijke opvattingen ontbreken maar desondanks van de rechter een beslissing wordt verwacht, en zodoende *delegatie* van rechtsvormende bevoegdheid.⁴² Ik concludeer vervolgens dat open normen en onbepaalde begrippen de neiging hebben steeds minder een receptiefunctie te vervullen en steeds vaker een transformatiefunctie vervullen, hetgeen in Duitsland *Funktionswandel* wordt genoemd.⁴³

Vervolgens kwam de vraag aan de orde waartoe het begrip dient en wat de rechter concreet *doet* bij hantering van de verkeersopvatting.⁴⁴ Deze materiële functies van het begrip zijn gelegen in haar vermogen tot *juridische kwalificering* van feiten en omstandigheden en in de aan het begrip inherente verplichting tot *objectivering* en *relativering*, waarbij voor de verkeersopvatting bovendien naar mijn mening slechts een *aanvullende werking* ten opzichte van de wet is weggelegd.

De hoofdfunctie van de verkeersopvatting is gelegen in de *juridische kwalificatie* van feiten en omstandigheden.⁴⁵ Van een – dubbel normatieve – beoordeling van gedrag is geen sprake. De verkeersopvatting vormt steeds de schakel tussen een complex van feiten en omstandigheden en een rechtsgevolg. Deze functie van de verkeersopvatting maakt een goede definiëring van de kwalificatievraag van belang. Een probleem dat opdoemt bij de kwalificatie van de feiten en omstandigheden is dat in twijfelgevallen niet steeds op voorhand duidelijk is *welke* feiten relevant zijn. In dit verband kwam opnieuw de wijze van openheid van de norm aan de orde en bleek de verkeersopvatting steeds antwoord te geven op een ja-of-nee-vraag. Steeds is sprake van een ‘polaire beslissing’, hetgeen de rechtsvindingsproblemen vermindert. De juridische kwalificatie aan de hand van de verkeersopvatting komt tot stand met behulp van een ‘gesloten concretisering’; een redenering waarbij het oog van de rechtsvinder heen en weer kijkt tussen de feiten en de twee mogelijke, en elkaar uitsluitende, rechtsgevolgen.

Objectiverend en relaterend is de verkeersopvatting in die zin dat steeds gezocht moet worden naar ‘wat *men* vindt’ en naar ‘of men dat *nog steeds* vindt’.⁴⁶ De individuele mening van partijen, hun advocaten of de rechter bepaalt niet de inhoud van de verkeersopvatting. Het grote probleem dat daarbij opdoemt, is dat consensus *vooraf* over de inhoud van de verkeersopvat-

41 § 6.2.

42 § 6.3

43 § 6.3.4.

44 § 6.4.

45 § 6.4.1.

46 § 6.4.2.

ting vaak zal ontbreken, juist omdat zij ter hand wordt genomen in twijfelgevallen. In gevallen waarin consensus vooraf ontbreekt dient, ter objectivering daarom gestreefd te worden naar *werfkracht* van de beslissing achteraf. Die werfkracht wordt bevorderd door te zoeken naar objectieve en toetsbare aanknopingspunten voor de beslissing aan de hand van de verkeersopvatting en door die beslissing goed en inzichtelijk te motiveren.⁴⁷

Ten slotte betoogde ik dat de verkeersopvatting slechts *aanvullende werking* heeft en ook dient te hebben.⁴⁸ Gelet op het in Nederland gehanteerde uitgangspunt van *binding aan de wet* moet aan een mogelijk derogerende werking van ongeschreven recht zware eisen worden gesteld en zal zij slechts in uitzonderingsgevallen voorkomen en gedegen gemotiveerd moeten zijn. Ten aanzien van de verkeersopvatting geldt zulks nog sterker, omdat uit niets blijkt dat de wetgever een – aan de wet – derogerende werking van de verkeersopvatting zou voorstaan. De wetgever heeft zich daarover, anders dan ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid, niet uitgelaten. Derogerende werking van de verkeersopvatting ten opzichte van het geschreven recht ligt niet voor de hand, aangezien de keuze van de wetgever voor invoering van dit begrip leidt tot rechtsvinding *intra legem* en ons wetboek bovendien momenteel bij de tijd is. Verkeersopvattingen *contra legem* zijn mij – behoudens één rechterlijke misslag – niet bekend en dat dient naar mijn mening zo te blijven.⁴⁹

Na deze schets van de theoretische achtergronden van het begrip verkeersopvatting geef ik in *hoofdstuk 7* een aanzet voor de beantwoording van de vraag *hoe* de verkeersopvatting achterhaald kan en moet worden. Gelet op het *rechtskarakter* van dit begrip gaat het daarbij om rechtsvindings technieken.

Ongeschreven recht, in de vorm van zowel gedragsnormen als verkeersopvattingen, vindt vooral toepassing via open normen of ‘beslissingsregels’ in het geschreven recht. Een gevolg hiervan is dat alleen uit de *combinatie* van de geschreven beslissingsregel en de verkeersopvatting of gedragsnorm, de *rechtsregel* voor het specifieke geval worden gedestilleerd. Essentieel is daarom de *concretisering* van die verkeersopvatting. Na enkele observaties over deze verhouding tussen het geschreven en ongeschreven recht,⁵⁰ wordt in dit hoofdstuk gezocht naar een rechtsvindingsmethode die het hoofd biedt aan de bezwaren (zoals geschetst in hoofdstuk 2) en die geënt is op de specifieke kenmerken en functies van het begrip.⁵¹ Technieken als de ‘belangenafweging’, grammaticale of taalkundige interpretatie van het begrip, het ‘bijhouden van de normatieve score tussen partijen’, en een analogieredenering of teleologische

47 § 6.4.2.3.

48 § 6.4.3.

49 § 6.4.3.5.

50 § 7.2.

51 § 7.3.

interpretatie *sec*, bleken gelet op haar kenmerken en functies, voor het achterhalen van de verkeersopvatting niet of minder geschikt.⁵²

Oriëntatie op de kenmerken en functies van de verkeersopvatting leidde tot drie contextgebonden handvatten voor de rechtsvinding, die verschillende rechtsvindingstechnieken aanreiken:⁵³

- i) de context van de wet;
- ii) de context van het specifieke geval; en
- iii) de context van de veranderende maatschappij.

De context van de wet biedt een viertal handvatten voor de rechtsvinding.⁵⁴ De rechtsvinder dient er allereerst op bedacht te zijn dat het geschreven recht voorgaat boven de verkeersopvatting. Specifieke wettelijke regels kunnen het zoeken naar de inhoud van de verkeersopvatting kortom overbodig maken. Indien een specifieke wettelijke regeling ontbreekt dan kunnen de ratio en de wetsgeschiedenis, de onderlinge samenhang tussen wettelijke normen en andere in de wet genoemde *topoi* aanknopingspunten bieden voor de invulling van de verkeersopvatting in het concrete geval.

De context van het specifieke geval biedt mogelijkheden tot *gevalsvergelijking*.⁵⁵ Ik maakte onderscheid tussen een viertal vormen van gevalsvergelijking, die voor concretisering van de verkeersopvatting geschikt en beproefd zijn. Ik besprak de subsumptie van het geval onder een evidente verkeersopvatting, gevalsvergelijking aan de hand van precedënten, vergelijking met behulp van de hantering van een gezichtspunten- of omstandighedencatalogus (topische techniek) en de vergelijking met hypothetische gevallen (de vergelijkingsmethode van Wiarda). De vergelijking aan de hand van een eerder in rechte gevonden verkeersopvatting (precedent) werkte ik nader uit, met het oog op de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting. Deze veranderlijkheid blijkt aan – voorwaardelijke – precedentwerking niet noemenswaardig in de weg te staan. Vergelijking aan de hand van een eerder precedent vindt onder meer plaats door '*distinguishing the case*'. Bij al deze technieken moet worden bedacht dat de verkeersopvatting naar haar aard steeds uitdrukking geeft aan een *subregel* die algemeen van aard is, en nooit eerst *Fallnorm* is die slechts geldt voor één specifiek geval. De twee als laatste besproken vormen van gevalsvergelijking, topische techniek en de hypothetische vergelijkingsmethode, hebben gemeen dat zij behulpzaam zijn bij het boven water halen *welke* feiten en omstandigheden relevant zijn voor de beslissing. Zij bieden daarom niet alleen een beginpunt voor de redenering van de rechter, maar vormen tevens een sluitstuk voor de controle. Anders dan Barendrecht meen ik daarom dat gevalsvergelijking (en daarmee de vorming van een subsysteem van regels

52 § 7.3.3.

53 § 7.4.

54 § 7.5.1-7.5.4.

55 § 7.6.

onder de open norm) voordelen biedt boven het formuleren van ‘scherpe regels’ en het loslaten van de binding van aan de wet. Een ‘sprong’ binnen het wettelijk kader, waarbij duidelijk is *welke* feiten en omstandigheden relevant (kunnen) zijn, is naar mijn mening te verkiezen boven een ‘sprong’ zonder binding aan het wettelijke kader, waarbij zelfs niet duidelijk is wat die relevante feiten en omstandigheden zijn.

De context van de veranderende maatschappij noopt vooral tot objectivering en relativering van de verkeersopvatting.⁵⁶ Technieken daarvoor zijn niet echt voorhanden, zodat ik voorzichtig een poging waag om wat handvatten te bieden. Voor objectivering van de verkeersopvatting bleek het *perspectief van de objectieve derde* cruciaal. In het goederenrecht bleek het vooral te gaan om het perspectief van die derde op de *uiterlijke feiten*, terwijl in het verbintenissenrecht veeleer de vraag is welke – hypothetische – opvatting de objectieve derde, in de zin van een redelijk denkende maatman, koestert omtrent de – minder goed kenbare – *relevante omstandigheden van het geval*. Ten slotte bleek *afbakening van de kring van relevante personen* ons soms verder te kunnen brengen bij de concretisering en objectivering van de verkeersopvatting. Dat is het geval indien de rechtsvraag die voorligt branche- of bedrijfstakspecifiek is. Voor de relativering van de verkeersopvatting vallen nog minder concrete aanwijzingen te geven dan voor haar objectivering. Ik kwam niet veel verder dan de rechtsvinder te adviseren om zich de *rechtsvraaggebondenheid* van de verkeersopvatting te realiseren en zich af te vragen welke kwalificatievraag, op welk niveau, precies voorligt. Daarnaast raad ik de rechtsvinder aan te trachten om de *lijnen van ontwikkeling* te zien binnen de maatschappij. Vooral indien zich kenbare ontwikkelingen voordoen in de maatschappij moet de rechtsvinder zich afvragen of de verkeersopvatting (niet) gewijzigd is.

Na het schetsen van de handvatten en aanknopingspunten voor de rechtsvinding, kwam de *legitimatatie* van de beslissing aan bod.⁵⁷ De verkeersopvatting verwordt mijns inziens tot een machtswoord, een stoplap of een dooddoener indien in de beslissing niet goed wordt geëxpliciteerd *welke* verkeersopvatting is gevonden en – in mindere mate – *hoe* zij is gevonden. Aan de motivering van beslissingen, genomen aan de hand van de verkeersopvatting, kunnen mijns inziens twee eisen worden gesteld.⁵⁸ De gevonden verkeersopvatting dient op straffe van vernietiging van de uitspraak in cassatie: *i)* zo precies mogelijk geformuleerd te zijn.⁵⁹ Daarnaast vloeit uit de intrinsieke veranderlijkheid van de verkeersopvatting en uit haar objectiverende functie naar mijn mening voort dat de rechter *ii)* in zijn beslissing blijk dient te geven van het feit dat hij de verkeersopvatting heeft geobjectiveerd en gerelati-

⁵⁶ § 7.7.

⁵⁷ § 7.9.

⁵⁸ § 7.9.2.

⁵⁹ § 7.9.2.1.

veerd.⁶⁰ De motivering van de beslissing wint aan overtuigingskracht door explicitering van de verkeersopvatting. Bovendien leent een duidelijke formulering van de gevonden verkeersopvatting zich beter voor gevalsvergelijking en maakt zij de beslissing beter controleerbaar. De controlemogelijkheden in hoger beroep en cassatie worden daarnaast bevorderd indien niet alleen de *afwijking van een eerdere verkeersopvatting* gerechtvaardigd wordt, maar tevens het *oordelen conform het eerdere precedent*. Ten slotte verdient het aanbeveling dat uit de beslissing de verhouding van de verkeersopvatting tot het geschreven recht duidelijk wordt. Het betreft hier echter een aanbeveling en geen eis waaraan, al dan niet op straffe van vernietiging in cassatie, steeds voldaan dient te worden.

In hoofdstuk 7 tracht ik kortom ‘de stevige erwtensoep der vrije rechtsvinding’ flink te verdunnen. Ik bepleit een meer heteronome vorm van rechtsvinding in die gevallen waarin de verkeersopvatting een rol speelt en tracht daarvoor handvatten aan te reiken.

Een laatste vraag resteert. Verschilt de verkeersopvatting in het goederenrecht van de verkeersopvatting in het verbintenissenrecht? Het antwoord op die vraag is dat de *aard* van het begrip mijns inziens op de verschillende rechtsterreinen *niet verschilt*. Steeds gaat het om ongeschreven recht; om andere – normatieve – opvattingen omtrent behoren dan gedragnormen.⁶¹

Toch zijn nuanceverschillen aan te wijzen op het gebied van de rechtsvinding (stechnieken) binnen het goederen- en het verbintenissenrecht. Deze verschillen hangen mijns inziens samen met het dwingendrechtelijke(re) karakter van het goederenrecht en met verschillen in wetgevingstechniek.

Uit analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad⁶² bleek bijvoorbeeld dat binnen het goederenrecht vaker een volledige toetsing van de verkeersopvatting plaatsvindt, terwijl binnen het verbintenissenrecht de beslissing aan de hand van de verkeersopvatting veelal gemengd van karakter is en vaak (maar niet steeds) terughoudender getoetst wordt.

Een ander verschil was dat in het verbintenissenrecht gedrag over het algemeen onderdeel zal uitmaken van het te beoordelen complex van feiten en omstandigheden.⁶³ Dit fenomeen beperkt zich echter niet geheel tot het verbintenissenrecht. Hetzelfde doet zich immers voor bij de juridische kwalificatie van bezit en houderschap.

Bij de bespreking van het topische karakter van de verkeersopvatting bleek een verschil tussen beide rechtsgebieden veroorzaakt door wetgevingstechniek.⁶⁴ In het verbintenissenrecht heeft de wetgever veel kwistiger gestrooid

⁶⁰ § 7.9.2.2.

⁶¹ § 3.4.2.

⁶² § 3.3.5.

⁶³ § 4.2.2.

⁶⁴ § 4.5.5.1.

met *topoi*, waardoor – veel meer dan in het goederenrecht – de verkeersopvatting vaker slechts één van de gezichtspunten of vindplaatsen van argumenten vormt in de betreffende open norm. In het verbintenissenrecht zien we met andere woorden vaker een combinatie van *topoi*, terwijl de verkeersopvatting in het goederenrecht juist vaak het enige beslissingscriterium vormt.

Het belangrijkste verschil op het gebied van de rechtsvinding is mijns inziens gelegen in de *wijze van objectivering* van de verkeersopvatting in het goederen- en verbintenissenrecht.⁶⁵ Bij die objectivering bleek in alle gevallen het ‘perspectief van de derde’ doorslaggevend. In het goederenrecht gaat het daarbij echter om de opvatting van de derde ten aanzien van de *uiterlijke feiten*, terwijl in het verbintenissenrecht de opvatting over de – minder goed kenbare – *relevante omstandigheden van het geval* van belang is.

Hiermee zijn, als bijkomend resultaat van het onderzoek, de verschillen tussen de verkeersopvatting in het goederen- en het verbintenissenrecht mijns inziens gegeven.

De lezer zij tot slot gewaarschuwd dat dit boek slechts ideeën bevat; het bevat een persoonlijke opvatting die (nog) geen verkeersopvatting genoemd mag worden.

65 § 7.7.1.

Summary

In a number of crucial sections the Dutch Civil Code uses the concept *verkeersopvatting* (plural: *verkeersopvattingen*). The subject of this thesis, this concept is difficult to translate into English. Legal dictionaries give *common opinion*, *public opinion*, *generally accepted principles*, *views accepted in society*, *generally prevailing opinion*, *general business understanding*, or *general understanding of the business community*. In an English translation of a judgment of the European Court of Justice in which the Dutch version referred to *verkeersopvattingen*, the translator decided on *generally accepted views*. As none of these translations is entirely satisfactory, the author and translator have chosen not to translate the concept.

English speaking lawyers should in particular bear in mind that *verkeersopvatting* has been a statutory concept since the Dutch Civil Code was recodified in 1992. A statute containing such an ‘indeterminate concept’ is open textured. Dutch courts observe the concept not only in instances referred to by law, but independently in case law as well. In a nutshell, it is therefore a ‘legal criterion’ in Dutch civil law.¹

Criticism has been levelled at the use of the concept *verkeersopvatting* in the Netherlands (as well as in Germany). It poses problems for lawyers in establishing legal findings. In *which instances* should the concept be used and *where* or *how* should a lawyer search in trying to establish a legal finding? To be avoided is the use of the concept as a pronouncement, a filler or a means to ending any further discussion. The problem articulated by this thesis is the lack of a theoretical framework for the concept and the associated risk of legal uncertainty and arbitrariness in its use. The book attempts to sketch a theoretical framework and subsequently to offer guidelines for establishing legal findings based on the concept.

Following an exploratory investigation of the subject in chapter 1, chapter 2 articulates the benefits and drawbacks of the concept *verkeersopvatting*. One way of reducing the tension between a dynamic society and legislation, which is frequently static, is by introducing so-called open norms into laws. In line with German dogma, this book refers to the concept *verkeersopvatting* as an indeterminate concept, which forms part of an open norm. In this connection

1 Particularly in what is called property law (books 3 and 5 of the Dutch Civil Code) and the law of obligations, which covers contracts, tort and strict liability (book 6 of the Dutch Civil Code).

the ambiguity of the word norm is considered, which – in both Dutch and English – may refer either to a behavioural norm or a norm in the sense of a standard or criterion. The concept *verkeersopvatting* is never a behavioural norm, but as an indeterminate concept does play a role in statutory norms (standards). Use of the concept has the considerable advantages both of making it possible to do justice to various different situations and of adapting law to developments in society without actually having to amend legislation. The use of indeterminate concepts and open norms is unavoidable and necessary, in order to maintain law's flexibility and elasticity.

Substantive criticism of the use of the concept is twofold. On the one hand it is said to be vague, elusive and indefinable and, on the other, it is sometimes labelled a pronouncement, a filler, or a means to ending any further discussion. It appears that the problems are chiefly *i*) the difficulty of being able to distinguish its meaning exactly, *ii*) uncertainty about the extent of its validity, and *iii*) uncertainty about its relationship to written law.

Chapter 3 looks principally at the nature of the concept *verkeersopvatting*, which has been the subject of fierce debate since it was first used by the Supreme Court (in 1936). Does the concept refer to a factual circumstance or to unwritten law?

After concluding that a *verkeersopvatting* cannot be measured or proved easily, at least that its measurement or proof hardly occurs in the courts, if at all, thus entailing problems, an analysis follows of both the literature and case law. Among Dutch legal scholars there are proponents of the idea that a *verkeersopvatting* is a factual circumstance as well as those who argue that it refers to unwritten law. A number of writers subscribe to a third view, namely that it can be either, depending on the instance in question.

The position taken in the literature, that a *verkeersopvatting* – always or in some instances – refers to something that *is* rather than something that *should be*, has proved untenable. It is always a concept about something that *should be* and is normative in nature. Its application is never free from obligation and its substance is internally consistent. Moreover, the Supreme Court also assesses the concept as a legal one. In short, the concept *verkeersopvatting* refers to *unwritten law* observed by society.

This form of unwritten law manifests itself in three ways. In some cases the concept refers to immediately identifiable and obvious ideas about what is appropriate in society; failing this it provides a basis for the process of establishing a legal finding, and finally it gives its name to the finding that is the result of that process.

Chapter 4 examines a number of specific characteristics of *verkeersopvattingen*. Their most important and at the same time a distinguishing feature is that they do *not* involve behavioural norms. Behaviour can, however – as something that has occurred – form part of the complex of facts and circumstances to be judged. The *verkeersopvatting* is drawn upon to legally qualify the facts and circumstances of the case in question.

A second characteristic is its intrinsic changeability. It appears that the substance of a *verkeersopvatting* is formed chiefly of – often implicit – normative expectations about a ‘normal course of events’. These expectations may change with time. Often, however, *verkeersopvattingen* are amazingly stable, meaning that the consequences of this changeability for their precedent value are not serious.

A third characteristic is that in Dutch law *verkeersopvattingen* may be used in various ways (both implicitly and explicitly) and on various levels. In the methodical sense a *verkeersopvatting* may play a role as an aid to explaining statutory concepts, or on the level of the legal norm itself, as an independent criterion for a decision. These levels are, however, difficult to distinguish from one another, and this distinction is chiefly academic. In substantive terms a *verkeersopvatting* may play a role in questions at various levels within one and the same doctrine. It is important to distinguish these substantive levels in order to properly select the relevant facts and identify the points of view for resolving the specific question of qualification.

Fourthly, a *verkeersopvatting* is topical (i.e. from the Greek *topos*, meaning a ‘commonplace’, also used currently to mean source of arguments). It always involves a general point of view that is relative in nature and that stands in relation to other points of view of a general nature (i.e. *topoi*). Noticeable in the Dutch law of obligations is that the legislature often avails itself of many combinations of sources for arguments. This is less so in the law of property, where the concept *verkeersopvatting* seems at first sight to be used as the only *topos*. It transpires that in Dutch law pertaining to both obligations and property there is little clarity about the relationship between the *topos verkeersopvatting*, other statutory points of view, and statutory norms.

Discussed finally as the fifth characteristic of the concept *verkeersopvatting* is its intertwining with the facts. The result of this is that the selection of facts relevant to the decision is often hindered by the indeterminate nature of *verkeersopvattingen*. Only once a decision is pronounced is the concretised *verkeersopvatting* clear, and it is clear to what facts and circumstances the decision is tailored. At the same time, however, *verkeersopvattingen* transcend individual cases.

Chapter 5 looks at the link between *verkeersopvatting* and related concepts. The concept *verkeersopvatting* appears to occupy the middle ground between on the one hand generally known facts and rules of experience and, on the other, behavioural norms such as what is generally considered appropriate and common decency. It differs from ‘generally known facts’ and ‘rules of experience’ in the sense that it is normative by nature. Its impact is not doubly normative, such as is the case with common decency and behaviour that is generally considered appropriate (a normative judgement of behaviour and, coupled to this – also normative – legal consequences). It turns out that the concept *verkeersopvatting* is singly normative.

Discussed next is the connection between *verkeersopvatting* and the principle of reasonableness and fairness, with an outline of its relationship to the con-

cepts *maatschappelijke opvattingen* (translated here as ‘generally accepted views of society’) and *de in Nederland levende rechtsovertuigingen* (‘legal convictions prevailing in the Netherlands’). It transpires that the concept ‘generally accepted views of society’ has a broader sweep than *verkeersopvattingen*, as it encompasses more than just legal views. *Verkeersopvatting* stands closer to the concept ‘legal convictions prevailing in the Netherlands’. Like *verkeersopvattingen*, these convictions always have a legal character and are bound up with issues of law. Both concepts are a species of the concept ‘legal convictions’ in a general sense. The concept *verkeersopvatting*, however, is not a species of the concept ‘legal convictions prevailing in the Netherlands’ referred to in section 3:12 of the Dutch Civil Code, because the latter concept always involves behavioural norms. These two concepts, therefore, stand *alongside* one another without overlapping.

As regards the relationship between *verkeersopvatting* and the principle of reasonableness and fairness, the following conclusions were drawn. The concept *verkeersopvatting* cannot be used as a means for further concretising behavioural norms that, based on the principle of reasonableness and fairness, should apply between parties within a legal relationship. Conversely, as a metanorm, the principle of reasonableness and fairness *does* play a role in concretising the concept *verkeersopvatting*.

As to its relationship to customary law, the conclusion is that the concept *verkeersopvatting* bears considerable similarity to what is known as *opinio iuris* or *opinio necessitatis*. Furthermore, a *verkeersopvatting* is often – but not always – based on a consistent pattern of behaviour (i.e. usage), meaning that in such instances it is customary law in another guise. It therefore appears that the prevailing view in the Dutch literature, that customary law now only plays a marginal role in Dutch civil law, is ripe for review. In instances where usage does not apply, however, the concept refers to ‘other unwritten law’ and not to what is generally known as customary law.

Chapter 6 describes the functions of the concept *verkeersopvatting* in the system of Dutch civil law. Its methodical functions lie in the reception of *verkeersopvattingen* prevailing in society, their transformation where such views are lacking but where a court is nevertheless expected to deliver a decision, and thus delegation of the authority to form laws. As in Germany, the receptionary function in the Netherlands of open norms and indeterminate concepts tends to be decreasing (a trend known in Germany as ‘Funktionswandel’, meaning function shift).

The material functions of the concept *verkeersopvatting* lie in its power to give *legal qualification* to facts and circumstances and the concomitant obligation to *objectivise* them and to *frame them within the context*. In addition, in my view, the concept merely supplements what is prescribed by written law.

The chief function of the concept *verkeersopvatting* lies in the legal qualification of facts and circumstances rather than any judgement of behaviour. A problem that arises in qualifying facts and circumstances is that, in instances of doubt, it is not always immediately apparent *what* facts are relevant. The

fact that these decisions are always 'polar', or yes-or-no affairs, reduces the problem of establishing legal findings.

The concept objectivises and frames within the context in the sense that it always has to be determined 'what *people* think' and 'whether people *still* think that'. The big problem here is that *prior* consensus about the substance of a *verkeersopvatting* is often lacking, precisely because the concept is used in cases of doubt. In cases lacking prior consensus, the aim should be to reach a decision that carries persuasive power. This can be enhanced by finding objective and testable grounds for the decision based on the *verkeersopvatting* in question, and by giving clear and plain grounds for the decision.

Finally, it transpired that the concept *verkeersopvatting* only has – and should have – supplementary effect. There is no evidence that the legislature would want *verkeersopvattingen* to have a derogatory effect on any provision of law. Nor is it logical that they should have since the introduction of the concept by the legislature means that legal findings are established *intra legem* and, furthermore, the Dutch Civil Code is currently up to date. *Verkeersopvattingen contra legem* are unprecedented and this should remain the case.

Following this outline of the theoretical background to the concept *verkeersopvatting*, chapter 7 provides hints for answering the question *how* a *verkeersopvatting* can and should be ascertained. Here, given the legal character of the concept, we must define techniques for establishing legal findings. An investigation of the stated characteristics and functions of the concept led to the formulation of three context-related guidelines:

- i) the context of the law;
- ii) the context of a specific case; and
- iii) the context of changing society.

The context of the law provides four guidelines for establishing legal findings. A primary requisite is the realisation that written law prevails over *verkeersopvattingen* (because of their supplementary effect). If a specific statutory provision is lacking, then the ratio and legislative history, the interrelationship between statutory norms and other *topoi* referred to in the law, may provide leads for articulating the *verkeersopvatting* in the case in question.

The context of a specific case provides possibilities for comparing – and consequently distinguishing – cases. Here, four ways of comparing cases are distinguished, which are suitable and tried-and-tested techniques for concretising *verkeersopvattingen*. Discussed are subsumption in case of a manifest *verkeersopvatting*, comparing cases based on precedents, comparison using a catalogue of viewpoints or circumstances (topical technique), and comparison with hypothetical cases. The intrinsic changeability of *verkeersopvattingen* does not appreciably stand in the way of creating – conditional – precedents. With all comparison techniques it should be borne in mind that the nature of *verkeersopvattingen* is such that they give expression to a general 'sub-rule' and are never restricted to a norm that applies only to a single specific case (in German: a *Fallnorm*).

The context of changing society means that *verkeersopvattingen* should be objectivised and framed within their context. To objectivise a *verkeersopvatting* it transpired that the perspective of an objective third person is crucial. In property law this mainly appears to involve the perspective of a third person regarding the outward facts, while in the law of obligations the question is rather what – hypothetical – view an objective third person, in the sense of a right thinking reference person, would hold about the less easily recognisable relevant circumstances of the case in question. Finally, demarcation of the group of relevant persons seems occasionally to be of some assistance in concretising and objectivising a *verkeersopvatting*. When framing a *verkeersopvatting* within the right context, the establishment of legal findings in particular requires an awareness of its ties to questions of law as well as an appreciation of perceptible lines of development in society.

After outlining the hints and guidelines for establishing legal findings, the legitimisation of decisions was examined. The word *verkeersopvatting* is devalued if used as a pronouncement, a filler, a means to ending all further discussion, or an empty formula, if the decision does not include a proper explanation of *what verkeersopvatting* was found and – to a lesser extent – *how*. Two requirements may be said to apply to grounds for decisions taken based on *verkeersopvattingen*. The chosen *verkeersopvatting* must, subject to the decision in question being set aside in cassation proceedings, be *i)* formulated as precisely as possible. In addition, because of the intrinsic changeability of *verkeersopvattingen* and their objectivising function, a court *ii)* must demonstrate that in arriving at its decision it has objectivised the *verkeersopvatting* in question and qualified it. Possibilities for review on appeal and in cassation are enhanced if a court clearly formulates its chosen *verkeersopvatting*, justifying not merely its distinction from one chosen previously, but also its assessment in conformance with the earlier precedent.

This thesis principally advocates the acceptance of the legal character of *verkeersopvattingen* as used in Dutch civil law. Another theme is the characteristic that distinguishes *verkeersopvattingen* from other indeterminate concepts. *Verkeersopvattingen* do not refer to behavioural norms but rather views about what is appropriate *other* than behavioural norms. They are particularly relevant in determining a) the nature and scope of objects, b) the distinction between possession and holdership and c) the attribution of risks.

Restrictive use of the concept, limiting it to cases in which the law actually refers to *verkeersopvattingen*, is not advisable. Use of the concept should, however, be limited to the legal qualification of complexes of facts and circumstances, or to normative non-behavioural norms. In short, limited use of the concept is advocated on functional grounds.

English translation by Ian Gaukroger.

Zusammenfassung

Das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch weist in einigen – wesentlichen – Paragrafen auf den Begriff *Verkehrsauffassung(en)* hin. Anders als in Deutschland wird dieser Begriff nicht nur in der Literatur und in untergeordneten Vorschriften angewendet. In den Niederlanden handelt es sich, seit der Neukodifizierung im Jahr 1992, um einen Begriff, der sowohl im Vermögensrecht auf gesetzlicher Grundlage – als auch, unabhängig von gesetzlichen Verweisungen, in der Rechtsprechung – häufig als ‘juristischer Maßstab’ zur Anwendung kommt.

Ebenso wie in Deutschland wird die Anwendung des Begriffs Verkehrsauffassung in den Niederlanden kritisiert. Die Verkehrsauffassung stellt den Juristen vor Probleme der Rechtsfindung. In *welchen Fällen* ist die Anwendung des Begriffs angebracht und *wo* oder *wie* muss der mit der Rechtsfindung befasste Jurist den Inhalt der Verkehrsauffassung aufdecken? Es muss vermieden werden, dass die Verkehrsauffassung zum Machtwort, zum Füllwort, zur hohlen Phrase oder zur gefährlichen Leerformel wird. Das Problem, das in dieser Dissertation erläutert wird, ist der fehlende theoretische Rahmen für den Begriff Verkehrsauffassung(en) und die damit zusammenhängende Gefahr der Rechtsunsicherheit und Willkür bezüglich seiner Anwendung. Das Buch versucht zunächst einen theoretischen Rahmen zu umreißen, um anschließend eine Hilfestellung für die Rechtsfindung anhand der Verkehrsauffassung zu bieten.

Nach einer näheren Erkundung des Themas in *Kapitel 1* werden in *Kapitel 2* die Vor- und Nachteile des Begriffs Verkehrsauffassung inventarisiert. Eine der Möglichkeiten zur Verringerung der Spannung zwischen dynamischer Gesellschaft und oftmals statischem Gesetz ist die Aufnahme so genannter *offener Normen* in das Gesetz. Nach dem Vorbild der deutschen Dogmatik wird die Verkehrsauffassung in diesem Buch ein *unbestimmter Begriff* genannt, der Bestandteil einer *offenen Norm* ist. In diesem Zusammenhang wird näher eingegangen auf die Doppeldeutigkeit des Begriffs *Norm*, der sich – im Niederländischen – sowohl auf eine *Verhaltensnorm* als auch auf eine Norm im Sinne von *Maßstab* oder *Kriterium* beziehen kann. Die Verkehrsauffassung ist niemals eine Verhaltensnorm, sie ist jedoch als unbestimmter Begriff ein Bestandteil gesetzlicher Normen (Maßstäbe). Die Anwendung der Verkehrsauffassung hat den wichtigen Vorteil, nicht nur weitreichend genug zu sein, um einer Vielzahl von Fällen gerecht zu werden, sondern auch, dem Recht zu ermög-

lichen, sich an die Entwicklungen in der Gesellschaft anzupassen, ohne dass hierfür Gesetzesänderungen erforderlich wären. Die Anwendung unbestimmter Begriffe und offener Normen ist unvermeidlich und notwendig, wenn das Recht flexibel und elastisch gehalten werden soll.

Die inhaltliche Kritik auf die Anwendung des Begriffs Verkehrsauffassung bezieht sich auf zwei Aspekte. Einerseits wird die Verkehrsauffassung vage, ungreifbar und undefinierbar genannt, andererseits auch als Machtwort, Füllwort oder hohle Phrase bezeichnet. Wie sich herausstellt, werden die Probleme vor allem verursacht durch: *i)* mangelhafte Erkennbarkeit der Verkehrsauffassung, *ii)* Unklarheit bezüglich ihrer Geltung und *iii)* Unklarheit über ihr Verhältnis zum geschriebenen Recht.

In *Kapitel 3* steht die Art des Begriffs Verkehrsauffassung im Mittelpunkt, über den in den Niederlanden seit seiner ersten Anwendung durch den Obersten Gerichtshof *Hoge Raad* (im Jahr 1936) lebhaft diskutiert wird. Bezieht sich die Verkehrsauffassung auf ein Faktum oder auf ungeschriebenes Recht?

Im Anschluss an die Feststellung, dass sich Verkehrsauffassungen nicht gut messen oder nachweisen lassen beziehungsweise, dass Verkehrsauffassungen rechtlich nicht oder kaum gemessen oder nachgewiesen werden, was diverse Probleme nach sich zieht, folgt eine Analyse der Literatur und der Rechtsprechung. Unter niederländischen juristischen Autoren gibt es sowohl Anhänger der Auffassung, dass die Verkehrsauffassung ein Faktum sei, als auch Anhänger der Auffassung, dass sie sich auf ungeschriebenes Recht beziehe. Einige Autoren vertreten einen dritten Standpunkt und meinen, dass die Verkehrsauffassung manchmal das eine und manchmal das andere sei.

Die in der Literatur ebenfalls vertretene Ansicht, dass die Verkehrsauffassung – stets oder in einigen Fällen – auf ein *Sein* und nicht auf ein *Sollen* hinweise, hat sich als unhaltbar erwiesen. Die Verkehrsauffassung enthält stets eine *Auffassung über 'wie es sich gehört'* und ist normativ. Es zeigt sich, dass ihre Anwendung in allen Fällen nicht beliebig und ihr Inhalt intern konsistent ist. Der *Hoge Raad* prüft den Begriff zudem als juristischen Begriff. Der Begriff Verkehrsauffassung bezieht sich kurzum auf *ungeschriebenes Recht*, das sich im Kontext der Gesellschaft manifestiert.

Dieses ungeschriebene Recht hat drei Erscheinungsformen. Manchmal bezieht sich der Begriff auf unmittelbar erkennbare und evidente Auffassungen darüber 'wie es sich gehört', die in der Gesellschaft herrschen. Wenn diese nicht vorhanden sind, wird der Begriff zum Anhaltspunkt für einen Rechtsfindungsprozess. Schließlich bezeichnet dieser Begriff die gefundene Regel, die das Ergebnis dieses Rechtsfindungsprozesses ist.

In *Kapitel 4* werden einige spezifische Merkmale von Verkehrsauffassungen unter die Lupe genommen. Das wichtigste Unterscheidungsmerkmal der Verkehrsauffassung ist, dass sie sich *nicht* auf Verhaltensnormen bezieht. Verhaltensweisen können jedoch – als erfolgte Tatsache – Bestandteil der zu

beurteilenden Gesamtheit von Tatsachen und Umständen sein. Mit Hilfe der Verkehrsauffassung werden die Tatsachen und Umstände des Falls juristisch qualifiziert.

Ein zweites Merkmal der Verkehrsauffassung ist ihre *innere Wandelbarkeit*. Als maßgeblich für den Inhalt der Verkehrsauffassung zeigen sich vor allem – oft implizite – normative Erwartungen über den ‘normalen Gang der Dinge’. Diese Erwartungen können sich im Laufe der Zeit ändern. Oft sind jedoch Verkehrsauffassungen auch erstaunlich stabil, so dass die Folgen dieser Wandelbarkeit für ihren Präzedenzwert weniger negativ ausfallen.

Ein drittes Merkmal, das besprochen wird, ist, dass die Verkehrsauffassung im niederländischen Recht durch *unterschiedliche Vorgehensweisen* (implizit und explizit) und auf *unterschiedlichen Ebenen* wirksam ist. Aus methodischer Sicht kann die Verkehrsauffassung eine Rolle als *Hilfsmittel bei der Auslegung* von gesetzlichen Begriffen spielen oder, auf der Ebene der Rechtsnorm selbst, als selbstständiges *Entscheidungskriterium*. Beide Ebenen lassen sich jedoch schwierig voneinander unterscheiden und dieser Unterschied ist vor allem akademischer Art. Inhaltlich kann die Verkehrsauffassung bei Fragen auf verschiedenen Ebenen innerhalb eines einzigen Lehrsatzes eine Rolle spielen. Es ist *durchaus* von Bedeutung, zwischen diesen inhaltlichen Ebenen zu unterscheiden, und zwar im Hinblick auf die richtige Wahl der relevanten Tatsachen und auf die Identifikation der Gesichtspunkte für die Lösung der spezifischen Frage der Qualifikation.

Die Verkehrsauffassung ist – viertens – *topisch*. Stets handelt es sich um einen allgemeinen Gesichtspunkt, der relativ ist und in einem jeweiligen Verhältnis zu anderen Gesichtspunkten allgemeiner Art (*topoi*) steht. Im Schuldrecht fällt auf, dass der Gesetzgeber häufig allerlei Kombinationen von Fundstellen von Argumenten benutzt. Im Sachenrecht ist dies weniger der Fall und wird die Verkehrsauffassung – dem Anschein nach – öfter als einziges *topos* angewendet. Über das Verhältnis zwischen dem *topos* Verkehrsauffassung, anderen gesetzlichen Gesichtspunkten und gesetzlichen Normen besteht offensichtlich sowohl im Schuldrecht als auch im Sachenrecht viel Unklarheit.

Schließlich kommt als fünftes Merkmal der Verkehrsauffassung ihre Verknüpfung mit den Fakten zur Sprache. Diese Faktengebundenheit führt oft dazu, dass die Auswahl der für die Entscheidung relevanten Tatsachen häufig durch die *Unbestimmtheit* der Verkehrsauffassung erschwert wird. Erst mit der Entscheidung ist die konkretisierte Verkehrsauffassung einleuchtend und wird deutlich, welche Tatsachen und Umstände des individuellen Falls der Entscheidung zugrunde liegen. Gleichzeitig übersteigt die Verkehrsauffassung jedoch den individuellen Fall.

Im *fünften Kapitel* wird das Verhältnis zwischen Verkehrsauffassung und verwandten Begriffen untersucht. Es stellt sich heraus, dass die Verkehrsauffassung eine mittlere Position zwischen einerseits allgemein bekannten Fakten und Erfahrungsregeln und andererseits Verhaltensnormen wie beispielsweise

die der gesellschaftliche Schicklichkeit und der guten Sitten einnimmt. Sie unterscheidet sich von den allgemein bekannten Fakten und Erfahrungsregeln dadurch, dass sie *normativ* ist. Von einem *doppelt normativen* Einschlag, wie beispielsweise bei den guten Sitten und der gesellschaftlichen Schicklichkeit (eine normative Beurteilung eines Verhaltens und damit verbunden eine – ebenfalls normative – Rechtsfolge) kann jedoch keine Rede sein. Es zeigt sich, dass die Verkehrsauffassung *einfach normativ* ist.

Anschließend wird auf das Verhältnis zwischen Verkehrsauffassungen und dem Grundsatz von Treu und Glauben eingegangen, indem das Verhältnis zu den Begriffen *gesellschaftliche Auffassungen* und *den in den Niederlanden herrschenden Rechtsansichten* dargelegt wird. Es stellte sich heraus, dass 'gesellschaftliche Auffassungen' ein weiter gefasster Begriff ist als 'Verkehrsauffassungen'. Sie umfassen nicht immer juristische Auffassungen. Näher verwandt ist die Verkehrsauffassung mit dem Begriff 'in den Niederlanden herrschende Rechtsansichten'. Diese Ansichten sind, ebenso wie die Verkehrsauffassungen, immer juristischer Art und mit Rechtsfragen verbunden. Beide Begriffe bilden eine Gattung des Begriffs *Rechtsansichten* im allgemeinen Sinne. Die Verkehrsauffassung ist jedoch *keine Gattung* des in Artikel 12 in Buch 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs angewandten Begriffs 'in den Niederlanden herrschende Rechtsansichten', weil es sich bei diesem letzteren Begriff offensichtlich immer um Verhaltensnormen handelt. Beide letztgenannten Begriffe stehen *nebeneinander* und überlappen sich nicht. Über das Verhältnis zwischen Treu und Glauben und Verkehrsauffassungen konnten hiernach folgende Schlussfolgerungen gezogen werden. Die Verkehrsauffassung eignet sich *nicht* als Hilfsmittel für die weitere Konkretisierung der Verhaltensnormen, von denen angenommen werden muss, dass sie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rahmen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien gelten. Umgekehrt spielt Treu und Glauben als Metanorm sehr *wohl* eine Rolle bei der Konkretisierung der Verkehrsauffassung.

Was das Verhältnis zwischen dem Begriff und dem Gewohnheitsrecht betrifft, lautet das Fazit, dass die Verkehrsauffassung große Ähnlichkeit aufweist mit jener Rechtsansicht, die *opinio iuris* oder *opinio necessitatis* genannt wird. Zudem stellt sich heraus, dass der Verkehrsauffassung oft – aber nicht immer – eine dauerhafte Verhaltensregel (*usus*) zugrunde liegt, so dass in diesen Fällen von Gewohnheitsrecht in einer neuen Gestalt die Rede ist. Die allgemein geteilte Auffassung in der niederländischen Literatur, dass das Gewohnheitsrecht im Vermögensrecht nur noch eine marginale Rolle spiele, muss deshalb erneut überdacht werden. In den Fällen, in denen *usus* nicht vorhanden ist, weist der Begriff jedoch auf ein 'anderes ungeschriebenes Recht' hin und nicht auf das, was normalerweise 'Gewohnheitsrecht' genannt wird.

In Kapitel 6 werden die Funktionen der Verkehrsauffassung im vermögensrechtlichen System beschrieben. Ihre methodischen Funktionen liegen in der *Rezeption* der in der Gesellschaft herrschenden Verkehrsauffassungen, in der *Trans-*

formation, sofern derartige Auffassungen nicht vorhanden sind, aber dennoch vom Gericht eine Entscheidung erwartet wird, und deshalb in der *Delegation* von rechtsbildender Befugnis. Ebenso wie in Deutschland gilt in den Niederlanden, dass offene Normen und unbestimmte Begriffe dahin tendieren, immer weniger eine Rezeptionsfunktion zu erfüllen (*Funktionswandel*).

Die materiellen Funktionen des Begriffs liegen in seinem Vermögen zur *juristischen Qualifikation* von Tatsachen und Umständen und in der dem Begriff inhärenten Verpflichtung zur *Objektivierung* und *Relativierung*, wobei zudem meiner Meinung nach der Verkehrsauffassung im Hinblick auf das Gesetz nur eine *ergänzende Funktion* vorbehalten ist.

Die Hauptfunktion der Verkehrsauffassung liegt in der *juristischen Qualifikation* von Tatsachen und Umständen und weniger in der Beurteilung von Verhalten. Ein Problem, das sich bei der Qualifikation der Tatsachen und Umstände stellt, ist, dass in Zweifelsfällen nicht immer im Voraus deutlich ist, *welche* Tatsachen relevant sind. Es handelt sich jedoch immer um eine 'polare' oder 'Ja-oder-Nein-Entscheidung', was die Rechtsfindungsprobleme verringert.

Objektivierend und relativierend ist die Verkehrsauffassung in dem Sinne, dass stets gesucht werden muss nach 'dem, was *man* findet' und danach 'ob man es *immer noch* findet'. Die dabei auftretende große Schwierigkeit ist, dass ein Konsens über den Inhalt der Verkehrsauffassung *im Voraus* oft fehlen wird, gerade weil in Zweifelsfällen auf sie zurückgegriffen wird. In Fällen, in denen der Konsens *im Voraus* fehlt, muss deshalb – zwecks Objektivierung – im Nachhinein nach der *werbenden Kraft* der Entscheidung gestrebt werden. Die werbende Kraft wird dadurch gefördert, dass nach objektiven und überprüfbaren Anknüpfungspunkten für die Entscheidung anhand der Verkehrsauffassung gesucht und diese Entscheidung gut und verständlich (rational) begründet wird.

Schließlich wird deutlich, dass die Verkehrsauffassung nur eine *ergänzende Funktion* hat und auch haben muss. Es gibt nichts, woraus hervor ginge, dass der Gesetzgeber eine – das Gesetz – derogierende Wirkung der Verkehrsauffassung befürworten würde. Eine derogative Wirkung der Verkehrsauffassung im Hinblick auf das geschriebene Recht liegt auch deshalb nicht auf der Hand, weil die Entscheidung des Gesetzgebers für die Einführung dieses Begriffs zu einer Rechtsfindung *intra legem* führen würde und das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch darüber hinaus zurzeit gegenwartsnah ist. Verkehrsauffassungen *contra legem* sind nicht bekannt und das soll auch so bleiben.

Im Anschluss an diese Schilderung der theoretischen Hintergründe des Begriffs Verkehrsauffassung bietet *Kapitel 7* einen Ansatz für die Beantwortung der Frage, *wie* die Verkehrsauffassung ermittelt werden kann und muss. Unter Berücksichtigung des *Rechtscharakters* dieses Begriffs handelt es sich dabei um Rechtsfindungsmethoden. Die Ausrichtung auf die Merkmale und Funktionen

der Verkehrsauffassung führt zu drei kontextgebundenen Anhaltspunkten für die Rechtsfindung:

- i) dem Kontext des Gesetzes;
- ii) dem Kontext des spezifischen Falls; und
- iii) dem Kontext der sich ändernden Gesellschaft.

Der Kontext des Gesetzes bietet vier Anhaltspunkte für die Rechtsfindung. Der mit der Rechtsfindung befasste Jurist muss an allererster Stelle daran denken, dass das geschriebene Recht den Vorrang hat vor der – ergänzenden – Verkehrsauffassung. Wenn eine spezifische gesetzliche Regelung fehlt, können Ratio, Gesetzesgeschichte und der gegenseitige Zusammenhang zwischen gesetzlichen Normen und andere im Gesetz genannte *topoi* Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung der Verkehrsauffassung in einem konkreten Fall bieten.

Der Kontext des spezifischen Falls bietet Möglichkeiten für einen *Fallvergleich*. Dabei wird zwischen vier Formen für einen Fallvergleich, die für die Konkretisierung der Verkehrsauffassung geeignet sind und sich bewährt haben, unterschieden. Es werden die Subsumtion des Falls unter eine evidente Verkehrsauffassung, der Fallvergleich mit Hilfe von Präzedenzfällen, der Vergleich mit Hilfe der Anwendung eines Kataloges von Gesichtspunkten oder Umständen (topische Methode) und der Vergleich mit hypothetischen Fällen besprochen. Die immanente Wandelbarkeit der Verkehrsauffassung steht einer – bedingten – Präzedenzwirkung nicht nennenswert entgegen. Bei allen Vergleichsmethoden ist zu berücksichtigen, dass die Verkehrsauffassung naturgemäß stets eine allgemeine *Subregel* und nie zuerst eine *Fallnorm* ist, welche nur für einen spezifischen Fall gilt.

Der Kontext der sich ändernden Gesellschaft veranlasst vor allem zu Objektivierung und Relativierung der Verkehrsauffassung. Für die Objektivierung der Verkehrsauffassung erweist sich die *Perspektive des objektiven Dritten* als entscheidend. Es zeigt sich, dass es im Sachenrecht vor allem um die Betrachtungsweise dieses Dritten der *äußeren Tatsachen* geht, während im Schuldrecht vielmehr die Frage gestellt wird, welche – hypothetische – Auffassung der objektive Dritte, als eine redlich denkende Vergleichsperson, über die – weniger gut erkennbaren – *relevanten Umstände des Falls* hat. Schließlich zeigt sich, dass eine *Begrenzung des Kreises relevanter Personen* bei der Konkretisierung und Objektivierung der Verkehrsauffassung manchmal dienlich sein kann. Für die Relativierung der Verkehrsauffassung gilt, dass sich der mit der Rechtsfindung befasste Jurist vor allem der Tatsache, dass die Verkehrsauffassung *an die Rechtsfrage gebunden ist*, bewusst sein muss und versuchen sollte, die *Entwicklungslinien* innerhalb der Gesellschaft zu sehen.

Nach einer Schilderung der Anhalts- und Anknüpfungspunkte für die Rechtsfindung wird auf die Begründung (*Legitimation*) der Entscheidung eingegangen. Die Verkehrsauffassung entartet zu einem Machtwort, einem Füllwort, einer hohlen Phrase oder einer gefährlichen Leerformel, wenn in der Entscheidung nicht gut expliziert wird, *welche* Verkehrsauffassung gefun-

den wurde und – in geringerem Maße – *wie* sie gefunden wurde. An die Begründung von Entscheidungen anhand der Verkehrsauffassung können zwei Anforderungen gestellt werden. Die gefundene Verkehrsauffassung muss – damit die Entscheidung in der Revision nicht aufgehoben wird – : *i*) so präzise wie möglich formuliert sein. Auch ergibt sich aus der immanenten Wandelbarkeit der Verkehrsauffassung und aus ihrer objektivierenden Funktion, dass das Gericht *ii*) in seiner Entscheidung erkennen lassen muss, dass es die Verkehrsauffassung objektiviert und relativiert hat. Es kommt den Kontrollmöglichkeiten in einem Berufungs- oder Revisionsverfahren zugute, wenn die gefundene Verkehrsauffassung deutlich formuliert und nicht nur die *Abweichung* von einer früheren Verkehrsauffassung, sondern auch *das Urteilen in Übereinstimmung mit* dem früheren Präzedenzfall gerechtfertigt wird.

Diese Dissertation enthält vor allem ein Plädoyer für die Akzeptanz des *Rechtscharakters* von Verkehrsauffassungen, so wie es im niederländischen Vermögensrecht gehandhabt wird. Ein zweiter roter Faden ist das Merkmal, durch das sich die Verkehrsauffassung gerade von anderen unbestimmten Begriffen unterscheidet. Verkehrsauffassungen weisen nicht auf Verhaltensnormen hin, sondern auf *andere Auffassungen über 'wie es sich gehört' als Verhaltensnormen*. Sie sind insbesondere relevant für die Bestimmung: a) der Art und des Umfangs von Sachen, b) des Unterschieds zwischen Besitz und Inhaberschaft und c) der Zurechnung von Risiken.

Eine restriktive Anwendung des Begriffs, derart, dass seine Anwendung auf die Fälle, in denen im *Gesetz* auf die Verkehrsauffassung hingewiesen wird, beschränkt wird, ist nicht opportun. Ihre Anwendung muss jedoch wohl auf die juristische Qualifikation von Gesamtheiten von Tatsachen und Umständen, beziehungsweise auf die normativen Nichtverhaltensnormen, beschränkt werden. Kurzum: es wird aus funktionellen Gründen für eine Beschränkung ihrer Anwendung plädiert.

Literatuurlijst

Abas 1998

P. Abas, 'Wat komt – in de zin van art. 6:75 BW – naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de schuldenaar?', *NTBR* 1998/3, p. 85-87.

Algra 1992

N.E. Algra, *Gewoonterecht als ongeschreven recht. Moeten we de indeling van de rechtsbronnen wijzigen?* (Afscheidsrede Utrecht 1992), Groningen: Wolters-Noordhoff Groningen 1992.

Asser-Hartkamp 4-I

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I, De verbintenis in het algemeen* (twaalfde druk), Deventer: Kluwer 2004.

Asser-Hartkamp 4-II

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel II, Algemene leer der overeenkomsten* (twaalfde druk), Deventer: Kluwer 2005.

Asser-Hartkamp 4-III

A.S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III, De verbintenis uit de wet* (twaalfde druk), Deventer: Kluwer 2006.

Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I

F.H.J. Mijnssen, C.C. van Dam & H.D. Ploeger, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht. Algemeen goederenrecht* (vijftiende druk), Deventer: Kluwer 2006.

Asser-Scholten 1933

P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Tweede deel, Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1933.

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, (derde druk) met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Asser-Vranken 1995

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel***, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Asser-Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel****, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Asser-Veegens 2005

D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken* (vierde druk), Asser-serie Procesrecht, Deventer: Kluwer 2005.

W.D.H. Asser 2003

W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 13, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid, Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg 1992), Den Haag: 1992.

Bartels en Milo 2000

S.E. Bartels en J.M. Milo, 'Open normen in het goederenrecht. Flexibiliteit met behoud van zekerheid?', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 1-20.

Beater 1994

A. Beater, 'Generalklauseln und Fallgruppen', *Archiv für die civilistische Praxis* 194 (1994), p. 82-92.

Beekhuis 1972

J.H. Beekhuis, 'Zaaksbestanddelen naar bestaand en wordend recht', in: C.H. Beekhuis e.a. (red.), *Van Opstall-bundel. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall*, Deventer: Kluwer 1972, p. 11-23.

Beekhuis 1974

C.H. Beekhuis, 'Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter', in: R. Savatier e.a. (red.), *Verzekeringen van vriendschap* (Dorhout Mees-bundel), Deventer: Kluwer 1974.

Berendsen en van Thiel 2007

S.J.H.M. Berendsen en S.C.M. van Thiel, 'De Nederlandse corporate governance code. Van leidraad naar norm?', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2007/8, p. 335-339.

Berger 1999

K.P. Berger, *The creeping codification of the Lex Mercatoria*, Den Haag: Kluwer Law International, 1999.

Berger 2004

K.P. Berger, 'European Private Law, Lex Mercatoria and Globalisation', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code* (Third Fully Revised and Expanded Edition), Nijmegen: Ars Aequi Libri en Kluwer Law International 2004.

Van den Bergh 1982

G.C.J.J. Van den Bergh, *Wet en gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding*, Rechtshistorische Cahiers nr. 5, Deventer: Kluwer 1982.

Beuving 1997

J. Beuving, 'Bestanddeel en hulpzaak: de stand van zaken', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 67-74.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA 2002), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Bloembergen 1996a

A.R. Bloembergen, 'Iets over ervaringsregels in cassatie', *TCR* 1996/4, p. 78-79.

Bloembergen 1996b

A.R. Bloembergen, 'Boekbespreking. Asser, Algemeen Deel door prof. mr J.B.M. Vranken', *WPNR* (1996) 6220, p. 294-299.

Brunner 1988

C.J.H. Brunner, 'Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven', *WPNR* (1988) 5885, p. 454-460.

Brunner 1996

C.J.H. Brunner, *De normen van het privaatrecht* (Afscheidscollege), Deventer: Kluwer 1996.

Bundel Rechtsvinding 1996

T. Koopmans, M.S. Groenhuijsen, M. Scheltema, J.M. Barendrecht, G.C.G.J. van Roermund, C.P.M. Cleiren, R.S. Meijer, B.W.N. de Waard, J.B.M. Vranken, J.H. Nieuwenhuis, bijdragen in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

BWKJ 24

A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, BWKJ 24, Deventer; Kluwer 2008.

Cahen 1975

J.L.P. Cahen, *Toedrachtbepaling van Rechtsfeiten*, Privaatrechtelijke Begrippen deel 2, Groningen: Tjeenk Willink 1975.

Cliteur 2006

P.B. Cliteur, 'Vooruitgang in de wetenschap van het staatsrecht', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 33-48.

Crombag, De Wijkerslooth, Cohen 1977

H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: Tjeenk Willink 1977.

Dhammapada

Dhammapada, in: *Khuddaka-Nikâya – I. De verzameling van korte teksten. Sutta-Nipâta & Dhammapada*, Vertaald uit het Pâli door Jan de Breet & Rob Janssen, Rotterdam: Uitgeverij Asoka 2002, p. 273-332.

Deforche 2007

D.D. Deforche, 'De gewoonten en handelsgebruiken in het Weens Koopverdrag: bron van contractuele verplichting', *MvV* 2007/7-8, p. 138-141.

Van Dixhoorn 2006

A. van Dixhoorn, *De stem des volks. Publieke opinie, opinieonderzoek en democratie*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2006, te raadplegen via <<http://www.scp.nl/publicaties/boeken/>> nr. 20060306.

J. Drion 1961

J. Drion, 'Waarom nieuwe codificatie van het burgerlijk recht', in: *Het Ontwerp B.W. Voordrachten gehouden op het landelijk congres 1961 voor juridische faculteitsverenigingen*, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1961.

H. Drion 1973

H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht', in: *Speculum Langemeijer*, 31 rechtsgeleerde opstellen, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

C.E. Drion 2007

C.E. Drion, 'De status van de redelijkheid en billijkheid', *NJB* 2007/8, p. 433.

Dubbink 1990

C.W. Dubbink, 'De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:12 NBW', *WPNR* (1990) 5963-5964, p. 359-362 en 375-378.

Eckert 1999

J. Eckert, 'Sittenwidrigkeit und Wertungswandel', *Archiv für die civilistische Praxis* 199 (1999), p. 337-359.

Fesevur 2002

J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht; de rechter reeds lang op het goede spoor', *WPNR* (2002) 6472 (Themanummer 'Tien jaar nieuw BW'), p. 29-39.

Fesevur 2005

J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges* (derde druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Fikentscher 1977

W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band IV, Dogmatischer Teil, Tübingen: Mohr Siebeck 1977.

Fikkers 1999

H.A.G. Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 4 (tweede druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Frenk 2006

N. Frenk, *Naar echte eigen schuld? Over Toerekening aan de Benadeelde in het Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht* (Oratie VU Amsterdam 2006), Amstelveen: deLex 2006.

De Gaay Fortman 1961

W.F. de Gaay Fortman, 'Gewoonte, billijkheid en rechtsbeginselen als bron van recht volgens het Ontwerp Burgerlijk Wetboek', in: *Het Ontwerp B.W. Voordrachten gehouden op het landelijk congres 1961 voor juridische faculteitsverenigingen*, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1961.

Gerbrandy 1957

S. Gerbrandy, 'Het verlies van bedrijfsmiddelen door de zogenaamde natrekking', *De N.V.* XXXV (1957/58), p. 1-5 en 21-26.

Van Gerven en Leyten 1977

W. Van Gerven en J.C.M. Leyten *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.

Giard 2006

R.W.M. Giard, 'Hoe bewijst het recht zichzelf? Een pleidooi voor evidence-based law', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 49-59.

- Gielen-Wichers Hoeth 1992
Ch. Gielen & L. Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, Zwolle; Tjeenk Willink 1992.
- Gielen 2006
Ch. Gielen, *Kort begrip van het Benelux merkenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- Van der Grinten 1971
W.C.L. van der Grinten, 'Bestanddeel, bijzaak, hulpzaak', *WPNR* (1971) 5153, p. 519-522.
- Van der Grinten 1976
W.C.L. van der Grinten, 'Privaatrecht en maatschappelijke verandering', *RM-Themis* 1976, p. 550-563.
- Van der Grinten 1983
W.C.L. van der Grinten, 'Verbintenissenrecht volgens het NBW. In het bijzonder redelijkheid en billijkheid', *NJB* 1983, p. 1234-1238.
- De Grooth 1947
G. de Grooth, *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht* (oratie Leiden 1947), Leiden: Universitaire pers 1947.
- Haazen 2001
O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer* (diss. Tilburg 2001), Deventer: Kluwer 2001.
- Habermas 1990/1962
J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1990.
- Hart 1994/1961
H.L.A. Hart, *The concept of Law* (second edition), Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Hartkamp 1981
A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW', *WPNR* (1981) 5559 en 5560, p. 213-217 en 229-233.
- Hartkamp 1992
A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, (Oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1992.
- Hartkamp 2002
A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Monografieën NBW A-1 (derde druk), Deventer: Kluwer 2002.
- Hartlief 2001
T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van de verkoper terzake van non-conformiteit', *AA* 50 (2001) afl. 12, p. 982-989.
- Hendriks 1993
R.W.F. Henderiks, 'Sinds wanneer zijn bowlingbanen roerend? Enkele opmerkingen over bestanddelen', in: R.D. Vriesendorp e.a. (red.), *Het actuele recht. Rechstraak anno 1993 in 67 Tilburgse bijdragen*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1993, p. 61-64.
- Hendrikse en Jongbloed 2005
M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, (derde druk), Deventer: Kluwer 2005.

Hermann 1991

R. Hermann, 'De (beperkte) betekenis van de toerekening op grond van de verkeersopvattingen in art. 6:162 lid 3 NBW', in: *Liber amicorum NBW. Opstellen aangeboden aan Mr. Drs. B.C. De Die* (De Die-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 93-98.

Hesselink 1993

M.W. Hesselink, 'Stelsel scherpe normen geeft schijnrechtszekerheid. Over falsificatie van rechtsregels door de burgerlijke rechter', *WPNR* (1993) 6109, p. 725-732.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht 1999), Deventer: Kluwer 1999.

Heyman 1974

H.W. Heyman, 'De natrekkingscriteria naar huidig en toekomstig recht', *WPNR* (1974) 5270, p. 469-478.

Heyman 2000

H.W. Heyman, 'Wanneer is een gebouw of werk "duurzaam met de grond verenigd"?', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 91-122.

Hijma/Olthof

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Hijmans 1910

I.H. Hijmans, *Het Recht der Werkelijkheid* (oratie Amsterdam UvA 1910), Haarlem: De Erven F. Bohn 1910.

Hijmans 1938

I.H. Hijmans, 'Het B.W. en het Recht der Werkelijkheid in 1838 en heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 169-196.

Hijmans van den Bergh en Van der Meij 1954

W. van der Meij en L.J. Hijmans van den Bergh, 'Stafmateriaal en Egbertha', *NJB* 1954, p. 306-311.

Hondius 1992

E.H. Hondius, 'Het bestendig gebruikelijk beding... weg ermee', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 127-133.

Houwing 1947

Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht* (Diesrede Nederlandsche Economische Hoogeschool), Zwolle: Tjeenk Willink 1947.

Houwing 1962

Ph.A.N. Houwing, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Afdeling 6.1.8. De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. De overmacht', *WPNR* (1962) 4739 en 4740, p. 425-427 en 437-439.

Hoyng 2001

W. Hoyng, 'Het marktonderzoek en de inbreukvraag ex. art. 13A lid 1 sub b BMW', *BMM bulletin* 2001/1 (Themanummer 'Marktonderzoek'), p. 2-12.

Jaspers 1980

T. Jaspers, *Rechtspreken in de maatschappij, Een onderzoek naar opvattingen over plaats en functie van de rechtspraak in het Nederlandse economische, sociale en politieke bestel van het einde van de achttiende tot het begin van de twintigste eeuw* (diss. Nijmegen

- 1980), *Rechtshistorische studies* nr. 5, Leiden: Universitaire Pers en Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.
- De Jong 1994
G.T. de Jong, 'Artikel 6:75: een merkwaardige bepaling', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB. Opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 197-207.
- Th. de Jong 2006
Th.F. de Jong, *De structuur van het Goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen 2006), Groningen 2006.
- Kabel 2005
J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie* (Oratie Amsterdam UvA 2005), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2005.
- Kamanabrou 2002
S. Kamanabrou, 'Die interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln', *Archiv für die civilistische Praxis* 202 (2002), Tübingen: Mohr Siebeck 1994, p. 663-688.
- Keirse 2006
A.L.M. Keirse, 'Rechterlijke werkzaamheid en het oordeel over eigen schuld', *AV&S* 2006/6, p. 185-192.
- Kerkmeester 1996
H. Kerkmeester, 'Evolutionaire rechtseconomie: naar een herwaardering van gewoonterecht?', *Recht en Kritiek* 1996/4, p. 335-355.
- Kisch 1955
I. Kisch, 'Het eerste zevental. Aantekeningen bij de artt. 1-7, Inleidende Titel, van het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, *RM Themis* 1955, p. 137-170.
- Klein Wassink 1963
H.J.W. Klein Wassink, 'Is de verkeersopvatting bij onroerende zaken ongeschreven recht?', *WFR* 1963, 641.
- Knijp 2000
G.J. Knijp, 'Algemeen bekende feiten en ervaringsregels', *NbBW* 2000/9, p. 106-109.
- Knijp 2004
G.J. Knijp, 'Notoire feiten en de hoge hoed van de rechter', *Praktisch Procederen* 2004/5, p. 113-116.
- Koelemeijer 1999
M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen. Beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht 1999), Deventer: Kluwer 1999.
- Korthals Altes 1981
E. Korthals Altes, 'De cassatierechter op de grens van recht en feit', in: H. Drion e.a. (red.), *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 47-66.
- Korthals Altes (*Burgerlijke Rechtsvordering II*)
E. Korthals Altes, 'Titel 11. Cassatie', in: *Burgerlijke Rechtsvordering II*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Kortmann 1983

S.C.J.J. Kortmann, 'Beantwoording rechtsvraag (140) zakenrecht/faillissementsrecht', *AA* 32 (1983) afl. 3, p. 325-331.

Kortmann 1994

S.C.J.J. Kortmann, 'ABN Amro NV/Ontvanger', noot onder HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 658, *AA* 43 (1994) afl. 2, p. 104-109.

Köster 1969

H.K. Köster, annotatie onder HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 (*Fokker/Zentveld*) en HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174 (*Cadix/AEH*), *AA* 18 (1969) afl. 10, p. 429-442.

Kottenhage 1986

R.J.P. Kottenhage, *Van precedent tot precedent; over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd rechtssstelsel* (diss. Rotterdam 1986), Arnhem: Gouda Quint 1986.

Koopmans 1991

T. Koopmans, 'Lof der onbestemdheid', redactioneel *RM Themis* 1991/5, p. 209-210.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden 1999), Leiden 1999 (tevens verschenen als handelseditie bij Deventer: Kluwer 1999).

Langemeijer 1979

G.E. Langemeijer, 'Een nieuwe episode in de rechtsvindingsleer', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 215-220.

Larenz 1991

K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (zesde druk) Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag 1991.

Larenz/Canaris 1995

K. Larenz & C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (derde druk) Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag 1995.

Larenz/Wolf 2004

K. Larenz, fortgeführt von: M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, (negen-de druk), München: Verlag C.H. Beck 2004.

Levenbach 1938

M.G. Levenbach, 'Het Burgerlijk Wetboek en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 129-168.

Leyten 1974

J.C.M. Leyten, 'Wie komt daar uit zijn hokje? Over civiele rechtspraak en haar grenzen', *RM Themis* 1974 (Themanummer 'De grenzen van de functie van de rechter'), p. 679-732.

Lokin 1984

J.H.A. Lokin, *Lex semper loquitur. Over wetgeven en rechtspreken*, Groninger opmerkingen en mededelingen nr. I, Groningen: Stichting 'Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds' 1984, p. 1-50.

Lokin 1988

J.H.A. Lokin, 'De nationale codificatie in haar verhouding tot het geschreven en ongeschreven subsidiaire recht', *NJB* 1988 (Codificatiespecial), p. 660-668.

- Lokin 1992
J.H.A. Lokin, 'De plaats van Meijers in de legistische traditie', in: *Rechtsvinding onder het NBW 1992. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 5-39.
- Lokin 2008
J.H.A. Lokin, 'Regtskunde, rechtsgeleerdheid, rechtswetenschap', *RM Themis* 2008/2, p. 49-51.
- Loth 1999
M.A. Loth, 'Rechtsvinding door de Antilliaanse en Arubaanse burgerlijke rechter', *WPNR* (1999) 6356 (Themanummer 'Privaatrecht op de Nederlandse Antillen en Aruba'), p. 321-324.
- Loth 2000
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Monografieën NBW A-19, Deventer: Kluwer 2000.
- De Ly 1989
F. De Ly, *De Lex Mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht* (diss. Gent 1989, handelseditie), Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU Uitgevers 1989.
- Van Maanen 1992
G.E. van Maanen, 'Bodemsanering als zorg voor de overheid', *NTBR* 1992/5, p. 171-175.
- Van Manen 2005
N. van Manen, 'Recht, rechtsvinding en cultuur', *Trema* mei 2005, p. 234-238.
- Martens 2000
S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000/14, p. 747-758.
- Van der Meij en Hijmans van den Bergh 1954
W. van der Meij en L.J. Hijmans van den Bergh, 'Stafmateriaal en Egbertha', *NJB* 1954, p. 306-311.
- Meijers 1954/1927
E.M. Meijers, 'De betekenis der burgerlijke wet in de huidige samenleving' (oratie Leiden 1927), in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, eerste deel*, Leiden: Universitaire pers 1954, p. 26-44.
- Meijer 2007
J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking. Een systematische analyse van het begrip ongerechtvaardigdheid, toegepast op kostenverhaal bij bodemsanering* (diss. Rotterdam 2007), Den Haag: Sdu uitgevers 2007.
- Mendel 2003
M.M. Mendel, *Motiveren met: 'de aard van de overeenkomst' en 'de aard van de rechtsregel'* (afscheidsrede Leiden 2003), Deventer: Kluwer 2003.
- Mijnssen 1972
F.H.J. Mijnssen, 'De regeling van het bezit en de bezitsoverdracht in het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek', *WPNR* (1972) 5165 en 5166, p. 125-129 en 137-140.
- Van Mourik 2003
M.J.A. van Mourik, 'De natuurlijke verbintenis in het echtscheidingsvermogensrecht', in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *EB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 93-99.

Mulder 1999

L. Mulder, 'Wisselwerking tussen contractvrijheid en de multiculturele samenleving', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.

MünchKommBGB/Joost (2004)

D. Joost, in: M.E. Rinne (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht*, (vierde druk), München: Verlag C.H. Beck 2004, § 854.

Van Nieuwenhoven Helbach 1983

E.A. van Nieuwenhoven Helbach, 'Het opinieonderzoek als bewijsmiddel in het mededingingsrecht', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 287-296.

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RM Themis* 1976, p. 494-515.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht* (oratie KUB 1980), Deventer: Kluwer 1980.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Open normen in een open samenleving. In Nederland levende rechtsovertuigingen', *Trema* mei 2005, p. 262-265.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Nieuwenhuis 2007a

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal* (derde druk), Deventer: Kluwer 2007.

Nieuwenhuis 2007b

J.H. Nieuwenhuis, 'Tekst en Tijd. Het belang van het voortschrijden van de tijd bij uitleg van juridische teksten', *WPNR* (2007) 6709, p. 379-388.

Ohly 2001

A. Ohly, 'Generalklauseln und Richterrecht', *Archiv für die civilistische Praxis* 201 (2001), Tübingen: Mohr Siebeck 1994, p. 1-47.

Van Oven 1958

J.C. van Oven, 'Bezit en bezitsbescherming in het ontwerp Burgerlijk Wetboek', *WPNR* (1958) 4537-4539, p. 217-219, 229-232 en 241-244.

Pabbruwe 1961

H.J. Pabbruwe, *Gebruik en gebruikelijk beding* (diss. Groningen 1961), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben & J.W. Du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben & J.W. Du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Inv. Boek 3

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Inv. Boek 6

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Pels Rijcken 1979

L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 311-318.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden 1997), *Ars Notariatus LXXXIII*, Deventer: Kluwer 1997.

Ploeger (*Zakelijke Rechten I*)

H.D. Ploeger, 'Titel 3. Eigendom van onroerende zaken', in: W.M. Klein & A.A. van Velten (red.), *Zakelijke Rechten I*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Polak 1983

J.M. Polak, 'Codificeren, modificeren, harmoniseren, dereguleren en consumeren', in: H. Cohen Jehoram e.a. (red.), *Fait accompli. Wordt het NBW een rustig bezit?* Lustrumbundel, Boekenreeks NJB nr. 9, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 71-83.

Popper 2002

K. Popper, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, (eerste druk 1963) Londen & New York: Routledge 2002.

Reehuis 1992

W.H.M. Reehuis, 'De wil van de wetgever; over het gezag van wettekst en parlementaire geschiedenis', in: *Rechtsvinding onder het NBW 1992. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 57-72.

Reurich 2003

L. Reurich, 'Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, BWKJ 19, Deventer: Kluwer 2003, p. 91-100.

Reurich 2005

L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen* (diss. Leiden 2005), Deventer: Kluwer 2005.

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Monografieën NBW A-5, Deventer: Kluwer 1994.

Rogmans 1987

B.G.P. Rogmans, 'Over de betekenis van verkeersopvattingen in het nieuw BW', in: F.A.M. Altling von Geusau e.a. (red.), *Ex lure: veertien opstellen bij het veertiende*

- lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdenvijfde geboortedag van Grotius* (Lustrumbundel Societas Iuridica Grotius), Arnhem: Goude Quint 1987, p. 141-155.
- Rogmans 2007
B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Monografieën NBW A-20 (derde druk), Deventer: Kluwer 2007.
- Rossel 1994
H.J. Rossel, 'De verkeersopvatting', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB. Opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 335-344.
- Rood 1981
M.G. Rood, 'Over vage normen in het sociaal recht', in: P. Tuit e.a. (red.), *Gratia Commereii* (Van Oven-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 225-253.
- Röthel 2004
A.Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, (Habilitation 2003, Universität Erlangen-Nürnberg) Jus Privatum nr. 91, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.
- Ruiter 2001
W.P. Ruiter, *Legal Institutions*, Law and Philosophy Library volume 55, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- Rutten 2003
S.W.E. Rutten, 'In Nederland levende rechtsovertuigingen', *AA* 52 (2003) afl. 7/8, p. 525-532.
- Van Schaick 2000
A.C. van Schaick, 'Verkeersopvattingen in het goederenrecht', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 91-122.
- Van Schaick 2003
A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*, Monografieën NBW A-14, Deventer: Kluwer 2003.
- Van Schilfgaarde 1999
P. van Schilfgaarde, 'Deel 4 van Hesselink', *WPNR* (1999) 6377, p. 811-816.
- Van Schilfgaarde 2000
P. van Schilfgaarde, 'Feiten en rechtsoordelen', *WPNR* (2000) 6396 en 6397, p. 227-231 en 243-249.
- Van Schilfgaarde 2006
P. van Schilfgaarde, 'Accidituïtie in de rechtsvinding', *WPNR* (2006) 6649, p. 1-11.
- De Smidt 1954
J.Th. de Smidt, *Rechtsgewoonten. De gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het burgerlijk wetboek verwijst* (diss. Leiden 1954), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij.
- Schoordijk 1972
H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen* (Diesrede Tilburg), Deventer: Kluwer 1972.
- Schoordijk 1992
H.C.F. Schoordijk, 'Zijn open normen in de wetgeving wenselijk?', *NJB* 1992/45-46, p. 1569-1571.

- Schut 1979
G.H.A. Schut, 'Objectivering en subjectivering in het privaatrecht', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 395-406.
- Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen 2000), Serie Recht en Praktijk nr. 112, Deventer: Kluwer 2000.
- Sijmonsma 2001
J.R. Sijmonsma, 'Moet er multiculturele rechtspraak komen?', *NTBR* 2001/3, p. 128-131, met naschrift van J.M. Smits, p. 131-132.
- Smith 1998
C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden 1998), Maastricht: Shaker Publishing 1998.
- Smith 2006
C.E. Smith, 'Belangenafweging door gevalsafweging', *RM Themis* 2006/4 (Themanummer 'Belangenafweging'), p. 141-146.
- Smith 2007
C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding* (tweede druk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- Smits 1995
J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid. Beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht* (diss. Leiden 1995), Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Smits 2000
J.M. Smits, 'Multiculturalisme en Europees privaatrecht: een pleidooi', *NTBR* 2000/7, p. 289-292.
- Smits 2004
J.M. Smits, *Niet-nakoming. Begrip en systeem van de wanprestatie-regeling naar Nederlands recht* (tweede druk), *Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 7*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- Smits 2006
J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RM Themis* 2006/4 (Themanummer 'Belangenafweging'), p. 134-140.
- Snijders 1978
H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven* (diss. Leiden 1978), Deventer: Kluwer 1978.
- Snijders 1995
H.J. Snijders, *Retrocipatie. Opmerkingen over het beroep op onder het oude Burgerlijk Wetboek gevormde precedents bij de toepassing van het huidige, dit in aansluiting op beschouwingen over de betekenis van precedents in het algemeen* (oratie Leiden 1994), Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
- Snijders 1996
H.J. Snijders, 'Asser-Vranken en de congresbundel Rechtsvinding' (Recensie), *NTBR* 1996/8, p. 214-219.
- Snijders-Klaassen-Meijer 2007
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* (vierde druk), Deventer: Kluwer 2007.

- Snijders-Rank Berenschot 2007
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Studiereeks Burgerlijk recht 2 (vierde druk), Deventer: Kluwer 2007.
- W. Snijders 1993
W. Snijders, 'Recensie. Mr. J.M. Barendrecht. Recht als model van rechtvaardigheid', *NJB* 1993/31, p. 1149-1151.
- W. Snijders 2007
W. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of een instrument?', *WPNR* (2007) 6693, p. 6-12.
- Staudinger/Coing/Honsell (2004)
H. Coing & H. Honsell, in: H. Roth (red.), *J. von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 1-14*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2004 (Einkl. 1 zum BGB).
- Staudinger/Singer (2004)
R. Singer, in: N. Habermann (red.), *J. von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 90-133, 1-54, 63 BeurkG*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2004 (§ 119).
- Staudinger/Singer/Benedict (2004)
R. Singer & J. Benedict, in: N. Habermann (red.), *J. von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 90-133, 1-54, 63 BeurkG*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2004 (§ 130).
- Staudinger/Bund (2007)
E. Bund, in: K-H. Gursky (red.), *J. von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854-882*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2007 (§ 854).
- Stein 1969
P.A. Stein, 'Over de betekenis van de billijkheid voor het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht', *RM Themis* 1969, p. 307-338.
- Van der Steur 2003
J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden 2003), Deventer: Kluwer 2003.
- Teuben 2004
K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden 2005), Deventer: Kluwer 2004.
- Teubner 1971
G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, (diss. Tübingen 1970), Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, band 8, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1971.
- Den Tonkelaar (*Vermogensrecht I*)
J.D.A. den Tonkelaar, 'Titel 1. Algemene bepalingen. Artikel 12', in: Jac. Hijma & W.M. Kleijn (red.), *Vermogensrecht I*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Valk 1992

W.L. Valk, 'Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex Specialis derogat legi generali?', in: *Erudita Ignorantia*, Arnhem: Gouda Quint BV 1992, p. 153-173.

Valk 2002

W.L. Valk, 'Tien jaar redelijkheid en billijkheid', *WPNR* (2002) 6472 (Themanummer 'Tien jaar nieuw BW'), p. 2-7.

Viehweg 1974

Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München: Verlag C.H. Beck 1974.

Vranken 1988

J.B.M. Vranken, 'Themis en het vermogensrecht nieuw BW. Naar een inhoudelijke beoordeling van de boeken 3, 5 en 6 BW', *NJB* 1988 (Codificatiespecial), p. 675-689.

Vranken 1993

J.B.M. Vranken, 'Rechterlijke rechtsvinding in Van Wijngaarden/Staat', in: *Inbouw hoofdstuk Bodemsanering in de Wet bodembescherming*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 2-7.

Van Wassenae van Catwijck 1992

A.J.O. baron van Wassenae van Catwijck, 'Verkeersopvattingen; een nieuwe stap in de richting van anticipatie van art. 6:162 lid 3 NBW. HR 11 oktober 1991, RvdW 1991, 218', *Bb* 1992/3, p. 31-32.

Werner 1995

W.G. Werner, *Het recht geworden woord. Over de geschiedenis van het rechtspositivisme en de mogelijke betekenis van het pragmatisme voor de toekomst daarvan* (diss. Enschedé 1995), Enschedé: Febodruk b.v. 1995.

Wery 1964

J.L.L. Wery, 'Het niet toerekenbaar niet-nakomen van een verbintenis volgens het Ontwerp B.W.', *RM* 1964, p. 4-38.

Wesseling-van Gent 1988

E.M. Wesseling-van Gent, 'Eigen wetenschap van de rechter', *NJB* 1988/31, p. 1118-1121.

Wesseling-van Gent (*Rechtsvordering 1*)

E.M. Wesseling-van Gent, 'Titel 1. Algemene bepalingen. Artikel 30', in: E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (red.), *Burgerlijke Rechtsvordering 1*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Wessels 1988

B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen. Civiel- en fiscaalrechtelijke beschouwingen over rechtens niet-afdwingbare verbintenissen* (diss. Amsterdam VU 1988), Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

Wessels 1996

B. Wessels, 'Enkele opmerkingen over de betekenis van de "UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts" en de "Principles of European Contract Law" in de adviespraktijk', *NTBR* 1996/3, p. 75-77.

Van Westendorp 2001

P.H. van Westendorp, 'Merkenrecht en marktonderzoek: de stand van zaken', *BMM bulletin* 2001/1 (Themanummer 'Marktonderzoek'), p. 13-16.

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk bewerkt door T. Koopmans, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Weber 1992

R. Weber, 'Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen', *Archiv für die civilistische Praxis* 192 (1992), p. 516-567.

Wichers 2002

J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek* (diss. Groningen 2002), Serie Recht en Praktijk nr. 121, Deventer: Kluwer 2002.

Wichers 2008

J.E. Wichers, "'De huwelijksnacht van Tobias en Sara". Natrekking, vermenging of zaaksvorming?', *NTBR* 2008/2, p. 68-76.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden 2004), Deventer: Kluwer 2004.

Wiersma 1992

H.W. Wiersma, 'Scheepstoebehoren en scheepsbestanddelen volgens boek 8 BW en volgens het overgangsrecht', *WPNR* (1992) 6069, p. 819-829.

Wittgenstein 1953/1992

L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (1953), vert. uit het Duits door M. Derksen en S. Terwee, Meppel en Amsterdam: Boom 1992.

Zwalve 2002

W.J. Zwalve, 'Boekbespreking. Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie', *WPNR* (2002) 6501, p. 606-611.

Jurisprudentieregister

HOGE RAAD

- HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*) | 290
- HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777 m.nt. PS (*Goudse Bouwmeester*) | 206
- HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 m.nt. PS (*Sleepboot Egbertha*) | 3, 74, 81, 100, 111-112, 124, 290, 336
- HR 30 november 1945, NJ 1946, 62 (*De Visser/Harms*) | 206, 208
- HR 27 mei 1950, NJ 1951, 197 (*Closetruimte*) | 132
- HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 m.nt. JD (*Stafmateriaal*) | 3, 61, 62, 69, 74, 81, 100, 111, 117, 124, 131, 145, 167, 180
- HR 23 mei 1958, NJ 1958, 458 (*Pierlot/Kreemer q.q.*) | 4, 114
- HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (*Quint/Te Poel*) | 315
- HR 19 juni 1959 NJ 1960, 59 m.nt. HB (*Kantharos van Stevensweerd*) | 5, 110, 135
- Strafkamer HR 23 maart 1965, NJ 1965, 260 | 205
- HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*) | 301
- HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS (*Saladin/HBU*) | 163, 195-196
- HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m.nt. GJS (*Fokker/Zentveld of Vliegtuigvleugel*) m.nt. Köster in AA 1969, p. 429-442 | 90, 109, 182, 241, 335
- HR 15 november 1968, NJ 1969, 1 m.nt. DJV (*Eerste Rotterdamsche Maatschappij van Verzekering/Het Hollandse Kruis*) | 102, 230
- Strafkamer HR 19 november 1968, NJ 1969, 360 | 205
- HR 13 december 1968, NJ 1969, 174 m.nt. GJS (*Cadix/AEH of Polyclens*) m.nt. Köster in AA 1969, p. 429-442 | 5, 90, 109, 335
- Strafkamer HR 17 november 1970, NJ 1971, 373 (*Chick*) | 205, 269
- HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 m.nt. HB (*Assuradeuren/Maring*) | 230, 234, 275, 278-279
- Strafkamer HR 13 juni 1972, NJ 1973, 297 | 205, 269
- Strafkamer HR 19 december 1972, NJ 1974, 502 | 205, 269
- HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463 m.nt. HB (*Tariefbeschikking*) | 279
- HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Van Dartel*) | 151
- HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264 (*Vecta c.s./Staat*) | 205
- HR 21 juni 1974, NJ 1975, 17 m.nt. GJS (*Kraanbalk-arrest*) | 3, 100
- Strafkamer HR 19 november 1974, NJ 1975, 133 | 205, 269
- HR 12 februari 1976, NJ 1977, 428 (*The Liverpool & London & Globe/Staat*) | 238
- HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS (*Pseudo-vogelpest*) | 195-196
- HR 24 september 1976, NJ 1978, 269 m.nt. B.W. (*Zaanlandse/Werkspoor*) | 286
- HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Gem. Bunde/Erckens*) | 338
- Strafkamer HR 29 maart 1977, NJ 1978, 199 | 205, 269
- HR 10 december 1976, NJ 1977, 587 (*alimentatie*) | 204

- Strafkamer HR 28 november 1978, NJ 1979, 93 (*Deep Throat*) | 205
- HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 m.nt. BW (*Radio Holland*) | 3, 69, 74, 93-95, 100, 104, 290
- HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Knabbel en Babbel*) | 5
- HR 29 juni 1979, NJ 1980, 298 (*limitering alimentatie*) | 204
- HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*) | 216
- HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 m.nt. CJHB (*Laadschop*) | 189
- HR 12 november 1982, NJ 1984, 251 (*Brasse/Gem. Enschede*) | 238
- HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 m.nt. CJHB (*Ansink/Canjels*) | 7, 221
- HR 15 april 1983, NJ 1983, 647 (*Beens/Albers*) | 4, 5, 74, 114, 241
- Fiscale kamer HR 21 november 1984, NJ 1985, 172 (*Belastingontduiking*) | 277
- HR 29 mei 1985, NJ 1986, 274 m.nt. WMK (*Tandartspraktijk*) | 113, 341
- HR 26 september 1986, NJ 1987, 252 m.nt. CJHB (*Hoffmann/La Roche*) | 337
- HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 m.nt. PAS (*Sweegers Beton/Van den Hout*) | 189
- HR 11 december 1987, NJ 1988, 393 m.nt. G (*Bushalte*) | 301
- HR 16 juni 1989, NJ 1990, 651 (*ANVR/Martinair*) | 153
- HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK (*Van Spronsen/Rabobank of Orchideeën-scheur-arrest*) | 113, 241, 245
- HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 m.nt. CJHB (*Staat/van Amersfoort*) | 205, 209
- HR 9 maart 1990, NJ 1990, 428 (*Knobo/notaris Schellenbach*) | 5, 109
- HR 7 september 1990, NJ 1991, 266 (*Catoochi*) | 277
- HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 m.nt. CJHB (*Van der Ven/Stevens*) | 231
- HR 28 september 1990, NJ 1992, 619 m.nt. CJHB onder NJ 1992, 620 (*Staat/Delta Lloyd*) | 189
- HR 5 oktober 1990, NJ 1992, 226 m.nt. WMK (*Breda/Antonius*) | 4, 7, 75, 151, 319
- HR 9 november 1990, NJ 1992, 212 m.nt. WMK (*Nahar/Cornes*) | 204, 207
- HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (*Van Geest/Nederlof*) | 151
- HR 15 februari 1991, NJ 1991, 628, m.nt. WMK (*Agema/WUH*) | 309
- HR 12 april 1991, NJ 1991, 449 (*Sürüc/Hoechst Holland*) | 7
- HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 m.nt. CJHB (*Marbeth van Uitregt*) | 5
- HR 31 mei 1991, NJ 1991, 112 m.nt. CJHB (*Van Gog/Nederweert*) | 337
- HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 m.nt. CJHB (*Dekker/Van der Heide of Natrappen*) | 301
- HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. CJHB en C (*Staat en Van Hilten/M*) | 5, 109
- Fiscale kamer ? HR 23 oktober 1991, BNB 1992, 44 m.nt. L.F. Ploeger (*Trappenhuis*) | 344
- HR 15 november 1991, NJ 1993, 316 m.nt. WMK onder NJ 1993, 317 (*Dépex/Curatoren Bergel*) en J. Hijma AA 1992, 284 | 3, 81, 100, 111, 117, 130, 241, 263
- HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 m.nt. CJHB (*P./Mr. A.*) | 182
- HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 m.nt. MMM (*Gem. Maastricht/Taxi Centrale Crals*) | 5, 110, 302-303
- HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Hinck/Van der Werff & Visser, of 'Love-Love'*) | 4, 155, 285, 319
- HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 en 644 m.nt. CJHB (*Van Wijngaarden/Staat*) | 205, 209
- HR 24 april 1992, NJ 1993, 644 (*Staat/Akzo*) | 209, 212
- HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (*Bedrijfsverenging/Boulogne*) | 201, 337
- HR 27 november 1992, NJ 1993, 317 m.nt. WMK (*Ontvanger/Rabobank*) | 3, 100, 111, 112, 118, 135, 180, 241, 286

- HR 16 april 1993, NJ 1994, 328 m.nt. EAAL (*alimentatie*) | 204
- HR 17 september 1993, NJ 1993, 740 (*Reimes/Constandse*) | 3, 111, 135, 180
- HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. CJHB (*Maatschap Waeyen-Scheers/Naus*) | 26
- HR 1 juli 1994, NJ 1995, 547 m.nt. WMK (*Meijer/Toxopeus of dertiende penning*) | 240
- HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 (*Kas-assocatie/Drying*) | 4
- HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (*Staat-Gemeente Ouderkerk/Shell*) | 210
- HR 30 september 1994, NJ 1996, 197 m.nt. CJHB (*Staat/Solvay Duphar*) | 210
- HR 30 september 1994, NJ 1996, 198 m.nt. CJHB (*Staat/Fasson Nederland & Van den Brink*) | 210
- HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 m.nt. CJHB (*Van den Brink/Staat*) | 210
- HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 61 (*imitering alimentatie*) | 204
- Fiscale kamer HR 7 december 1994, NJ 1995, 301 m.nt. Ma (*Staatssecr. Financiën/De erven X.*) | 114
- HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (*Werink/Hudepohl of zwiepende tak*) | 301
- HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollanders/Raiffeisenbank of Kuikenbroederij*) | 4, 113, 131, 132, 135, 155, 241, 245, 263, 319, 349
- HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 m.nt. WMK (*Deen/Van der Drift*) | 4, 309
- HR 15 september 1995, NJ 1996, 616 m.nt. WMK (*Le Miralda*) | 204, 207, 208
- HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 m.nt. MMM (*Kroymans/Sun Alliance*) | 217-218, 224
- HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 (*Hendriks/Curator of Straalcabine*) | 3, 100, 112
- HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 m.nt. WMK (*Sijpesteijn c.s./De Marez Oyens c.s.*) | 7, 151, 205, 210
- HR 24 januari 1997, NJ 1997, 231 (*Citco Bank Antilles/da Costa Gomez*) | 153
- HR 18 april 1997, NJ 1997, 571 m.nt. JdB (*imitering alimentatie*) | 204
- HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 692 m.nt. WMK (*vergoedingsrechten bij koude uitsluiting*) | 206
- HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (*Spruijt/Tigchelaar*) met noot van Abas, NTBR 1998/3, p. 85-87 | 5, 63, 69, 70, 109, 119, 133, 135, 143, 144, 179, 182, 241, 245, 283, 332, 333, 352
- HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693 (*immateriële schadevergoeding bij whiplash*) | 205
- HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 395 m.nt. JdB (*S./D.*) | 206
- HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (*Portacabin*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann in AA 47 (1998) p. 101-105 en M.A.J.G. Janssen in JOR 1997, 152 | 3, 150, 287
- HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (*Brok-van den Hout/Huberts of Heupdysplasie*) | 109, 143
- HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters bouwbedrijf/Kantoor van de Toekomst*) | 4, 309
- HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB (*voorlopige belastingaanslagen*) | 61, 62, 107, 131, 261, 270, 337
- HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & van Rosberg*) | 5, 7, 110, 150, 152, 190, 241
- HR 29 april 1998, BNB 1998, 215 (*Kantoor belastingadviseur*) | 341
- HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (*Van Doorn/NBM*) | 189
- HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. JBMV (*De Schelde/Cijsouw c.s.*) | 205, 210-211.

- HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (*Hartman/Bakker*) | 6, 110, 153, 154, 158
- HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 m.nt. ARB (*Amev/Staat*) | 6, 44-45
- HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 m.nt. JH (*B./W.*) | 284
- HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 m.nt. ARB (*Gem. Castricum/Fatels*) | 109, 337
- HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder NJ 2000, 431 (*Van Hese/Schelde*) | 56, 160, 197, 278, 290
- HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431 m.nt. ARB (*Rouwhof/Eternit*) | 278
- HR 12 mei 2000, NJ 2000, 440 (*E./Robu holding*) | 5, 109
- HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH (*L.E. Beheersmaatschappij/Stijnman*) | 5, 362
- HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL/curator CXA of spuitcabine*) | 3, 100, 112, 118
- HR 19 januari 2001, NJ 2001, 274 (*limitering alimentatie*) | 204
- HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 m.nt. MS (*Staat/Lavrijsen*) | 109
- HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*) eveneens geannoteerd door B.T.M. van der Wiel, *NTBR* 2001/8, p. 431 e.v. | 6, 45, 110, 155, 156, 297
- HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (*Oerlemans/Driessen*) m.nt. T. Hartlief in *AA* 2001/12, p. 982-989 | 5, 70, 73, 107, 109, 120, 135, 143-144, 241, 245, 261, 336, 352, 359
- HR 29 juni 2001, NJ 2001, 613 (*Staat/Stichting WORM*) | 205
- HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 (*PTT Post/Baas*) | 189
- HR 21 december 2001, NJ 2002, 282 m.nt. ThMdB (*C./K.*) | 205
- HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 (*Berg en Tollenaar/Balm*) | 153
- HR 21 augustus 2002, *LJN* AE7680 (*Recreatieruimte aan woning*) | 341
- HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241 m.nt. WMK (*Grafzerken of St. Barbara/Het aartsbisdom Utrecht*) | 69, 150, 287
- HR 28 februari 2003, NJ 2003, 272 (*Steiger-arrest*) | 3, 100, 112, 241
- HR 18 april 2003, NJ 2004, 634 m.nt. MMM (*Huls/NLP*) | 5, 110
- HR 19 september 2003, NJ 2003, 619 (*R./Stichting Ziekenhuisvoorzieningen Gelderse Vallei*) | 110, 303
- HR 26 september 2003, NJ 2004, 21 (*W./W.*) | 196
- HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 38 (*Keesmeekers/Driessen*) | 19, 114
- HR 5 december 2003, NJ 2004, 340 m.nt. WMK (*Rabobank Graafschap-West/Fleuren c.s.*) | 4, 309
- HR 23 januari 2004, *RvdW* 2004, 20 (*Ponteeceen/Stratex*) | 7
- HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 m.nt. MMM (*Witte/Leipziger Versicherung*) | 217, 224
- Fiscale kamer HR 9 juli 2004, *LJN* AQ0130 (*Keuken*) | 113, 119, 147, 180, 336, 344
- HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 m.nt. JBMV (*Staat/H.*) | 45
- HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 1 m.nt. WMK (*B./S.*) | 208
- HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585 (*Kuunders/Swinkels*) | 196
- HR 3 december 2004, NJ 2005, 160 m.nt. MMM (*A./London Verzekeringen*) | 217
- HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 m.nt. CJHB (*Hertel B.V./Van der Lugt c.s.*) | 205, 210
- HR 3 juni 2005, NJ 2005, 381 m.nt. SW (*alimentatie gewezen echtgenoot met nieuwe affectieve relatie*) | 204
- HR 30 september 2005, *LJN* AU3550 (*Rioolrechten Epe*) | 341
- HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. CJHB (*Ludlage/Van Paradijs c.s.*) | 205
- HR 11 november 2005, *RvdW* 2005, 124 (*Bayar/Wijnen*) | 189
- HR 2 december 2005, NJ 2006, 444 m.nt. JBMV (*Rijpma/Groot*) | 45, 110

- HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. CJHB (*Van Buuren Van Swaay/Heesbeen c.s.*) | 211
- HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Nefalit/Karamus*) m.nt. Lindenbergh in *AA* 2006/10, p. 736-740 | 343
- HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 377 (*Betonstaf/Ballast Nedam*) | 109
- HR 15 september 2006, *NJ* 2006, 506 (*Stichting Beheer en Administratie Noord-Oost Friesland/Dillema*) | 4
- HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1034 (*omvang huwelijksgoederengemeenschap*) | 205
- HR 1 december 2006, *RvdW* 2006, 1137 (*Ritoe/A. BV.*) | 109
- HR 16 februari 2007, *BIE* 2007, 61 (*Adidas/Marca*) | 91
- HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007, 689 (*verstappen op bouwplaats*) | 189
- HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*) | 219
- HR 14 september 2007, *JOR* 2007, 239 (*Versatel*) m.nt. S.M. Bartman | 235
- HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (*Taxicentrale Nijverdal*) | 205

HvJ EG

- HvJ EG 14 mei 1985, *BNB* 1985, 335 en daarop vervolgend HR 2 oktober 1985, *BNB* 1985, 336 (*Van Dijk's Boekhuis/Staatssecr. Financiën*) | 4, 15

GERECHTSHOVEN

- Hof Amsterdam 23 maart 1950, *NJ* 1950, 732 (*Dirkse/Veenman*) | 133
- Hof Den Haag 13 november 1958, *NJ* 1959, 659 (*bijgetrokken kamer*) | 180
- Strafkamer Hof Amsterdam 3 oktober 1977, *NJ* 1978, 611 (*Naakt recreëren*) | 202
- Hof Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1981, 422 (*Stichting Boycot Outspan Aksie/Bond van Adverteerders*) | 205
- Hof Den Bosch 3 juni 1981, *NJ* 1982, 73 (*Levens/Almas*) | 147, 336
- Hof Leeuwarden 13 januari 1982, *NJ* 1982, 482 (*Ziekenfonds/Veenstra*) | 6, 45
- Hof Den Bosch 18 januari 1983, *NJ* 1984, 13 (*bowlingbanen I*) | 64
- Hof Amsterdam 31 januari 1985, *NJ* 1986, 185 (*De Vestingwachter/van Wingerden*) | 4
- Hof Den Haag 9 mei 1986, *Prg* 1986, 2557 (*Stichting Ziekenhuis Sint Antonius-hove/Gem. Leidschendam*) | 6, 153
- Hof Amsterdam, MK II, 25 september 1990, *VN* 1991, 2138 (*Nieuwe bedrijfshal*) | 341
- Hof Amsterdam 7 november 1991, *NJ* 1993, 59 (*Thijssen/NMB*) besproken door G.E. van Maanen, *WPNR* (1998) 6309, p. 237-238 | 4, 319
- Hof 's-Gravenhage 19 mei 1992, *NJ* 1993, 237 (*Felix/ontvanger*) | 180
- Hof Den Haag 1 juli 1993, *NJ* 1997, 211 (*bowlingbanen II*) | 64
- Hof Amsterdam 24 februari 1994, *NJ* 1994, 707 (vervolg op *NJ* 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*)) | 135, 180, 241, 286
- Hof Amsterdam 18 januari 1996, *NJ* 1997, 726 (*natuurlijke verbintenis tot verstrekken studietoelage*) | 204
- Hof Amsterdam 31 december 1998, *NJ* 2000, 705 (*Valk International/ Van der Waart*) | 4
- Hof Den Haag 5 juli 1999, *BIE* 1999, 126 (*IER* 1999, 50) (*Becel/Benecol*) | 91

- Hof Den Haag 22 maart 2001, NJ 2001, 443 (*Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en binnenvaart c.s./Staat*) | 205
- Hof Arnhem 3 april 2001, NJ 2001, 470 (*Oude toren te Varik of Neerijnen/Melchior*) m.nt. H.D. Ploeger in JBN 1998, nr. 83 | 180
- Hof Leeuwarden 2 mei 2001, NJ 2002, 68 (*De Jong/Hama*) | 332
- Hof Arnhem 2 oktober 2001, LJN AD4954 (*politiehond Ricky*) | 6, 45
- Hof Arnhem 2 oktober 2001, LJN AD4563 (*doorgebroken kelders*) | 180
- Hof Arnhem 14 mei 2002, LJN AE2653 (*Krakers/Cofiton c.s., vervolg in hoger beroep*) | 4
- Hof 's-Hertogenbosch 15 augustus 2002, LJN AE8293 (*AAR Aircraft & Engine Group*) met noot J.C. Hofland in JOR 2002, 184 | 281, 319
- Hof Den Bosch 22 april 2003, LJN AF9125 (*gestolen aggregaat*) | 332
- Hof Arnhem 25 maart 2003, NJ 2003, 577 (*Derksen/Gem. Rijnwaarden*) | 4
- Hof Amsterdam 8 mei 2003, LJN AO2388 (*Gem. Amsterdam/Ooms c.s.*) | 4
- Hof Arnhem 10 juni 2003, NJ 2004, 155 (*erven Schoonhoven/erven Kroes*) | 4
- Hof Arnhem 24 december 2003, LJN AO1476 (*Nieuwbouw kantoorgedeelte*) | 341
- Hof Leeuwarden 9 februari 2005, NJF 2005, 164 (*De Gruijl-Eblé/Brinkman Agro*) | 3, 286
- Hof Arnhem 15 maart 2005, LJN AT0957 (*bijgetrokken kamer op eerste verdieping*) | 180
- Hof Den Bosch 8 maart 2006, LJN AV7600 (*Rioolrechten Epe*) (vervolg na verwijzing) | 341
- Hof Den Bosch 6 maart 2007, LJN BA0774 (*verkrijgende verjaring strook grond*) | 4

ARRONDISSEMENTSRECHTBANKEN EN KANTONGERECHTEN (INCL. PRES. IN K.G.)

- Rb. Leeuwarden 11 juni 1946, NJ 1947, 499 (*Beekman/Van der Ploeg*) | 133
- Rb. Haarlem 27 januari 1948, NJ 1948, 567 (*Mr. Brink q.q./Mulder*) | 145, 167
- Strafkamer Rb. Rotterdam 26 februari 1973, NJ 1973, 296 | 205
- Rb. Amsterdam 28 maart 1979, NJ 1980, 223 (*Hollandia Non-Ferro/Nederlandse Credietbank*) | 61
- Rb. Almelo 10 december 1980, NJ 1983, 20 m.nt. JCS (*Gebruder Hoon c.s./Bontweverij*) | 4, 319
- Ktr. Amsterdam 31 maart 1982, NJ 1982, 449 (*geldelijk onvermogen*) | 336
- Rb. Den Bosch 17 juni 1983, NJ 1984, 302 (*Barten/Kemp c.s.*) | 147, 336
- Rb. Middelburg 2 januari 1985, S&S 1985, 86 (*Cobelfret/Schweizerischer Bankverein*) | 4
- Rb. Arnhem 16 januari 1986 en 19 maart 1987, NJ 1992, 13 (*Tiem/Tiem*) | 7
- Rb. Alkmaar 4 mei 1994, NJ 1995, 281 (*hertrouwclausule in testament*) | 204
- Pres. Rb. Leeuwarden 20 december 1994, KG 1995, 61 (*Dynamiek/De Vries Competition*) | 343, 133, 224, 353
- Rb. Utrecht 3 juli 1996, NJ 1997, 50 (*ABN AMRO/Pasman q.q.*) | 4
- Rb. Assen 23 juni 1998, NJ 1998, 791 (*Luten c.s./Schiphorst c.s.*) | 217
- Pres. Rb. Almelo 23 december 1999, LJN AA 3999 (*ABB Sattline/curator QtecQ BV*) besproken door G.J. Knijp in NbBW 2000/2, p. 25-27 | 4, 319
- Rb. Middelburg 24 mei 2000, LJN AA7949 | 7, 151
- Pres. Rb. Breda 21 november 2000, LJN AA9119 (*Rasti Rostelli/Partycentrum de Kwinter*) | 7, 151

- Rb. Zutphen 21 juni 2001, *LJN* AB2290 | 7, 151
- Rb. Zutphen 28 augustus 2001, *NJ* 2001, 702 (*alimentatie*) | 204
- Rb. Arnhem 16 oktober 2001, *LJN* AD4596 (*Krakers/Cofiton c.s.*) | 141
- Rb. Maastricht 25 oktober 2001, *LJN* AE7539 | 180
- Rb. Maastricht 27 juni 2002, *LJN* AE4909 | 4
- Rb. Haarlem 16 juli 2002, *LJN* AE5326 (*Diks Autoverhuur*) | 179, 244, 333
- Rb. Den Bosch 7 april 2004, *NJ* 2005, 32 (*Rozendal/Gösgens c.s.*) | 5
- Ktr. Groningen 10 september 2004, *NJF* 2004, 555 (*Lamein/VvE Drevenborg I*) | 218
- Rb. Rotterdam 4 oktober 2006, *NJF* 2006, 632 (*De Vries/De Keizer c.s.*) | 4

Trefwoordenregister

A

Aanvullend recht | 274-275

Aanvullende werking

- verklaringen voor ~ van de verkeersopvatting | 287-291
- verkeersopvatting, slechts ~ | 274-292
- ~ van de redelijkheid en billijkheid | 194
- ~ van wet en gewoonterecht | 199, 201

Apodictisch gebruik van de verkeersopvatting | 63, 65

- *zie ook* Syllogisme, apodictisch

Asbestzaken | 205, 209-212

B

Begriffshof | 43, 46, 266

Begriffskern | 43, 46, 266

Belangenafweging | 172, 192, 311, 313, 367

Beslissingsregel | 32, 41, 141, 151, 153-155, 171, 175, 256-258, **298-309**, 310, 315, 321, 326, 336, **360-361**, 367

Beslissingscriterium

- verkeersopvatting als ~ | 16, 148-158, 174, 176, 184, 296

Bestanddeelvorming | 3, 42, 50, 54, 63, 74, 83, 84, 100, 111-113, 128, 132, 157, 169, 221, 282, 286, 321, 341

Bestendig gebruikelijk beding | 230-231

Bewijsbaarheid | 86, 93-96, 269

Bezit | 3, 4-5, 16, 46-48, 50, 74, 106-108, 114-115, 118, 125, 141-142, 144, 145, 179, 244, 262, 264, 321-322, 343, 350-352

Bodemverontreiniging | 205-206, 209-210

C

Cassatie

- gemengde beslissing in ~ | 108, 110-117, 136, 189, 330
- vernietiging in ~ | 362-363, 366, 369
- volledige toetsing in ~ | 108-115
- ~ wegens motiveringsgebrek | 99, 112, 154, **362**, 366, 369

Code Tabaksblat | 219, 235, 236, 245

Coherentiebenadering | 159, 297, 315, 324

Common opinion | 14

Concretisering

- gesloten ~ | **264-266**, 292, 327, 338
- ~ van de redelijkheid en billijkheid | 192, **199-200**, 219, 228, 248, 315

Consensus

- ~ omtrent de verkeersopvatting | 166
- problemen rondom ~ | 267-270
- ~ vooraf 267, 271-272, 293
- ~ achteraf *zie* Werfkracht

Context

- ~ van de wet | 314, **315-326**, 357, 367
- ~ van het specifieke geval | 314, 315, **326-347**, 358, 367, 368
- ~ van de veranderende maatschappij | 314, **347-357**, 358, 367, 368

Contra legem

- geen verkeersopvatting ~ | 280-283, 288, 291-292, 365, 379
- gewoonterecht ~ | 276-279, 282

Corporate Governance | 219, 220, 235

D

Delegatiefunctie | 258-259, 289, 292

Derogerende werking

- ~ van de redelijkheid en billijkheid | 76, 274, 278
- ongeschreven recht en ~ | 274, 276-280
- verkeersopvatting, geen ~ | 274-283, 288, 291-292, 293, 326, 379

Distinguishing | 332-333, 345, 368

Dringende morele verplichtingen | 40, 141, 190, 191, 192, 207-208

Dooddoener | 8, 61-62, 70, 75, 78, 200, 311, 333, 340, 359, 361, 362, 369

Duurzaam dienende zaken | 3, 4, 38, 42, 116, 118, 174, 320, 335

Dwaling, toerekening van | 3, 5, 17, 42, 43, 110, 135, 150-152, 173, 241, 302-303, 335, 343, 348

Dwingend recht, derogeren aan | 275, 277, 278, 288

E

Eigen schuld, toerekening van risico bij | 6, 44-45, 106, 110, 116, 156, 177, 264, 335, 343

Einzelfallgerechtigkeit | 49, 50-51

Ervaringsfeit | 188-189

Ervaringsregel | 187, 188-190, 247, 248

F

Fallgruppen | 261, 304, 334-335, 368

Fallgruppenmethode | 312, 334-335, 337

Fallnorm | 334, 336-337, 338, 368

Feiten van algemene bekendheid | 187, 188-189, 240, 247

Feitengebondenheid | 12, 177, 180, 181-184, 185, 227, 262, 344, 353

Functies

- materiële ~ | 75, 197, 198, 252, 261-292, 293
- methodische ~ | 252-259

Funktionswandel | 260-261, 292

G

Gebruiken | 17, 50, 72, 82, 94, 95, 179, 183, **230-238**, 239, 244-246, 254, 256, 279

Gebruiken, plaatselijke ~ | 50, 231, 233, 237

Gedrag norms | 24, **35-41**, 57, 75, 77-78, 97, 139-142, 152, 184, **190-196**, 203, 208-209, 217-220, 224, 300-302, 315, 367

Gedrag snormerend effect | 305, 307, **308-309**

Geldingskracht

- ongeschreven recht en ~ | 66, **71-74**, 78, 239, 246, 271, 356

Generalklausel | 18, **37-40**, 49, 50, 58, 86, 121, 251-253, 256, 260-261, 292, 332, 334

Generally accepted views | 15

Geschreven recht

- verhouding verkeersopvatting tot ~ | 76-77, 296-303, 361, 365-366

Gevalsvergelijking | 135, **326-338**, 344-346, 358, 362, 368-369

Gevalsonderscheiding | 332, 338, 358, 362

Gewoonte | 50, 52, 65, 67, 72-73, 85, 96, 101, 102, 105, 108, 194, 197, 199, 201, 215, 229, 230-247, 249, 254-255, 274-279, 282, 288, 293, 296, 326

Gewoonte, plaatselijke ~ | 233-234

Gewoonterecht

- beschreven ~ | 234-236
- derogerende werking ~ 276-280
- niet-beschreven ~ | 237
- verhouding tussen verkeersopvattingen en ~ | 230-247

Gezichtspuntencatalogus | 162-164, 170, 342

Goede zeden | 30, 35, 39, 58, 67, 75, 81, 97, 122, 141, 187, 190, 191-192, 198, 199, 201, 243, 246, 260, 261, 267, 273, 280, 296, 301, 305, 355

Groepsmoraal | 223

H

Handelsgebruiken | 17, 235, 254, 255, 256, 279

- *zie ook* Gebruiken

Heuristiek | 310-358

Houderschap | 3, 4-5, 16, 48, 50, 74,
106-108, 114, 118, 125, 128, 141-144,
153, 179, 244, 262, 321-322, 343, 350
Hypothetische vergelijking | 327, 338,
341-344, 346, 358, 368

I

In Nederland levende rechtsovertuigingen
· achtergrond van het begrip ~
| 214-216
· bewuste pluriformiteit van ~
| 216-217
· verkeersopvatting geen species
van ~ | 220-224
· verschillen tussen verkeersopvattingen en ~ | 226-227

K

Kenbaarheidsprobleem | 63, **64-71**, 81,
85, 126, 203, 246, 271
Kwalificatie van feiten | 117, 178, 229,
262-266, 343

L

Leemte | 74, 125, 195, **258-259**, 289, 313,
324
Legitimatie van de beslissing | 358-366
Lex Mercatoria | 235-236
Luchtvaartuig | 281-282, 319

M

Maatschappelijke betamelijkheid | 30,
35, 39, 55, 57, 75, 76, 81, 141, 187,
190-192, 198, 230, 243, 267, 273, 301,
305, 335
Maatschappelijke opvattingen | 24, 35,
54, 65-66, 67, 204-212, 267, 268, 273,
290, 356
· verschillen tussen verkeersopvattingen en ~ | 211-212, 226, 247
Machtswoord | 8, 61, 70, 75, 78, 200,
311, 333, 345, 359-360, 362, 369
Meetbaarheid | **86-97**, 269
Moraal | 96-97, 191, 199, 204, 206-207,
268
· *zie ook* Groepsmoraal
Morele lading | 100-101, 119, 354

Motivering

- *zie ook* Legitimatie van de beslissing
- aanbevelingen voor de ~ | 366
- vernietiging wegens gebrek in de ~ | 362-363, 369

N

Natrekking | 3, 11, 15, 94, 95, 124, 133,
180, 281, 282, 288, 350
Natuurlijke verbintenis | 204, 206-208
Niveauverschillen
· belang van onderkennen van ~
| 158-159
· inhoudelijke ~ | 157-158
· methodische ~ | 149-155
Normatieve verwachtingen | 31, 67, 97,
127, 129, 149, 190, 225-226, 243, 290,
299

Normativiteit

- dubbel normatief | 142, 191-192,
193-196, 198, 248
- eigen dimensie van de ~ | 87,
121-124, 268
- enkel normatief | 142, 188, 191-
192, 195-197, 198, 210, 247

O

Objectieve derde *zie* Perspectief van de
objectieve derde

Objectivering

- objectiveringsfunctie | 251, **266-273**, 293, 312, 313, **347-355**, 358,
367, 368
- dubbele ~ | 363-364

Omstandighedencatalogus | 161- 163,
345-346, 368

Onbepaalde begrippen

- open normen en ~ | 35-40
- terminologie rondom ~ | 36-40

Ongeschreven recht

- verhouding tussen geschreven en ~ | 296-304

Onrechtmatige daad, toerekening van |
3, 5, 42-43, 103, 105, 107, 109, 110,
128, 140, 143, 171, 172, 316, 337, 343

Onroerend

- onderscheid roerend – onroerend | 3, 150, 168, 287

Onvoorziene omstandigheden | 3, 5, 42-43

Open

- ~ aan beide zijden | 46-48
- ~ aan de feitenzijde | 41-43, 264
- ~ aan de rechtsgevolgenzijde | 44-46, 48

Open normen | 35-48

Opinio iuris | 17, 72-73, 232, 238-246, 249

Opinion généralement admise | 14

Overmacht | 3, 31, 68-69, 109, 128, 133, 135, 143, 163, 173, 179-180, 201, 283, 318, 332-333, 337

P

Perspectief van de objectieve derde | 350-351, 358, 368

Polaire beslissing | 264, 343

Precedentwaarde | 330, 337, 357

Precedentwerking | 135, 147-148, 184, 329-332, 337, 338, 364, 368

Principles of European Contract Law | 236

R

Receptie | 297-303, 313

Receptiefunctie | 83, 253-256, 292, 378

Rechter, centrale rol | 34, 77, 251

Rechtsovertuigingen | 203-204

- zie ook In Nederland levende rechtsovertuigingen

Rechtsvinding

- ~ *contra legem* zie *Contra legem*
- ~ *intra legem* | 289, 293

Rechtsvraaggebonden | 159, 168-169, 170, 185, 212, 226, 248, 274, 313, 353, 355-356, 358

Redelijkheid en billijkheid

- ~ als beoordelingsmaatstaf | 194-196
- ~ als gedragsnorm | 193-194, 217, 228, 248
- ~ als schaamlap | 61, 62, 260

- ~ als metanorm | 196-198, 201, 229, 247-249, 280

- verhouding tot de verkeersopvatting | 192, 198-202, 228-229

Relativering | 266, 273-274, 293, 347, 355-357, 358, 363-365, 368

S

Schaamlap zie Redelijkheid en billijkheid als schaamlap

Schade, toerekening van | 7, 44-45, 264

Schip | 281-282, 285

Stoplap | 8, 61-62, 75, 78, 200, 311, 333, 359, 362, 369

Subregel | 317, 328, 344, 345

Subsumptie | 328, 338, 344, 345, 368

Syllogisme

- apodictisch ~ | 62, 70
- klassiek ~ | 359-360

T

Tatbestand | 43, 46, 48, 169, 264-265, 362

Topiek | 160-177, 185, 259, 273, 324, 339-340

Topisch(e)

- ~ normen | 70, 161-164, 170-176, 185, 338-339
- ~ techniek | 161-164, 338-341, 368

Topos, topoi | 160-177, 185, 202, 313-318, 324-326, 339, 352, 355, 357, 365-366, 368

Topoi, geen rangorde | 170-171, 174, 177, 185, 324, 339

Transformatiefunctie | 256-258, 292

U

Uitleg, verkeersopvatting als hulpmiddel bij | 18, 74, 149, 150-152, 184, 296

Unbestimmte Rechtsbegriffe | 38

Unidroit Principles for International Commercial Contracts | 236

Usage | 14, 50, 234

Usus | 72-73, 232, 238-239, 242-245, 246, 247, 249

V

- Vage normen | 29-30, **36-40**, 57, 76, 78, 83, 96, 116, 118, 141, 191, 266, 289, 297, 299, 345-346
- Vensterfunctie | 23, 30, 82-85, 136
- Verhuisgoederen | 12
- Verkehrsanschauung* | 15-18, 38, 121
- Verkehrsauffassung* | 15, 17, 86
- Vermenging | 3, 4, 20, 341, 350
- Verschijningsvormen van de verkeersopvatting | 115, 126-136, 164, 165, 168, 330
- Verticale splitsing | 340-341
- Verwachtingen *zie* Normatieve verwachtingen
- Volmacht
- einde van de ~ | 3, 11, 158
 - schijn van volmachtverlening | 3, 6, 75, 106, 110, 153-155, 158

Vruchten

- burgerlijke ~ | 42, 113-114, 128
 - natuurlijke ~ | 39, 113, 125, 128, 131, 266, 349
- Vuistregel | 9, 60, 110, 112, 120, 162, 210, 331, 336, 337

W

- Werfkracht van de beslissing | 257, 272-273, 284, 293
- Wertausfüllungsbedürftige Begriffe* | 18, 37, 258, 339
- Werturteilen* | 37

Z

- Zaaksbegrip | 3, 15, 176, 211, 225, 354
- Zaaksvorming | 3, 15, 20, 113, 155, 157-158, 263, 282, 319, 350

Curriculum vitae

Pauline Memelink

1971	Geboren te Rozenburg
1989	Eindexamen VWO (atheneum) aan het Stedelijk Lyceum te Zutphen
1989-1990	Rotary Exchange Student te Reno, Nevada (VS), eindexamen Reno High School
voorjaar 1996	Erasmusuitwisseling, Universiteit van Poitiers, Frankrijk
1996	Doctoraalexamen Nederlands Recht, Universiteit Leiden
1997-2001	Advocaat bij Barents & Krans advocaten notarissen te 's-Gravenhage
2001-2008	PhD Fellow/promovendus bij de afdeling Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden
2009-	Universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

- MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0
- MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9
- MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7
- MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5
- MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2
- MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5
- MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8
- MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1
- MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4
- MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.
- MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde*, (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5
- MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5
- MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2
- MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978-90-13-04886-5
- MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2
- MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press
- MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6
- MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9
- MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2
- MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4
- MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4

- MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008
- MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1
- MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement*, Leiden: Jongbloed 2008
- MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383
- MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechtters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1
- MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3
- MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5
- MI-146 G.K. Schoep, *Straftoematingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 1306 018 8
- MI-147 A.R. Spanjer, *Structural and regulatory reform of the European natural gas market - Does the current approach secure the public service obligations?* (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen en Looijen bv, ISBN 978 90 6464 300 2
- MI-148 E.-J. Zipprow, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, 978 90 13 05895 6
- MI-149 G. Suurmond, *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis*, Leiden: Leiden University Press 2008, ISBN 978 90 8728 061 1
- MI-150 J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekerij 2008, ISBN 978 90 6750 048 7
- MI-151 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 05051 6
- MI-152 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, ISBN 978 90 8974 056 4

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

